

Barbara Cortese

Giurisdizione e Iurisdictio

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Alcune riflessioni preliminari – 3. Diritto e processo – 4. *Legis actiones* e *ius dicere* – 4.1. *Do, dico, addico*: i *tria verba*. L'evoluzione del primo *ius dicere* – 5. *Ius dicere*. Il processo formulare – 5.1. *Ius dicere* e *imperium* – 6. *Iurisdictio* e riflessione prudentiale – 7. *Ius civile, ius honorarium* e *iurisdictio*. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Le brevi riflessioni che seguono intendono fissare alcuni punti in tema di potere di *ius dicere* e *iurisdictio* romana, al fine di consentire la comprensione del panorama generale in cui si collocano alcuni specifici approfondimenti oggetto delle analisi che seguiranno.

È d'uopo, tuttavia, accennare preliminarmente che l'intero quadro di indagine proposto in questo volume trova il proprio fondamento nelle attività formative del Dottorato in discipline giuridiche del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, all'interno delle quali è stato inserito il Seminario di studi interdisciplinari *'La giurisdizione: profili storico-teorici e giuridici'*. Il desiderio di dialogo fra discipline, che da sempre governa l'attività scientifica del Dipartimento di giurisprudenza e che trova nella formazione post-lauream, segnatamente nel Dottorato, il suo humus più fertile, ha indotto alla scelta di un tema che per gli studi giuridici si rivela tanto centrale per ciascuna materia giuridica, quanto trasversale per i collegamenti interdisciplinari che apre: la giurisdizione.

I giovani studiosi, sotto il coordinamento dei responsabili delle loro ricerche hanno individuato i profili ritenuti più interessanti e meritevoli di approfondimento, esponendo le loro riflessioni nell'ambito del citato Seminario di studi di interdisciplinari e trasponendole, successivamente, nei contributi qui riportati.

In particolare, trattare della *iurisdictio* romana implica il calarsi in

un intricato sistema di elementi che non risultano agevolmente isolabili l'uno dall'altro, verosimilmente perchè nati in ragione di una fisiologica interazione: coglierne e tentare di un approfondirne un singolo profilo, dunque, a volte può risultare un'operazione complessa.

Tuttavia, un tema quale la *iurisdictio* deve per necessità essere scomposto quando affrontato con l'intenzione di porre in rilievo uno o più aspetti dell'ordinamento giudico romano, che, giova ricordarlo, è costruito in ottica essenzialmente processuale, e che, quindi, nella giurisdizione trova il suo "pendant" concettuale. In tal senso, si giustificano trattazioni come quella relativa alla struttura di specifiche azioni giudiziarie, quali le *actiones* concesse *in factum*, strumento emblematico della *iurisdictio* pretoria; o come quella concernente la rilevanza della *res iudicata*, in un sistema in cui la pronuncia giudiziale viveva dinamiche del tutto peculiari soprattutto se messa in rapporto ai "contesti" giudiziari di epoca moderna.

Per tentare di dare quel quadro generale in apertura citato, dettagliato quanto basta per essere comprensibile e, per questo incolpevolmente approssimativo, si è qui operata una breve ricognizione degli aspetti principalmente utili per ricostruire per grandi linee il fenomeno della *iurisdictio* romana, nel tentativo di porre in luce soprattutto il complesso rapporto fra attività giurisdicente, sistema processuale e tecniche di produzione e interpretazione normativa.

2. Alcune riflessioni preliminari

Il fenomeno 'giurisdizione' viene modernamente ricondotto alla funzione dello Stato di "dare attuazione concreta alla norma giuridica"; in un senso più ristretto, seppur collegato al più generale, per giurisdizione deve intendersi anche il potere riservato ad organi, detti giudicanti, di decidere secondo diritto nei limiti territoriali e di competenza previsti dall'ordinamento¹. Si tratta di un inquadramento funzionale che certamente

¹ Per la dottrina italiana doverosi i richiami a E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917, 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, 15 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 17 ss.; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 985 ss.; S. SATTA, *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 116 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, 11 ss.; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 127 ss.; L. Montesano, *La tutela*

si mantiene su un livello di forte generalità; d'altra parte, è una conseguenza inevitabile, essendo un fenomeno profondamente legato alla società e per questo non precisamente passibile di essere colto in tutti i suoi profili. A tal riguardo, il Satta² osservava che nel suo operare concreto la giurisdizione è imprescindibilmente legata al contesto storico-politico di riferimento, e che a volte, neppure sia possibile definirla prendendo a riferimento un periodo storico preciso³.

In verità, la percezione che si ha soffermandosi sull'etimologia del termine è che la concettualizzazione moderna del fenomeno 'giurisdizione' abbia comportato la perdita di parte della sua natura originaria: *iuris dictio* (pronuncia di diritto) e *ius dicere* (pronunciare diritto) sono lemmi che sembrano implicare un'operazione cogente, e, per certi versi, preliminare rispetto all'attuazione della norma giuridica; il *ius dicere* dà l'idea dell'indicazione del diritto da applicare, non solo in termini di indagine applicativa, ma anche in termini di formulazione/configurazione del diritto medesimo.

Si tratta di una percezione che trova riscontro lì dove il fenomeno *iurisdictio* è nato, nell'ordinamento romano, e che già di primo acchito, dà la dimensione del divario esistente fra *iurisdictio*/*ius dicere* romani e la giurisdizione modernamente intesa, delle quali, al di là di una evidente e stretta connessione linguistica, è di rigore evitare qualunque sovrapposizione concettuale.

A tacer d'altro⁴, uno dei rilievi che possono porsi in via del tutto generale riguarda l'opportunità del parlare di attuazione concreta della norma giuridica con riferimento alla *iurisdictio* romana: come vedremo, il rapporto fra la sfera normativa e la sfera applicativa nel diritto romano non si snoda lungo le dinamiche che caratterizzano gli ordinamenti moderni; in tal senso può risultare, dunque, fuorviante una lettura del potere giurisdizionale

giurisdizionale dei diritti, Torino, 1985, 6 ss.; E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 1 ss.

² S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218.

³ Si condivide, in tal senso, GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare. Iurisdictio del magistrato e potere del giudice*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, 6.

⁴ Se, infatti, quest'ultima è fondamentalmente una funzione che si estende a tutto lo svolgimento del processo, dall'inizio alla fine, comprendendo anche il *iudicium*, la *iurisdictio* del magistrato romano, sia nel processo *per legis actiones* sia nel processo *per formulas*, si esauriva in un intervento nella fase *in iure*, ma non si estendeva alla fase del *iudicium* vero e proprio, che era affidato a giudici privati. Infatti sarà solo nella prassi della *cognitio extra ordinem* e poi nella sua definitiva regolamentazione in età giustiniana che si configurerà il concetto unitario di giurisdizione che sta alla base della giurisdizione moderna. Altra differenza consiste nel fatto che la *iurisdictio* riguardava solamente i processi relativi a controversie fra privati e non aveva a che fare con la repressione criminale, che era inerente sempre allo *iudicium publicum*. cfr. G. NICOSIA, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. Sez. Civ.*, Torino, 1993, IX, 120 ss.

circoscritta al potere di rendere in atto ciò che l'ordinamento normativo prevede in potenza.

Parlando di *iurisdictio* romana, il suddetto rilievo chiarisce in modo ancor più emblematico quanto si debba sempre contestualizzare la nozione al tempo della sua istituzionalizzazione e quanto sarebbe sbagliato interpretarla alla luce del concetto moderno di giurisdizione: come affermato dal Nicosia⁵, un confronto impostato in questo senso consente di cogliere, infatti, solo i connotati negativi, ovvero mancanti nella *iurisdictio* e presenti nella giurisdizione moderna. L'auspicio è, dunque, un aggiornamento della letteratura sull'argomento con degli studi che consentano di cogliere anche i connotati positivi di tale *iurisdictio* e che potrebbero trovare nelle scuole dottorali, e dunque fra i giovani, studiosi particolarmente propensi a intraprendere percorsi non ancora esplorati.

3. *Diritto e processo*

L'osservazione preliminare relativa alla necessità di contestualizzare le indagini in tema di giurisdizione trova maggiormente giustificazione se rivolta alla realtà giuridica romana, continuamente sottoposta a sollecitazioni di carattere evolutivo per ragioni politiche, economiche e sociali.

Il diritto romano, infatti, è il risultato di un complesso di fattori, funzionalmente interagenti, che non consentono di isolare in modo netto la funzione di produzione del diritto da quella dell'applicazione del diritto. 'Diritto' e 'processo', l'uno come dimensione statica, dove ha sede la 'norma', l'altro come dimensione dinamica, dove la norma "trova vita", non sono dimensioni separate: come evidenziava il Pugliese, dal punto di vista romanistico, il rapporto fra diritto e processo è un rapporto circolare, in cui il diritto si crea "nel e per effetto del processo", mediante l'intersezione dell'attività interpretativa degli organi giudicanti e dei poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino ed altri magistrati giurisdizionali⁶, coadiuvati dall'attività di riflessione scientifica e consulenza tecnica dei giuristi, aggiungerci⁷.

⁵ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III, *Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, Catania, 2012, 15.

⁶ G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007, 736.

⁷ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, *passim*.

Dell'approccio processuale corredante l'attività creatrice del diritto⁸, segnatamente l'attività di riflessione scientifica giurisprudenziale e correlativamente la produzione normativa magistratuale, la dottrina tanto ha discusso e tanto ha scritto. Il risultato più recente, e maggiormente condivisibile, di queste indagini propende per un riequilibrio del rapporto fra diritto e processo, o, per meglio dire, fra situazione giuridica sostanziale e azione, non più sbilanciato totalmente a favore della seconda, con un deciso superamento della visione per lungo tempo imperante di un Diritto romano come un 'Aktionenrechtlich'⁹, un 'Diritto delle azioni processuali'¹⁰. Proprio il Pugliese, al riguardo poneva l'accento sull'elemento indispensabile della spettanza dell'*actio* a chi fosse titolare di una situazione giuridica soggettiva: "si affermava che alcuno aveva una data *actio* per dire che era titolare di una data situazione soggettiva"¹¹. Per quanto, sul piano dell'intervento, l'ottica dei giuristi e degli operatori del diritto fosse quella rimediale, la valutazione preliminare dell'esistenza o della configurabilità di una situazione da far valere era, dunque, un'operazione fondamentale.

Ciò dovrebbe dare ad intendere il livello di peculiarità del contesto in cui il fenomeno '*iurisdictio*' si è formato: un contesto in cui l'elaborazione del dato normativo (non solo, o meglio, non necessariamente una norma, ma più frequentemente una regola di diritto) e la sua attuazione concreta, o, per dirla in altri termini, la dimensione sostanziale e la prospettiva processuale appaiono profili, per certi versi, indistinguibili della medesima realtà giuridica.

Considerata la complessità emersa da tale sintetica premessa, si può agevolmente intuire quanto sia arduo individuare con precisione l'incipit del potere di *ius dicere*, inteso nel senso appena espresso, ciò anche e soprattutto tenuto conto dell'evoluzione dell'ordinamento romano; peraltro, un'evoluzione non necessariamente aderente ai cambiamenti del regime politico-governativo. Prova della complessità di tale operazione

⁸ E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruita dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, ora in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, 35 ss, nt. 28;

⁹ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München- Leipzig, 1934, 28 ss. trad. a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze, 1946, 36.

¹⁰ L'ago della bilancia è costituito dal settore del diritto civile che si assume come riferimento, ad esempio il linguaggio delle *actiones* non trovava preminenza rispetto a quello degli *iura* nel campo della proprietà e dei diritti reali minori: cfr. A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una regula iuris*, Milano, 1992, 87 ss.

¹¹ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 753.

sono le diverse posizioni assunte dalla dottrina¹²: il Santoro¹³ riguardo alla *iurisdictio* sosteneva che «la nozione è delle più discusse».

Senza dubbio, i fattori a cui occorre necessariamente volgere l'attenzione sono costituiti dal sistema delle fonti, dalla forma processuale in vigore e dall'articolazione dei soggetti dotati di potere di *dicere ius*, e con riguardo a questi ultimi, la funzione '*iurisdictio*' alla luce del rapporto con l'*imperium*.

Nonostante i numerosi dibattiti dottrinali e le diffuse oscillazioni interpretative il dato relativamente certo è che la nozione di *iurisdictio* durante l'età repubblicana e la prima parte dell'impero designasse esclusivamente il potere attribuito a certi magistrati di *ius dicere*¹⁴ e non toccasse altri profili come l'emissione della pronuncia giudiziale; e ciò considerato che, almeno fino all'istaurazione del regime processuale *per cognitionem*, *iurisdictio* e *iudicatio* rimangono due operazioni distinte: il magistrato *ius dicit*, cioè istruisce la causa; c'è poi un *iudex* che la risolve¹⁵.

¹² M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, Milano, 1930, 479 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 7 ss. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, Parte II: Le legis actiones*, Bologna, 1948, 187; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1974, 318; ID., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 85; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1962, 251 ss.; ID., *Il processo civile romano, II. Il processo formulare*, Milano, 1963, 45 ss.

¹³ R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967, 101 ss.

¹⁴ M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1864-66, 56 ss.; F. L. KELLER-A. WACH, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Lipsia, 1883, 43 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Lipsia, 1885, 123 ss.; P. F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Parigi 1901, 76 ss.; A. H. I. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford 1901, 54 ss.; C. BERTOLINI, *Il processo civile*, I, Torino, 1913, 36 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 45 ss.; S. SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, in *AG.*, 98, 1927; 3 ss.; E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, 46 ss.; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, Milano, 1925-1927 23 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II, Roma 1929, 204 ss.; M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit. 481; A. STEINWENTER, voce *Iurisdictio* in *PWRE*, 10.1, Stuttgart, 1959, 1155; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 253 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 156 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 34 ss.

¹⁵ Questa precisazione diviene fondamentale se si approfondisce il confronto con la funzione giurisdizionale moderna. Laddove quest'ultima è fondamentalmente una funzione che si estende a tutto lo svolgimento del processo, dall'inizio alla fine, comprendendo anche il *iudicium*, diversamente la *iurisdictio* del magistrato romano, sia nel processo *per legis actiones* sia nel processo *per formulas*, si esauriva in un intervento nella fase *in iure*, senza giungere a coprire la fase del *iudicium* vero e proprio, affidato a giudici privati. Sarà solo nella prassi della *cognitio extra ordinem* e poi nella sua definitiva regolamentazione in età giustiniana che si configurerà il concetto unitario di giurisdizione nel senso moderno. Peraltro la *iurisdictio* riguardava solamente i processi relativi a controversie fra

Questo evidenzia l'incompatibilità di fondo tra la struttura della *iurisdictio* romana e della giurisdizione modernamente intesa: come osservato dal Guida¹⁶, “il ruolo del giudice non è che un riflesso di quello del magistrato”; il che mi pare escludere non solo un rapporto di pariordinazione tra attività di *ius dicere* e attività di *iudicare* ma certifica la subordinazione perlomeno funzionale del primo al secondo.

Resta da indagare sulle radici del fenomeno e, tenuto conto della sua evoluzione nell'ambito della storia dell'ordinamento romano, se e in che misura l'originaria identità della '*iurisdictio*' sia presente nell'attività giurisdizionale modernamente intesa.

4. *Legis actiones e ius dicere*

Da una ricognizione generale delle idee espresse dalla dottrina uno dei punti che risulta particolarmente controverso riguarda la possibilità di individuare la genesi della *iurisdictio* in epoca arcaica, momento storico in cui l'intervento del “magistrato” si inseriva nel *lege agere*, meglio conosciuto come processo per *legis actiones*, come venne denominato a seguito della codificazione delle XII Tavole¹⁷.

L'analisi approfondita sul funzionamento e sulla struttura delle antiche *legis actiones*¹⁸ ha permesso di constatare come, nell'ambito di questo processo, non fosse previsto uno spazio per l'intervento giurisdizionale in senso tecnico; l'attività processuale era basata sulla pronuncia solenne di *certa verba* demandata all'*agere* dei privati, il cui effettivo controllo era

privati, escludendosi del tutto l'ambito della repressione criminale, inerente al *iudicium publicum*; in epoca attuale, invece, l'articolazione fra giurisdizione civile e giurisdizione penale implica che la funzione giurisdizionale sia concepita come una funzione unitaria e, dunque, comprendente sia il campo delle controversie tra privati, sia il campo della repressione criminale. Infine rispetto alla realtà romana, nell'odierno sistema giurisdizionale non figura un elemento chiave del processo formulare: il principio del *recte agere*: l'attuale sistema processuale, in ossequio ad una tendenza spiccatamente garantista, si apre all'idea del riconoscimento del diritto ad ottenere una pronuncia giudiziale che accerti il 'torto', contrariamente a quanto avveniva nell'esperienza storica del processo formulare, fondato sul principio che “agisce correttamente solo chi ha ragione di agire”. Sul punto da ultimo cfr. M. A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, 72 ss. Per un approfondimento degli aspetti citati si vedano i paragrafi successivi.

¹⁶ GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 9.

¹⁷ In questo senso F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica I-II*, Firenze, 1979, 78.

¹⁸ G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 2 ss.

affidato alla stessa comunità¹⁹. In origine²⁰, è quindi possibile ritenere che il processo si svolgesse interamente davanti al *rex*²¹ capo politico della *civitas*²²: tenuto conto del carattere 'privato' dell'*agere* processuale e della struttura patriarcale della *familia* romana, le ricostruzioni delle fonti attribuiscono al *rex* sia la competenza di *ius dicere*, sia il potere di giudicare, cioè di emettere la sentenza conclusiva del processo²³.

Successivamente²⁴, postulando una originaria fisiologica bipartizione 'funzionale' (presa di posizione dei litiganti e decisione del giudice) si sarebbe strutturata in modo definitivo una bipartizione strutturale (fase *in iure* e fase *apud iudicem*), di cui si è detto, secondo la cui articolazione davanti al *rex*, sostituito dal magistrato all'indomani della instaurazione della repubblica, si sarebbe impostata la causa; mentre nella fase *in iudicio* la controversia sarebbe stata decisa.

Senza dubbio, le incertezze delle fonti che caratterizzano il periodo più antico consentono di elaborare ipotesi ricostruttive logiche, ma prive di certo riscontro testuale, relativamente al passaggio dall'istruzione processuale affidata al re a quella affidata al magistrato²⁵: quanto si può affermare con relativa certezza è che dallo studio degli antichi schemi processuali per tutta l'epoca predecemvirale e decemvirale non emerge alcuna concreta manifestazione di *iurisdictio* "tecnica" e che occorre attendere il 367 a.C.,

¹⁹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)* in *Enc. dir.*, Milano, XXXVI, 1987, 18 ss.

²⁰ F. L. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad.it., Napoli, 1872, 5 ss. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 154 ss. Diversamente il Wlassak colloca l'intervento del *rex* nella dinamica arbitrale, attribuendo una natura del tutto privatistica alle dinamiche processuali, prive di una dimensione pubblica M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, Lipsia, 1888-91, 100 ss.

²¹ Come osservato dal Wanger, il potere del *rex* era un potere da sovrano assoluto che, in quanto tale, doveva necessariamente ricomprendere anche la *iudicatio*, al contrario il Cannata sostiene che, essendo il processo suddiviso in due fasi fin dalle sue origini, il *rex* aveva il potere di delegare la fase del giudizio ad uno *iudex* privato. In tal senso L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 48 e C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino, 1982, 19 ss.

²² L'attività del *rex* era connotata da elementi religiosi: era l'interprete della volontà divina, ordinava il da farsi e come risolvere le controversie tra le parti.

²³ Una puntuale testimonianza sul potere giurisdizionale del *rex* è ricavabile da due passi di Dionigi d'Alicarnasso (4.25.1-2 e 4.36.1-2) dove si ricorda che era stato Servio Tullio ad introdurre la possibilità che il re nominasse giudici privati per la risoluzione delle controversie tra privati.

²⁴ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 24.

²⁵ Per un approfondimento su questo profilo si rinvia a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, I. Le 'legis actiones'*, cit., 118 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 22 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 155 ss.

data di creazione del *praetor*, perché si possa avere la prima attestazione sicura della presenza, nel quadro degli sviluppi giuspolitici, di un magistrato dotato di *iurisdictio*²⁶.

4.1. Do, dico, addico: *i tria verba*. *L'evoluzione del primo ius dicere*

Per trattare dell'esistenza e della consistenza del ruolo di un organo giurisdicente, dunque, dobbiamo necessariamente far riferimento al periodo successivo alle *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C., corpo normativo mediante il quale fra le altre innovazioni "paracostituzionali", venne appunto istituita la figura del *praetor urbanus*.

La *iurisdictio*, in una certa misura, può dirsi nascere in risposta all'esigenza di sottoporre l'*agere* dei privati al controllo di un organo dotato di pubblici poteri, sovrapponendosi ai meccanismi processuali formalizzati (basti pensare alla *agere sacramento* e alla *manus iniectio*)²⁷, frutto dell'attività della giurisprudenza pontificale, in maniera graduale.

Dapprima, proprio in conseguenza della struttura dell'*agere per certa verba* (vincolato alla pronuncia di parole solenni e al compimento di precisi riti gestuali) l'intervento del magistrato verosimilmente si inserì nello schema processuale attraverso la nota triade di altrettanti verbi tecnici: *do, dico, addico*²⁸.

²⁶ F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997.

²⁷ C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 154 ss. ora in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 375 ss.

²⁸ La citazione più antica si trova in Varrone: *ling.* 6.29-30: *dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari; contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem 'do dico addico'; itaque non potest agi: necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio, ut magistratus vitio creatus nihilo setius magistratus. Praetor qui tum fa[c]tus est, si imprudens facit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius a[b]i[g] ebat eum expiari ut impium non posse. ling. 6.53: *Hinc fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo praetoribus licet fari; ab hoc nefasti, quibus diebus ea fari ius non est, si fati sunt, piaculum faciunt*. Occupandosi della distinzione tra *dies fasti* e *dies nefasti*, Varrone dice che erano fasti quei giorni durante i quali era lecito ai pretori pronunciare qualunque parola *sine piaculo*, cioè senza commettere empietà e senza la necessità di fare il sacrificio piaculatorio. Di contro, erano chiamati *dies nefasti* quei giorni durante i quali era proibito al pretore pronunciare le parole *do, dico, addico*. L'autore conclude con la considerazione che in quei giorni non era possibile lo svolgimento del processo davanti al magistrato giurisdicente e si preoccupa anche di distinguere se il pretore avesse fatto una tale pronuncia *imprudens*, cioè involontariamente, o *prudens*, cioè coscientemente. Nel primo caso specifica che il pretore poteva espriare la pronuncia attraverso il sacrificio piaculare; nel secondo caso non poteva*

Tali funzioni specifiche, riconducibili alla primigenia della *iurisdictio*, in questa prima fase ebbero una connotazione meramente procedurale; il magistrato tramite esse attribuiva una valenza formale agli atti processuali delle parti collocati all'interno degli schemi procedurali consolidati.

In seguito, si assiste ad un'evoluzione pratica, spontanea, dei contenuti sostanziali e funzionali di tale triade, dalla quale è dipeso lo sviluppo della *iurisdictio*, che superando l'accezione dichiarativa confermativa, acquista quella statutiva-costitutiva.

Per dare un'idea in modo piuttosto sintetico, il *'do'*, ad esempio, dapprima utilizzato nella locuzione *'datio iudicis'*, nel senso della nomina formale del *iudex* liberamente scelto dalle parti, quindi in senso confermativo della volontà delle parti, assume un ruolo più incisivo con la individuazione del giudice all'interno delle liste che lo stesso pretore predisponeva. Più significative in tal senso la *datio actionis* o la *datio iudicium*, manifestazioni della natura maggiormente costitutiva dell'intervento del magistrato, che, come osservato dal Luzzatto²⁹, assicurava che l'atto di parte raggiungesse l'effetto finale.

Del termine *dico*, è anzitutto certo il suo utilizzo in forme differenti, non facilmente riconducibili ad unità³⁰: con il *'dicere viam'* inserito nel rituale vindicatorio degli immobili, il magistrato si limitava ad indicare la via per giungere all'immobile oggetto della controversia e prelevarne un

espiare la procura e restava empio. Nel secondo brano Varrone specifica che erano giorni *fasti* quelli in cui il pretore poteva pronunciare i *'verba certa legitima'* senza incorrere in un atto di empietà: è evidente che con questa indicazione si vuole riferire ai verbi *do, dico e addico*. Citazioni successive sono alcuni passi di Ovidio Ov., *Fasti*, 1.47-48: *Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur; fastus erit, per quem lege licebit agi*. Nei due versi riportati, Ovidio afferma, da un lato, che era *dies nefastus* quello durante il quale i *tria verba* non potevano essere pronunciati (poeticamente *silentur*: tacciono), dall'altro che era *fastus* quel giorno durante il quale era giuridicamente possibile *lege agere*. Testimonianze di Seneca Sen., *tranq. an.*, 3.7: *praetor... tria verba pronuntiat*. Dalla testimonianza è possibile dedurre che i *tria verba* venissero pronunciati tutti insieme. Altresì alcuni brani di Macrobio Cfr. Macr., *Sat.* 1.16.10: *eum qui talibus imprudens aliquid egisset porco piaculum dare debere; prudentem expiare non posse Scaevola pontifex adseverabat*. Dal brano si distingue tra chi avesse compiuto *imprudens* un'attività nei giorni in cui non era permessa, e chi l'avesse compiuta *prudens*; nel primo caso era ammessa l'espiazione mediante sacrificio di un *porcus*, nel secondo caso viene ricordato il parere del *pontifex* Scevola che negava a chi avesse agito *prudens* la possibilità di espiare. Cfr. Macr., *Sat.*, 1.16.14: *Fasti sunt quibus licet fari praetori tria verba sollemnia, do dico addico; his contrarii sunt nefasti... et fastis quidem lege agi potest*. In questo secondo brano si dice che erano *fasti* i giorni in cui il pretore poteva pronunciare i tre solenni verbi poi elencati, deducendo che in quei giorni era possibile attuare l'attività del *lege agere*.

²⁹ G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 182.

³⁰ GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 18.

pezzo simbolico, da recare in giudizio. Si trattava, evidentemente, di una pronuncia con effetti meramente autorizzativi.

Del tutto diverso il senso della pronuncia di ‘*dicere vindicias*’³¹:

Gai. 4.16: ...*postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat.*

Gaio, descrivendo lo svolgimento della *legis actio sacramento in rem*, dopo aver riportato lo scambio di contrapposte battute e gesti rituali tra i due contendenti, spiega il significato tecnico di *vindicias dicere*: la locuzione indica la solenne pronuncia con cui il pretore attribuiva, per la durata del processo (*interim*), la disponibilità della cosa controversa ad uno dei litiganti, rendendolo possessore (*possessorem constituebat*). Attraverso questa pronuncia il magistrato attuava una decisione in virtù del potere discrezionale di cui inizia a disporre.

Per quanto riguarda il *verbum* ‘*addico*’³², etimologicamente riconducibile a ‘*dicere ad*’³³, in origine il significato era nel senso di conferma, approvazione e assenso³⁴. In un secondo momento, accresciuto il potere di ingerenza del pretore, questi finì con l’esercitare un controllo di merito sulla fondatezza della pretesa e, quindi, col subordinare a tale fondatezza la pronuncia di *addictio*, che acquisì il senso di ‘assegnazione’. In tal senso, basti riflettere sull’evoluzione dell’*in iure cessio*, quale atto negoziale traslativo della proprietà delle *res*, mutuato dallo schema della *legis actio sacramento in rem*, nella parte dell’*addictio* magistratuale della cosa ad una delle parti

³¹ Vedi più ampiamente G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 43 ss.

³² R. FIORI, *Ea res agatur: i due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2013, 77.

³³ M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat in gesetzlichem Spruchverfahren*, in *ZSS*, 28, 1907, 81 ss.

³⁴ La *manus iniectio*, originariamente, non prevedeva l’intervento magistratuale ed era completamente rimessa all’attività di colui che operava tale azione; dopo la creazione del magistrato giurisdicente, quest’ultimo aveva il compito di sorvegliare sulla regolarità esteriore del procedimento e, dopo averla verificata, poteva pronunciare la sua *addictio*, cioè l’approvazione del solenne *dicere*. Questa sequenza formale di atti determinava automaticamente l’effetto giuridico dell’assoggettamento del soccombente. Con il tempo, la *manus iniectio* finisce per dipendere completamente dall’*addictio* del magistrato che giunge ad indicare la pronuncia conclusiva del procedimento con cui questi attribuiva all’attore la persona dell’avversario soccombente. Dalle *Istituzioni* di Gaio (4.21-25) si traggono informazioni sulla prima parte del procedimento e del formulario, ma non si parla dell’*addictio*. Le *Notti Attiche* (20,1,36-38), invece, danno notizie preziose per la ricostruzione del procedimento successivo all’*addictio*. Sulla *legis actio per manus iniectioem* cfr. G. I. LUZZATO, *Procedura civile*, cit., 29 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile. I, Le legis actiones*, cit. 309 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato*, cit., 78 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 36 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 20.

del processo. L'*addictio*, da mera pronuncia solenne di approvazione, con effetti di mero riconoscimento formale, si trasformò in una vera e propria pronuncia discrezionale con effetti costitutivi.

La relazione tra *iurisdictio* e i *tria verba praetoris*, dunque, subisce una evoluzione che riempie di contenuti tanto il *certa verba agere*, tanto la *iurisdictio*, assumendo un'impronta sempre più autoritativa, in cui il *ius dicere* nato con valenza prettamente dichiarativa, assume sempre più un carattere statutivo-costitutivo³⁵.

5. Ius dicere. Il processo formulare

D. 1.2.2.27 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Ita facti sunt aediles curules. cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

In quest'altro brano, Pomponio riferisce che essendo impegnati i consoli a concludere le guerre, il potere di *ius reddere*³⁶ era stato affidato agli edili curuli e poi al pretore urbano.

Il brano pare avallare quanto già sostenuto, ossia che per parlare di *iurisdictio* bisogna attendere il periodo successivo durante il quale si diede il via ad un progressivo aumento di organi ai quali, insieme alle altre competenze, vengono affidate funzioni di *iurisdictio*: il 367 a.C. perché le *leges Liciniae Sextiae* affidino l'esercizio della *iurisdictio* ad un organo del potere politico, il *praetor urbanus*, e il 242 a.C. perché quest'ultimo venga affiancato dal *praetor peregrinus*, specializzato ulteriormente in questa funzione³⁷.

³⁵ M. LAURIA, 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile*. II, cit., 150.

³⁶ Sull'espressione '*ius reddere*' E. STOLFI, *Immagine di 'officia' e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in *Giuristi e 'officium'. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d. C.*, a cura di E. STOLFI, Napoli, 2011, 7 ss.

³⁷ Pomponio cita la carica degli edili curuli che originariamente sorse come carica plebea ma, dopo le leggi *Liciniae Sextiae*, divenne una magistratura patrizio-plebea investita soprattutto di compiti di polizia urbana, dotata di *potestas*, ma priva di *imperium*. Per approfondimenti sul tema cfr. T. MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, Berlino 1864, 96 ss.; M. PINEAU, *Histoire de l'édilité romaine*, Bordeaux, 1893, *passim*; A. ROSENBERG, *Der Staat der alten Italiker*, Berlino 1913, 3 ss.; J. BELOCH, *Römische Geschichte*, Berlino e Lipsia, 1926, 488 ss.; E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chioyenda*, Padova, 1927, 57 ss.; A. MOMIGLIANO, *L'origine della edilità plebea*, in *BIDR*, 59, 1931, 134 ss.; M. HUMBERT, *Le tribunal de la plèbe et le tribunal du*

Queste novità sono sintomo del maturare di nuove esigenze connesse all'importanza sempre maggiore della funzione di *ius dicere*³⁸: il fattore che influì maggiormente sulla trasformazione della *iurisdictio* fu proprio il processo *per formulas*, ideato dal pretore per dare tutela alle pretese nascenti da rapporti legati alle pratiche commerciali nuove, non tutelate o tutelabili dal *ius civile*³⁹. Per garantire tutela, il pretore servendosi dell'*imperium* di cui era investito a titolo 'costituzionale', intervenne con un nuovo tipo di *agere*, non più vincolato a *verba certa*, ma fondato su *verba concepta*, fra loro combinati di volta in volta in funzione della situazione giuridica oggetto della controversia e che andavano a costituire delle formule processuali. Si trattava di una procedura che permetteva di superare i limiti posti dalla necessità della cittadinanza romana che al contempo impediva l'esercizio delle *actiones* di legge e il riconoscimento di 'situazioni giuridiche' tutelabili dal *ius civile*, per così dire, tradizionale in capo a chi romano non era. La dottrina⁴⁰ ritiene che, fin dalla loro creazione, i due pretori avessero rispettive aree di competenza: l'uno l'esercizio della *iurisdictio* tra i cittadini romani, l'altro la *iurisdictio* tra peregrini⁴¹.

peuple: remarques sur l'histoire de la provocatio ad populum, in *Mélanges de l'école française de Rome*, 1988, 459 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, 152 ss.

³⁸ L'espansione di Roma e il nuovo assetto politico-amministrativo che si andava delineando resero, tra gli altri effetti, un aumento degli organi dotati di *iurisdictio*, dislocati su tutto il territorio provinciale.

³⁹ Il Gioffredi, per esempio, osservava che la funzione del pretore, sin dalle sue origini, aveva mantenuto una connotazione costitutiva, cioè regolatrice di rapporti e non meramente preparatoria di una successiva fase di giudizio: esisterebbe un nesso di continuità tra il processo per *legis actiones* e quello formulare, laddove quest'ultimo si sarebbe inserito nel primo ampliandolo e consentendo, altresì, al diritto di seguire lo sviluppo dei tempi. C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 318.

⁴⁰ G. PUGLIESE, *Il processo civile. II*, cit., 118 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato*, cit., 22 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile*, cit., 12 ss.; F. L. KELLER, *Il processo civile*, cit., 5 ss.; F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, 58 ss.

⁴¹ Tuttavia, il Serrao, da un attento studio delle fonti a disposizione sul tema, giunge ad affermare che non è sempre possibile constatare una così netta separazione di competenze tra i due pretori; egli, per questo motivo, individua tre distinti periodi di riferimento. Il primo va dal 242 a.C. alla *lex Aebutia* del 130 a.C., periodo in cui esiste una chiara separazione di sfere di competenze, anche se mancano attestazioni dirette a riguardo; il secondo periodo va dal 130 a.C. alle *leges Iuliae iudicariae* del 17 a.C. per il quale le fonti testimoniano un'attenuazione di questa rigida distinzione, riportando casi in cui la *iurisdictio* del pretore peregrino si estende anche ai *cives*; il terzo periodo va dalle leggi Giulie alla *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C. (con cui Caracalla estende la cittadinanza romana a tutti i peregrini), periodo in cui, secondo il Serrao, si allarga sempre di più il raggio di azione del pretore peregrino sui *cives*. Una forte critica a questo schema prospettato dall'autore

In questa nuova forma di processo, il ruolo della magistratura si concentrava sulla prima fase, quella in *iure*, mentre la fase decisoria, detta *apud iudicem*, era affidata ad un *iudex*, un privato cittadino scelto fra una sorta di albo, o a dei *recuperatores*.

Chiaramente, fondamentale fattore evolutivo legato alla trasformazione della *iurisdictio* è lo sviluppo della prassi da parte di questi magistrati di emanare l'*edictum praetoris*, essendo l'atto con cui assumeva concretezza l'esercizio del potere di *iurisdictio* a loro riservato⁴². Tramite la legittimazione per così dire "legale" di questo programma annuale edittale, il pretore ebbe senza dubbio poteri di intervento ben diversi e molto più incisivi che non nel precedente *lege agere*: anzitutto, da lui dipendeva la valutazione della meritevolezza di tutela del rapporto e quindi la decisione di consentire o meno di agire in giudizio costruendo caso (*iudicium dare, actionem dare*) per caso la formula adatta. Tuttavia, anche all'indomani della tipizzazione delle formule, con la loro attrazione in modelli contenuti nelle clausole edittali, spettava sempre al pretore valutare anzitutto la corrispondenza fra fattispecie concreta e modello di formula e soprattutto decidere se intervenire con adattamenti e variazioni di molteplice natura che poi andavano ad arricchire di contenuti l'esercizio della *iurisdictio*.

Inizialmente fu necessario individuare degli 'schemi di istruzioni-tipo' da applicare in fattispecie analoghe; in seguito, si configurò l'editto vero e proprio: all'inizio dell'anno di carica il pretore peregrino e, successivamente, anche quello urbano, emana un editto in cui fissa i principi a cui si atterrà nell'esercizio della sua *iurisdictio*, come in una sorta di programma di governo: le *formulae* in esso contenute non sono altro che le istruzioni previste dal pretore per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua cognizione.

Formalmente il pretore era del tutto libero di fissare il contenuto dell'editto emanato sulla base del proprio *imperium*, ma prese rapidamente piede la prassi che il pretore dell'anno successivo recepisce, in grandi linee e nei punti più consolidati, l'editto del pretore precedente, finendo per creare un insieme di norme che si trasmisero immutate da un pretore all'altro, il

è mossa dal Nicosia secondo cui l'evoluzione storica mostra l'esatto contrario e cioè che in origine non esisteva una precisa distinzione fra la competenza dei due pretori e solo piano piano si afferma una specializzazione di compiti, divenuta definitiva con la riorganizzazione dell'*ordo iudiciorum* con le leggi Giulie.: cfr. F. SERRAO, *La iurisdictio*, cit., 16 ss.

⁴² Cfr. in particolare P. F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Parigi, 1901, 75; A. H. I. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1901, 44; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat in gesetzlichem Spruchverfahren*, in *ZSS*, 28, 1907, 81 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 163 ss.; E. BETTI, *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *LABEO*, 14, 1968, 7 ss. Si vedano anche gli autori citati alla nota 14.

cosiddetto *edictum tralaticium*. Tuttavia, fra tutti l'intervento che consacrerà, per così dire, questo carattere di perpetuità è la codificazione dell'editto del pretore compiuta tra 117 e il 138 d.C., durante il principato di Adriano, ad opera di Salvio Giuliano⁴³.

5.1. *Ius dicere e imperium*

Come detto, il processo formulare nasce dall'esigenza di offrire tutela a situazioni non riconosciute dal *ius civile* e pertanto non tutelabili con le *legis actiones*. La caratteristica principale di tale nuovo modello processuale, come si accennava, è costituita dall'*imperium*⁴⁴ del magistrato giudicante, sulla cui base egli organizzava questi tipi di *iudicia*: *iudicia* che tecnicamente erano definiti *quae imperio continentur*.

La definizione del rapporto tra *iurisdictio* ed *imperium* ha impegnato a lungo la dottrina in un dibattito intenso, ora riconducibile a due contrapposti orientamenti. Se per un verso si ritiene⁴⁵ che l'*imperium* avrebbe costituito un potere unitario in grado di comprendere tutte le manifestazioni della sovranità, compreso l'esercizio della *iurisdictio*; per altro verso⁴⁶, stante l'impossibilità di dare una definizione univoca di *imperium*, si obietta che non sarebbe esistito alcun collegamento tra *iurisdictio* ed *imperium*, il che escluderebbe l'idea di porlo a fondamento della *iurisdictio* stessa.

In vero⁴⁷ se si concepisse la *iurisdictio* come una delle *potestates* che potevano essere espressamente affidate dalla legge al magistrato giudicante, si troverebbe un collegamento lineare con l'*imperium*, di cui erano dotati solo alcuni magistrati, a sua volta configurato come un potere generale di comando sia militare sia civile, nel quale era compreso implicitamente anche il potere di *ius dicere*. In questo modo si giusticherebbe anche il dato storico relativo a magistrati privi di *imperium* e che, tuttavia, esercitavano la

⁴³ Cfr. soprattutto F. GALLO, «*Princeps*» e «*ius praetorium*», in *RDR*, 1, 2001, 1 ss.

⁴⁴ F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, Monaco, 1914, 69 ss. L'autore ha sostenuto la perfetta equivalenza tra la nozione di *iurisdictio* e quella di *imperium*.

⁴⁵ F. LEIFER, *Die Einheit*, cit., 69 ss. Il pensiero dell'autore è condiviso dal Mommsen e in Italia dal F. DE FRANCISCI, *Intorno alla natura e alla storia dell'«auspicium imperiumque»*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 399 ss. ma superato già da P. VOCI, *Per la definizione dell'«imperium»*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 2, Milano, 1953, 67 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 105 ss.).

⁴⁶ M. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., 488.

⁴⁷ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., 118 ss.

iurisdictio affidata legalmente⁴⁸.

Nell'epoca successiva alla *lex Aebutia*⁴⁹, viene legittimato il ricorso al processo formulare anche per i rapporti tutelati dalle *legis actiones* e, pertanto, anche i *iudicia* formulari relativi a questi rapporti vengono considerati *legitima*. In tale contesto il pretore, titolare dell'*imperium*, e qui si paleserebbe la differenza fra magistrati giurisdicenti con e senza potere di comando, si serve del suo potere per ampliare in maniera discrezionale il suo ambito operativo e per creare nuovi e numerosi *iudicia*, che diventano così parte integrante del processo *per formulas*. A tal riguardo, per sottolineare lo stretto rapporto intercorrente tra *imperium* e *iurisdictio*, i giuristi di età severiana, Paolo e Ulpiano in particolare, chiamano questi provvedimenti '*magis imperii quam iurisdictionis*'.

In estrema sintesi si può sostanzialmente affermare che l'*imperium* non è condizione necessaria per l'attribuzione della *iurisdictio*, ma ne rafforza l'esercizio corredandola di un potere cogente e coercitivo, in «potere di dare ordini, con la possibilità di farli eseguire, anche con la forza»⁵⁰.

Proprio dal vasto utilizzo di tutti gli strumenti di intervento autoritativi facendo ricorso all'*imperium* (come le *cautiones*, oppure le *missiones in possessionem* tramite *decretum*, o ancora le *restitutiones in integrum*) ha trovato origine l'effetto più potente della nuova *iurisdictio* pretoria, che finì per imporsi come ordinamento di affiancamento al *ius civile*⁵¹, a volte in termini di complementarietà, a volte in termini di superamento, almeno in sede processuale, che giustifica l'iniziale nostra affermazione di *iurisdictio* come funzione che va ben oltre l'attuazione della norma giuridica, anzi che la precede in un'operazione creativa-evolutiva antecedente a quella attuativa-esecutiva.

6. *Iurisdictio e riflessione prudenziale*

Un rapporto di stretta necessità legava giuristi⁵², magistrati e *iudices*: i primi, impegnati ad un'acuta riflessione sul sistema processuale che si era edificato sull'*agere per formulas*, e sul rapporto fra questo e le fonti, i secondi e i terzi "costretti" a servirsi dell'elaborazione prudenziale per amministrare

⁴⁸ Ad esempio gli edili curuli.

⁴⁹ Della seconda metà del II secolo a.C.

⁵⁰ Espressione riassuntiva del concetto di '*imperium*' del Cannata: C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., II, 24.

⁵¹ S. RICCOBONO, *La fusione del ius civile e del ius praetorium*, Palermo, 1917, 31 ss.

⁵² L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017,

correttamente la giustizia e limitare gli effetti negativi dell'incertezza del diritto.

Uno dei molteplici prodotti di questo legame e che attribuiva un ulteriore connotato di peculiarità alla *iurisdictio* romana⁵³ è il principio del *recte agere*⁵⁴, che informava il processo formulare: per i Romani, era titolare dell'*actio* solo chi avesse ragione e, di conseguenza, chi agiva *non recte*, illegittimamente, non poteva ricevere l'*actio*⁵⁵. Proprio i *prudentes* dedicarono grande attenzione al tema del *recte/non recte agere*: nelle fonti giuridiche questa espressione trova un largo impiego sin dai tempi della tarda età repubblicana, come si riscontra dalle ricorrenze in frammenti alfeniani⁵⁶ e del primo principato, come riportato da testi labeoniani⁵⁷; ed è largamente sintomatico dello sforzo dei giuristi di individuare una corrispondenza tra la situazione giuridica soggettiva asserita dall'attore a sostegno della propria pretesa e la concessione dell'*actio*. Il Pugliese⁵⁸ ha ipotizzato che i giuristi dedicassero tanto studio ai casi in cui si pronunciavano circa il *recte/non recte agere*, in quanto era loro primario obiettivo l'analisi dei presupposti giuridici della pretesa portata in giudizio, legati specialmente a quella che oggi è detta 'legittimazione ad agire'; ciò probabilmente con l'intento di influenzare il magistrato e farlo provvedere nel senso che essi auspicavano. Questo ci riporta in una certa misura a ribadire quanto in precedenza osservato circa la circolarità fra diritto e processo, fra situazione giuridica e *actio*.

D'altra parte, l'operazione di riconoscimento della tutela giuridica ad una situazione concreta, che implichi a monte una situazione giuridica che giustifichi la spettanza della tutela, consente da un lato di creare un sistema di tutela aderente al principio del *recte agere*, dall'altro autorizza ad attribuire una natura generalizzante e astratta ad un *dicere ius* 'nato per e applicato a' casi concreti.

È evidente, tuttavia, che siffatta transizione dall'uno all'altro passaggio è possibile esclusivamente dopo aver effettuato una valutazione di opportunità, resa possibile soltanto in presenza di determinate condizioni; condizioni che rappresentano un altro fondamentale tratto peculiare del mondo giuridico

⁵³ In D. 44.7.51; Quint., *inst. or.*, 3.6.73; Cic., *de inv.* 2.20.61; *De or.*, 2.193; Gell., *Noct. Att.*, 13.16.1; Sen., *Ep.* 23.7.

⁵⁴ Sui risvolti semantici dell'espressione *recte agere* cfr. E. BETTI, *Il concetto*, cit., 82 ss.; G.A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 19 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2012, 5 ss.; M. A. FINO, *Idee romane*, cit., 72 ss.; C. PELLOSO, *Themis e dike in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, 1 ss.

⁵⁵ G. PUGLIESE, voce *Azione*, in *Noviss. dig. it.*, I.2, Torino, 1958, 27 ss.

⁵⁶ Alf., 2 *dig.*, D. 9.2.52 pr.; Alf., 3 *dig. a Paul. epit.* D.19.2.30.2.

⁵⁷ Lab., 5 *pith.* D. 26.8.22; Lab., 4 *post. a Iav. epit.*, D. 18.4.24.

⁵⁸ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 756.

romano⁵⁹: il ricorso al criterio del *bonum et aequum*⁶⁰.

È nell'ambito della scuola proculiana⁶¹, all'inizio del II secolo, che il *bonum et aequum* viene fatto emergere quale 'principium' dello *ius*, in quanto oggetto, specifico ed unico, dell'*ars iuris*.

Ce lo testimonia Ulpiano riportandoci la definizione di Celso dello *ius* come *ars boni et aequi*:

D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...*

Con Celso il *bonum et aequum* viene collocato al fondamento del *ius*: Ulpiano lo tramuta in parte del concetto di *iurisprudencia*, laddove afferma che, per chi si accinge a prestare la propria opera nel campo del diritto, è fondamentale conoscere l'origine del termine '*ius*'; e che i giuristi possono essere chiamati sacerdoti del diritto, perché coltivano la giustizia e professano l'annuncio del *bonum et aequum*, distinguendo l'equo dall'iniquo, il lecito dall'illecito, la giustizia dall'ingiustizia⁶².

Sulla stessa linea anche Paolo, che teorizza i molteplici modi 'di dire diritto' con riferimento al *ius naturale*:

D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*) *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.*

Nel testo di Paolo è evidente la stretta connessione tra *natura* e *bonum et aequum*⁶³ che a loro volta sono forme di espressione del *ius*.

Osserva il Gallo che il giurista romano individuò nel *bonum et aequum*⁶⁴

⁵⁹ L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 124 ss.

⁶⁰ V. GLANVILLE WILLIAMS, *La controversia a proposito della parola 'diritto'*, in Scarpelli. *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1945, 57; A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodi mezzi e fini*, Napoli, 1966, 112.

⁶¹ Nelle partizioni del *ius* di matrice retorico-filosofiche, il *bonum et aequum* compare come *pars iuris*: *Rhet.* 2.19; nel brano 5,28 dei *Topica* sotto forma di riferimento all'*aequitas*.

⁶² Il Cerami, includendo nel genere *ars* la definizione di *ius*, afferma che *bonum et equum* indicherebbero rispettivamente il bene dei singoli *ratione bonae fidei* ed il temperamento degli opposti interessi; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 20.

⁶³ P. VOCI, *Ars boni*, cit., 9.

⁶⁴ A cui corrispondono, nell'attuale raffigurazione astratta, la ragionevolezza e l'eguaglianza.

i criteri per l'esplicazione del diritto, quale fenomeno artificiale che richiede il suo costante adeguamento alla realtà⁶⁵. Ed infatti, condividendo ancora una riflessione del Gallo⁶⁶, esistevano indubbi stretti rapporti tra l'*aequum* della definizione celsina e l'*aequum* assunto come criterio del *ius dicere* da parte del pretore: tecnicamente, attraverso l'esercizio della *iurisdictio*, i pretori introducevano nei loro editti nuovi mezzi processuali attenendosi al criterio del *bonum et aequum*, proprio in ossequio all'idea che il diritto si deve adattare alla realtà e non viceversa⁶⁷.

7. Ius civile, *ius honorarium* e *iurisdictio*. Osservazioni conclusive

Qualunque approfondimento del fenomeno *iurisdictio* necessita, come più volte sottolineato, di un approccio diacronico; occorre contestualizzare qualunque analisi nelle differenti epoche della storia romana in modo tale da poter comprendere la stretta connessione tra i mutamenti avvenuti nell'assetto politico costituzionale (monarchia, repubblica, principato...) e il sistema di produzione e applicazione del diritto.

Si è sinteticamente messo in evidenza come l'esercizio della *iurisdictio*, nell'antico sistema del diritto romano, fosse originariamente stato prodotto dalla necessità di regolamentare le controversie fra i privati; per questo, riferendosi alle origini, non si parla di *iurisdictio*, ma si intende un *ius dicere* orientato a risolvere la controversia, con un *ius* che non va inteso come norma di diritto da utilizzare per dirimere la lite, ma piuttosto nel senso del controllo della corretta ritualità e forma, a quel tempo veri e propri criteri guida delle decisioni giudiziali.

Nell'apogeo della repubblica, invece, la *iurisdictio* era prerogativa dei due pretori *urbanus* e *peregrinus*, dell'edile curule e del governatore provinciale, tutti titolari di *ius edicendi*: nello svolgere la loro funzione giurisdizionale

⁶⁵ F. GALLO, *Valori perduranti del bonum et aequum*, in *TSDP*, 2015.

⁶⁶ Cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7.

⁶⁷ Nel prosieguo del brano Paolo richiama il *ius reddere* del pretore come possibile luogo dell'iniquo D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*): *nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium, praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit*. Il passo, in sostanza, mette in evidenza la grande problematica di come, nella prassi, esistesse la possibilità che il pretore rendesse il diritto anche quando ciò non fosse conforme al giusto ed equo, il che se da un lato sottintende la consapevolezza di un margine di errore, dall'altra avalla ulteriormente l'idea di un'attività giurisdizionale sostanzialmente governata dall'intento di perseguire il *bonum et aequum*.

non si erano limitati ad applicare le regole del *ius civile* vigente, (ora diverso per sostanza, seppur ancora rigorosamente formale, rispetto al *ius Quiritium*, o al *ius civile* “tradizionale”) ma avevano creato nuove regole e principi giuridici in grado di rispondere alle mutate esigenze economiche e sociali. Al fine di informare preventivamente i cittadini dei criteri ai quali intendeva ispirare la propria politica giudiziaria, ciascun magistrato, nel momento in cui assumeva il suo incarico, pubblicava un editto che ogni anno veniva ripubblicato con gli aggiornamenti apportati dal nuovo titolare della carica. Grazie all’attività giurisdizionale dei pretori, dunque, si era progressivamente creato un sistema di norme parallelo a quello formato dalle norme del *ius civile*, che, pur non sostituendolo, di fatto finiva per prevalere su questo e, per secoli, era divenuto un fattore fondamentale di crescita e sviluppo del diritto.

Papiniano⁶⁸ sottolineava icasticamente come l’attività onoraria avesse creato molteplici norme, fino ad introdurre addirittura la nuova forma processuale formulare, che aveva così consentito l’aggiornamento delle tutele delle situazioni giuridiche soggettive in quella realtà socio-economica che si stava creando in concomitanza con l’espansione mediterranea:

D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *defn.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Pretore e magistrati giurisdicenti, nella redazione dei vari testi dell’editto, seguivano lo sviluppo della scienza giuridica in modo che, concedendo azioni, creavano situazioni soggettive che acquistavano la natura di diritti sostanziali, proprio in virtù della protezione loro concessa dall’atto del magistrato.

Nel 130 d.C., peraltro, il *ius honorarium* perde la sua funzione propulsiva: per volere dell’imperatore Adriano (che, come tutti gli imperatori, tendeva ad accentrare nella sua persona il potere normativo) il giurista Salvio Giuliano codifica l’editto pretorio: il testo edittole di redazione giuliana entra nel mondo giuridico non come atto di magistrato, bensì come senatoconsulto approvato a seguito di *oratio principis in senatus habita*, cioè come recepimento formale da parte del senato di un atto di provenienza imperiale. A seguito di ciò si consuma la saldatura mancante tra potere imperiale e intervento giurisdizionale che lentamente conduce ad una nuova identità

⁶⁸ F. GALLO, *La riflessione di Papiniano sul «ius honorarium»*, in «*Règle et pratique du droit dans les realitea juridiques de l’antiquità*», Catanzaro, 1999, 35 ss.

per la *iurisdictio*, momento che possiamo far coincidere con l'affermazione quasi definitiva del processo cognitorio (avvenuta ufficialmente solo nel 342) ma soprattutto con la fine della giurisprudenza classica (240 d.C.).

E quest'ultima affermazione ci porta alla vera sostanza del tema della *iurisdictio* romana: in questo quadro così dinamico, infatti, la forza che spinge e guida la *iurisdictio* dal suo nascere al suo essere definitivamente assorbita in epoca tardo imperiale nel cerchio della burocrazia "statale", dove rimarrà per molti secoli, è la scienza giuridica prudentiale, che in epoca arcaica post-monarchica assume le vesti della giurisprudenza pontificale e in epoca tardo repubblicana e poi imperiale quelle della giurisprudenza laica creativa.

L'interazione dei giuristi, magistrati giudicanti e organi giudicanti, e, successivamente, imperatori e le cancellerie imperiali, ha costituito l'elemento determinante delle sorti dello sviluppo del '*ius*' e della sua relativa *dictio* - nel duplice senso in questa sede chiarito di costituzione e attuazione del diritto - in un gioco costante di affermazione e superamento, che solo una compagine di eccellenti esperti, dotati di sapienza e non di sola tecnica, ha potuto consentire.

