

Giulia Maria Guida

Sentenza e diritto: analisi di un rapporto circolare

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Iurisdictio* e *imperium* – 3. L'evoluzione processuale e le *res iudicatae* – 4. Dalle *legis actiones* al processo formulare – 4.1. Il processo *per concepta verba* – 5. La sequenza creata dai compilatori: D. 1.3.37-39 e la *cognitio extra ordinem* – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'assunto per cui l'ordinamento romano è ascrivibile tra i sistemi di stampo casistico è oramai pacifico all'interno della dottrina moderna mentre è ancora discusso uno dei risultati di questo tipo di sistema, la *res iudicata*¹

¹ M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, Bologna, 1960, *passim*; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980, *passim*; G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Est. Hist.-Jurid.*, 1982, 55 ss.; A. BIGNARDI, *De suo iure oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»*. Milano, 1992, 84 ss.; M. TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 779 ss.; U. VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 24 nt. 51; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. Dalle origini all'opera di Labeone*, I, Torino, 1997, 172 ss.; M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratiques du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. SIHDA Atti della 51ª Sessione (Crotone - Messina, 16 - 20 settembre 1997)*, a cura di I. PIRO, Soveria Mannelli, 1999, 158; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999, 53 ss.; G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 736 ss.; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 65 ss.; B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motivata nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2012, 329 ss.; GIOV. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in 'Res iudicata', tomo II, a cura di L. GAROFOLI, Napoli, 2015, *passim*; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 72 ss.; L. VACCA, *La rilevanza delle res iudicatae nella formazione del diritto casistico romano*, in *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria e prassi. Atti del*

e il suo ruolo nell'evoluzione del diritto romano.

La mancanza di un sistema processuale unitario e la sua complessità a livello procedurale ha contribuito ad alimentare una molteplicità di teorie attinenti la possibilità di configurare l'ordinamento romano come un sistema di 'diritto giudiziale'.

Le brevi riflessioni inerenti al ruolo della sentenza che intendo svolgere, con la consapevolezza di non poter essere esaustiva, partono da un legame inscindibile che esiste tra il risultato dell'attività giurisdizionale e la *iurisdictio*, una delle *potestas* riconosciute al pretore. Ed il momento di maggior esplicazione di tale *potestas* è sicuramente riconducibile al sorgere e al diffondersi del processo per *concepta verba*.

Prima di affrontare nello specifico la problematica della funzione della *res iudicata*, che andrà necessariamente affrontata in chiave diacronica dato lo stretto legame tra i mutevoli assetti politici e la produzione-applicazione del diritto, è bene soffermarsi, a grandi linee, su cosa si intenda per *iurisdictio* e come questa possa influenzare il ruolo della sentenza definitiva, sia concettualmente che storicamente come «l'atto giurisdizionale per eccellenza, quello in cui si esprime nella maniera più caratteristica l'essenza della *iurisdictio*: l'atto di giudicare»².

A questo proposito giova rilevare che la nozione di giurisdizione è strettamente legata all'origine etimologica del termine stesso: infatti *iurisdictio* deriva dall'unione dei due termini *ius* e *dicere* che delineano un concetto di giurisdizione come un "annunciare solennemente diritto" ma anche come l'indicazione della tutela da riferirsi al caso concreto, che il magistrato prescrive, di volta in volta, alle parti. Con tale termine si suole indicare, sia in diritto romano sia in diritto moderno, il potere spettante ai giudici di decidere in merito alla domanda giudiziale che viene sottoposta alla loro attenzione. Di norma detta funzione si differenzia, nei sistemi di civil law, dagli altri poteri dello Stato in quanto non è una produttrice diretta di diritto e trova attuazione in un contesto in cui viene garantita la terzietà dell'organo giudicante.

Di contro il diritto romano, in modo decisamente più complesso e per larga parte della sua evoluzione, fu un diritto giurisprudenziale intenso, nel senso che la costruzione dei suoi pilastri si deve ai giuristi, secondo un metodo scientifico da loro stessi via via elaborato³.

Convegno-Cagliari 25-27 settembre 2014, a cura di F. BOTTA-†F. CORDOPATRI, Napoli, 2017, *passim*; LETIZIA VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. ROSSETTI, Torino, 2017, 155 ss.

² E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1973, 191.

³ V. MANNINO, *Introduzione*, cit., 65 ss.

Ai fini che qui maggiormente ci interessano bisognerà soffermare l'attenzione sulla funzione svolta dalla giurisdizione o *iurisdictio* nell'ordinamento romano e sul ruolo da attribuire al 'prodotto' dell'esercizio della *iurisdictio*, ossia le sentenze.

2. *Iurisdictio e imperium*

La nozione di giurisdizione si potrebbe identificare come il coacervo di poteri spettanti ai magistrati che si trovano a gestire l'amministrazione della giustizia. Concetto di cui può essere colta pienamente la portata e la complessità solo laddove venga considerato nella sua chiave dinamica ed evolutiva tipica dello sviluppo storico del processo romano.

Sulla nascita dell'idea di *iurisdictio* sono individuabili due correnti di pensiero nella dottrina romanistica: da una parte abbiamo un primo orientamento riconducibile al von Keller⁴ che riconduce la *iurisdictio* tra le competenze originariamente attribuite al *rex*, capo politico della *civitas*, e poi successivamente devolute ai magistrati; dall'altra parte, un orientamento derivante dalla riflessione del Wlassak⁵ il quale valorizzando l'origine privatistica del processo romano ritiene, invece, che l'intervento pubblico in materia possa essere ricondotto ad una fase successiva dell'evoluzione processuale, ossia allo sviluppo della *cognitio extra ordinem*. Una tesi in un certo qual modo intermedia, sia sotto il profilo della natura del potere sia sotto quello della collocazione temporale della sua nascita, è stata, poi, elaborata dall'Albanese⁶, che, per meglio definirla, introduce i concetti di 'bipartizione funzionale', volto a distinguere «tra un'attività intesa all'espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti ed un'altra attività intesa, invece, alla decisione», e di 'bipartizione strutturale' che si sostanzia nella distinzione, tipica sia del processo per *legis actiones* sia del processo

⁴ F. L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. it., Napoli, 1872, 5 ss. In questo primo orientamento si specifica come la *iurisdictio* prima attribuita solo al *rex* avrebbe avuto un raggio di azione più ampio di quello poi attribuito ai magistrati repubblicani in quanto al *rex* non veniva solo riconosciuto il potere di emettere la sentenza ma anche di giudicare, per cui la sentenza risultava conclusiva del processo.

⁵ M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-91. L'autore, in questo caso, fonda invece il suo pensiero sulla natura della *litiscontestatio* nel processo formulare che, insieme al persistere di alcuni elementi privatistici, ammetterebbe una derivazione diretta del processo romano dall'arbitrato privato.

⁶ B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 22 ss.

per formulas, tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*⁷. Da questa premessa lo studioso, tenendo fermo il concetto di ‘bipartizione funzionale’ tipico del processo, evidenzia giustamente che la ‘bipartizione strutturale’ deve essere vista come un’acquisizione successiva, in quanto non presente all’epoca in cui il processo si svolgeva dinanzi al *rex*. Ciò la colloca in una diversa fase storica che coincide con l’avvento del processo per *legis actiones* e, quindi, con la suddivisione processuale tra fase *in iure* e fase *apud iudicem*.

Le tesi qui brevemente riportate vogliono testimoniare come il dibattito dottrinario intorno all’origine del potere di *ius dicere* non sia ancora del tutto sopito, a causa anche della scarsità di fonti che ci sono pervenute e che giustificano le più variegiate letture da parte della dottrina.

Per provare a comprendere in maniera ancora più approfondita il concetto di *iurisdictio* è necessario analizzare il rapporto con il concetto di *imperium*. Nel novero dei poteri facenti parte dell’*imperium*, spettante al console e al pretore, vi rientravano, in linea generale, il comando militare, il potere giurisdizionale civile e criminale, il potere di convocare il Senato come l’assemblea del popolo, di presiedere le elezioni e di proporre leggi. Anche qui il dibattito dottrinario è stato acceso non mancando chi⁸ ha ricondotto la *iurisdictio* ad una manifestazione dell’*imperium* e chi⁹, viceversa, non vi ha ravvisato nessun tipo di collegamento.

Tra queste due opposte tesi si pone il pensiero inaugurato dal De Martino¹⁰ e ripreso dal Pugliese¹¹ che, partendo dall’assunto tradizionale per cui l’*imperium* fosse un potere generale di comando sia in campo militare che civile, dal contenuto non perfettamente identificato, configura la *iurisdictio* come «una della *potestas* che, pur comprese nell’*imperium*, potevano essere specificatamente attribuite dalla legge a un magistrato come

⁷ Sul ruolo del *iudex*: B. VERONESE, *I rapporti tra le parti e il giudice*, in *Il giudice privato nel processo privato romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, 563 ss.; S. BARBATI, *Studi sui iudices nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, 10 ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, 7 ss.

⁸ Secondo il Leifer la *iurisdictio* non avrebbe avuto una propria autonomia ma sarebbe stata una delle forme in cui si esplicava l’*imperium*. Lo studioso ha sostenuto, infatti, un collegamento inscindibile tra questi due concetti, vedendo nella *iurisdictio* una “specifica” dell’*imperium*. Per maggiori approfondimenti: F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München, 1914, 69 ss.

⁹ Secondo il Lauria non si può ravvisare alcun collegamento tra l’*imperium* e la *iurisdictio*, ponendo alla base della sua riflessione l’impossibilità di definire in maniera netta il contenuto dell’*imperium*, che varia in relazione ai magistrati a cui è attribuito e a seconda del periodo storico considerato. Per ulteriori approfondimenti: M. LAURIA, ‘*iurisdictio*’, cit., 488.

¹⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 199 ss.

¹¹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II.1, Milano, 1963, 118 ss.

potestates a sé stanti»¹².

Abbracciando questa lettura inerente al rapporto tra *iurisdictio* e *imperium*, si può, quindi, sostenere come il risultato dell'attività giurisdizionale e del *dicere ius* si sostanziano nel giudicato che, da sempre, ha attirato l'attenzione degli studiosi, soprattutto riguardo al suo rapporto con le fonti del diritto. La questione attinente al valore del giudicato rappresenta anche il simbolo emblematico del rapporto tra sovranità e amministrazione della giustizia o, rifacendoci alla storica partizione di Bracton¹³, alla coppia concettuale *gubernaculum* e *iurisdictio*, ossia tra il potere del sovrano di fare tutto quanto fosse necessario per mantenere la 'pace sociale' e l'amministrazione della giustizia¹⁴.

Si tratta di una problematica piuttosto sentita sia nel diritto romano sia nel diritto moderno perciocché non essendoci, in particolare nell'ordinamento romano, un modello unitario di processo e stante la complessità generale della procedura *tout court*, diversi filoni di studi hanno esaminato singoli profili conducendo, per quel che qui interessa, a risultati differenti riguardo alla possibilità di qualificare le *res iudicatae* come 'diritto giudiziale'¹⁵ e, quindi, come fonte del diritto.

L'idea stessa di fonte può risultare complessa in quanto configurabile in senso oggettivo come 'fattore' di produzione sia di una fattispecie sia di altre norme sulla produzione delle norme. Soprattutto nel secondo senso¹⁶ la si può qualificare fonte solo e soltanto nel momento in cui vi è una norma di riconoscimento nell'ordinamento che la qualifichi come tale.

Al fine di apprezzare maggiormente come si sia evoluto il ruolo della *res iudicata* è opportuno, allora, partire dall'origine della questione, ossia dal rapporto tra l'evoluzione dello strumento processuale e la sentenza.

3. *L'evoluzione processuale e le res iudicatae*

L'idea di processo e la sua attuazione pratica hanno subito nel corso dei

¹² G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., 118.

¹³ Bracton nel suo *De legibus et consuetudinibus Angliae* teorizza come il potere secolare e il potere di amministrare la giustizia formino un *unicum* del potere del sovrano medievale; teoria ripresa e analizzata con rimandi alla tradizione romanistica da C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990, 96 ss.

¹⁴ M. A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli, 2012, 64.

¹⁵ GIOV. GUIDA, *Giudicato*, cit., *passim*.

¹⁶ F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 135 ss.

secoli delle modificazioni strutturali, passando da una tipologia prettamente sacrale, come le *legis actiones*¹⁷, ad una configurazione più elastica, come il processo formulare¹⁸, fino ad arrivare al concetto più moderno, rispetto al periodo storico di riferimento, di processo incarnato dalla *cognitio extra ordinem*. Senza contare che l'evoluzione del processo romano, proprio in relazione alle diversità procedurali tipiche di ogni periodo storico in cui una tipologia processuale veniva usata, rappresentava un esempio di diversa efficacia e diversa stabilità dei giudicati¹⁹.

In quest'ottica si inserisce quella che si configura come il punto di partenza di questa breve analisi, vale a dire un'affermazione del Pugliese secondo cui «il diritto è condizionato dal processo: l'ipotesi da prospettare è quella di un rapporto circolare tra l'uno e l'altro. Questo rapporto comprende pure l'eventualità della creazione del diritto nel e per effetto del processo, sia attraverso l'opera interpretativa ed evolutiva dei giudici, sia per l'esercizio dei particolari poteri riconosciuti ai pretori urbano e peregrino e ad altri magistrati giurisdizionali»²⁰.

¹⁷ Il processo per *legis actiones* risulta essere la più antica forma processuale del diritto romano. Ampiamente diffuse all'epoca della legge delle XII Tavole, sopravvissero formalmente per tutta l'età repubblicana. Furono ufficialmente abolite, anche se permangono alcune testimonianze del loro utilizzo, nel 17 a.C., dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Il processo era suddiviso in due fasi: la fase *in iure* aveva lo scopo di fissare, con certezza e precisione, i termini della controversia, ed esigeva, di conseguenza, la necessaria presenza di entrambe le parti: spettava all'attore condurre dinanzi al magistrato la controparte, nel caso anche con la forza. Davanti al magistrato, l'attore affermava solennemente il suo diritto. L'elemento fondamentale della fase *in iure* era lo scambio tra le parti di dichiarazioni solenni, incompatibili tra loro. Esse erano pronunciate davanti a testimoni, la cui presenza era esplicitamente richiesta: questa era la c.d. *litis contestatio*, momento fondamentale del processo mediante il quale si andava a cristallizzare la situazione processuale e le parti si obbligavano a sottostare al giudicato; nella fase *apud iudicem*, invece, un *iudex privatus* ascoltava le ragioni delle parti ed esaminati i mezzi di prova, emetteva la sua *sententia*, oralmente. Nella fase *apud iudicem* non era più necessaria la presenza di entrambe le parti: la sentenza, in assenza di una parte, interveniva ugualmente ed era sfavorevole a questa. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 67 ss; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 116 ss.

¹⁸ Processo, che come si vedrà in seguito, nacque per rispondere alla necessità di regolare i rapporti nascenti tra romani e peregrini. Anche questa tipologia processuale risulta divisa in due fasi come il processo per *legis actiones*, con la differenza che nella fase *in iure*, il giudice doveva valutare il contenuto ed il fondamento della domanda e, quindi, concedere o negare l'*actio* richiesta; se riteneva di concedere l'azione, determinava le reciproche pretese delle parti fissandole nella formula che concedeva loro. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 276 ss; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 139 ss.

¹⁹ M.A. FINO, *Idee*, cit., 65.

²⁰ G. PUGLIESE, *Diritto e processo*, cit., 736.

Da un'affermazione del genere, che parte da una concezione del risultato del processo, ossia la *res iudicata* come 'fonte del diritto' o perlomeno come un atto tale da poter influenzare la creazione di un successivo diritto, è possibile far partire la disamina inerente all'utilizzo o meno delle *res iudicatae* come fonti autonome.

Presupposto essenziale e necessariamente antecedente alla trattazione è rappresentato dal fatto che tale tipo di ragionamento è evidentemente possibile solo in un sistema di stampo casistico, che non prevede solo l'applicazione di norme di diritto vigenti ma anche la possibilità di elaborare un nuovo diritto per assicurare il riconoscimento di tutela e la più equa soluzione dei casi concreti. Mediante le soluzioni giurisprudenziali è possibile, infatti, 'modificare' l'ordinamento che in base al variare del comune sentire e dei cambiamenti sociali si adatterà attraverso l'introduzione di decisioni ritenute, di volta in volta, più idonee a tutelare le situazioni di diritto.

Ora il primo punto su cui soffermare l'attenzione attiene a cosa si intende come 'fattore' di produzione del diritto: aderendo ad una lettura prettamente processualcivilistica l'idea da associare al termine 'fattore' è quella riguardante il particolare effetto che l'ordinamento può attribuire alla sentenza, consistente nel potere potenziale di vincolare per il futuro²¹. L'attribuire effetti normativi va inteso nell'accezione prettamente moderna e, quindi, come il caratteristico risultato che l'ordinamento giuridico può attribuire alla sentenza che diventa un atto vincolante rispetto agli atti posti in essere successivamente; questo vincolo può essere tra l'altro destinato sia ai rapporti sostanziali sia alle decisioni processuali.

Posto l'interrogativo attinente al ruolo delle *res iudicatae* nel diritto romano, è allora opportuno, anche sulla scorta dell'affermazione del Pugliese, approfondire la tematica per cercare di capire se le sentenze fossero idonee a produrre autonomamente diritto oppure no.

4. *Dalle legis actiones al processo formulare*

Partendo dal diritto arcaico e dal processo per *legis actiones* si può sostenere come tale tipologia processuale non si potesse avvicinare al concetto di produzione del diritto mediante l'attività giurisdizionale.

²¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 45 ss.; F. MODUGNO, voce *Norma* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 388; F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002, 135 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 494.

In particolare, nel diritto arcaico²² l'ordinamento romano si configurava come un ordinamento aperto, di formazione prevalentemente consuetudinaria, nella misura in cui il riconoscimento del valore normativo di determinati comportamenti costanti derivava dall'assenso della comunità o, più correttamente, delle forze sociali prevalenti. Su questo quadro si inseriscono le pronunce del *rex*²³, titolare unico della *iurisdictio* in questo periodo, che non enunciano precetti destinati a fissare *pro futuro* quali comportamenti ritenere leciti e quali no, ma si muovono, piuttosto, sul piano contingente del singolo caso concreto rispetto al quale il valore di tali pronunce non eccede quello di essere «manifestazioni» di una volontà divina che si reputava rinnovare volta per volta²⁴.

Situazione non molto diversa si determina con il consolidarsi dell'utilizzo del processo per *legis actiones*²⁵: infatti, l'eccessiva sacralità delle azioni e la gestualità da rispettare non permettevano grandi margini di manovra, tali da configurare una possibile introduzione di nuovi principi giuridici mediante le sentenze. In questo periodo, parte della produzione normativa era confluita nel corpo 'legislativo' delle XII Tavole che, tuttavia, non esauriva l'articolata attività di 'normazione' distribuita fra regole di diritto consuetudinario ed elaborazione di strumenti giuridici da parte della giurisprudenza pontificale. Ad esempio, se prendiamo in considerazione le *legis actiones* più antiche, come la *sacramento in rem* o la *manus iniectio*, si può notare come queste rispecchiarono precisamente il contenuto del diritto che l'attore sosteneva di avere²⁶. Mentre nella *sacramento in rem* l'attore sosteneva la titolarità su un bene o una persona, nella *manus iniectio* si effettuava una sorta di azione esecutiva generale. Anche le altre *legis actiones*, che non avevano più riferimenti all'autotutela, comunque mantenevano la corrispondenza tra contenuto del diritto, ossia la situazione giuridica dell'attore, e il formulario pronunciato dall'attore stesso. Secondo la ricostruzione del Lauria²⁷ incentrata sul *dicere*, inoltre, in questo momento la funzione del magistrato si sarebbe limitata alla pronuncia dei *verba legitima*, 'do, dico, addico', riconducendo, appunto, l'espressione *dicere* a «la forma con la quale

²² R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 154 ss.

²³ Il periodo della monarchia - che va tradizionalmente dal 754 a.C. al 510 a.C. - risulta caratterizzato dalla figura del *rex* il quale oltre ad essere l'organo sovrano radunava su di sé le più importanti cariche come quella di capo dell'esercito, di supremo sacerdote, di rappresentante della città nei rapporti internazionali e, non da ultimo, di sommo giudice. L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, 3 ss.

²⁴ R. ORESTANO, *I fatti*, cit., 167.

²⁵ C. GIOFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*.

²⁶ G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980, *passim*; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Le legis actiones*, I, Torino, 1980, 13 ss.

²⁷ M. LAURIA, 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, 529 ss.

quella funzione si esplicava, non il contenuto della funzione»²⁸.

Conseguenza diretta di tale situazione era che la sentenza fosse un mero accertamento in positivo o in negativo di quanto 'giurato' dal ricorrente, suffragata, inoltre, dal fatto che il giudice che pronunciava la sentenza non era munito di *iurisdictio*, essendo questa riservata al magistrato che presiedeva la prima fase del processo.

Anche questa affermazione se si segue la ricostruzione del Marrone²⁹, può essere considerata come parzialmente veritiera in quanto, perfino in epoca pontificale, l'organo giudicante si pone come 'ponte' nella creazione del diritto; difatti, la giurisprudenza, pontificale prima e laica poi, portò un'evoluzione e un'estensione del testo normativo grazie all'autorità politica, religiosa e morale che risultava in grado di persuadere gli organi giudicanti e di indirizzarli, attraverso la ripetizione delle pronunce conformi e/o il valore riconosciuto ai precedenti, l'evoluzione del diritto.

Si può sottolineare³⁰, infatti, come anche la pronuncia giudiziale del diritto arcaico abbia avuto un ruolo di formante per quanto attiene la 'plausibile'³¹ origine giudiziaria di certi illeciti. Il riferimento specifico attiene alla famosa legge di Romolo sul ripudio della moglie da parte del marito, come creazione della prassi dei tribunali locali formati dai *patres* per giudicare i comportamenti ritenuti immorali delle donne. Questa ricostruzione, per cui il diritto dell'epoca arcaica si fosse in un certo senso evoluto su una base casistica giurisprudenziale, troverebbe conferma in una fonte giuridica, D. 1.2.2.24³², in cui Pomponio riporta la vicenda di

²⁸ Varro *ling.* 6.30: *Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem "do," "dico," "addico"; itaque non potest agi: necesse est aliquo eorum 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.*

²⁹ M. MARRONE, *L'effetto normativo*, cit., 242 ss.

³⁰ U. VINCENTI, *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. VINCENTI, Padova, 1998, 3 ss.

³¹ GIOV. GUIDA, 'Res iudicata', cit., 336.

³² D. 1.2.2.24 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Et cum placuisset leges quoque ferri, latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno cum magistratum prorogarent sibi et cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps sufficere magistratibus, ut ipsi et factio sua perpetuo rem publicam occupatam retineret: nimia atque aspera dominatione eo rem perduxerant, ut exercitus a re publica secederet. Initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore Verginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona vindicis Vitelliorum servi, qui prodicionis coniurationem indicio suo detexerat) et castitatem*

Virginia, una giovane di famiglia plebea, desiderata dal decemviro Appio Claudio. Quest'ultimo, non ricambiato dalla giovane, convinse un proprio cliente, Marco Claudio, a rivendicare Virginia come se fosse una sua schiava. Il punto di maggiore interesse del frammento risulta essere il passaggio in cui viene evidenziato il comportamento *contra ius* del decemviro, il quale, senza aspettare il processo, decise di assegnare il possesso interinale della fanciulla, andando in contrasto con un principio di *vetus ius*, «corrispondente ad una vetustissima *iuris observantia*, che avrebbe tratto origine da una sentenza del primo console di Roma, Bruto, il quale avrebbe deciso di lasciare libero [...], nelle more del processo di libertà, un tal Vindice, [...]. Resta che, agli occhi di un giurista del II secolo d.C., qual è Pomponio, e degli stessi compilatori giustinianeî, non ha nulla di incredibile, almeno in riferimento al periodo arcaico, il cennato procedimento di creazione del diritto (della sentenza giudiziaria al *mos alla lex*)»³³.

Tuttavia, anche volendo ammettere un'influenza da parte del collegio pontificale,³⁴ prima, e da parte del *iudex* nel processo per *legis actiones*, poi, questi non hanno lasciato un'impronta così tangibile nell'ordinamento, tanto da non trovare testimonianze dirette e reiterate nelle fonti, neanche in quelle retoriche.

Un caso particolare, invece, in cui, in età repubblicana, le pronunce giudiziali hanno influenzato la creazione del diritto al punto da riuscire a introdurre un nuovo principio giuridico, è quello del tribunale centumvirale in materia di libertà testamentaria. La giurisprudenza prodotta da questo tipo di tribunale assume una particolare centralità e autorevolezza intorno al 241 a.C., in concomitanza con l'aumento delle tribù a 35³⁵, per effetto dello stretto collegamento esistente tra questo organo giudicante e il

filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit. Qui universi de Algido, ubi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis signa in Aventinum transtulerunt, omnisque plebs urbana mox eodem se contulit, populi que consensu partim in carcere necati. Ita rursus res publica suum statum recepit.

³³ U. VINCENTI, *I precedenti*, cit., 6.

³⁴ D. 1.2.2.6 (Pomp. lib. sing. ench.): *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

³⁵ F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, 1 ss; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 27 ss.

comizio tributo. Il tribunale centumvirale si occupava esclusivamente di cause successorie³⁶, durante le quali i suoi componenti erano chiamati a svolgere un controllo sulle destinazioni *mortis causa* dei patrimoni familiari per garantire la trasmissione del vincolo agnatizio³⁷ unitamente alla tutela del patrimonio stesso. Tale finalità connotava in maniera non strettamente privatistica l'attività del tribunale in questa materia, che finiva con l'assumere una natura che potremmo definire più squisitamente politica.

Fu allora che venne istituita la *querela inofficiosi testamenti*, che consisteva nell'impugnazione del testamento contrario all'*officium pietas* che poteva essere esperita dall'erede legittimo ingiustamente diseredato. In questo modo venne introdotta quella che oggi viene definita la successione necessaria materiale.

Le soluzioni adottate in materia di testamento inofficioso assumono rilievo perché integrano una fattispecie che, attraverso una serie di sentenze, dette origine alla creazione dei principi normativi mediante i quali fu delimitato l'ambito di applicazione della legge esistente. La prassi del tribunale centumvirale è caratterizzata da una 'incontrovertibilità' del giudicato in quanto quel giudicato aveva valore vincolante non solo per le parti ma anche rispetto ai terzi³⁸, comportando che «all'accertamento contenuto nella sentenza siano attribuiti effetti cd. pregiudiziali, o normativi»³⁹.

³⁶ J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredation injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y regimen clásico*, Granada, 1998, *passim*.

³⁷ L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, *passim*.

³⁸ D. 5.2.13 (Scaev. lib. III resp.): *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavuit: "Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo."* Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: *probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente*. D. 5.2.17 (Paul. lib. II quaest.): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. 1. Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem praebandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

³⁹ M. MARRONE, *Del divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi in onore di Filippo*

Si operò, in particolare, in modo da esercitare un progressivo restringimento del principio decemvirale che concedeva assoluta libertà al testatore⁴⁰, come ci viene testimoniato da Pomponio:

D. 50. 16. 120 (Pomp. *Vad Quintum Mucium*): *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Il frammento riportato attesta, infatti, come all'epoca delle XII Tavole non vi fossero limiti alla libertà di testare, di disporre legati o anche di costituire tutele, libertà che fu, poi, limitata attraverso l'elaborazione della giurisprudenza dei centumviri che introdusse delle modifiche al diritto vigente⁴¹. Il passo è stato oggetto di una lettura critica da una parte della dottrina⁴² che rimane scettica sull'autenticità della fonte e sulla possibilità di attribuirgli interamente a Pomponio, intravedendo una possibile interpolazione da parte dei compilatori giustinianei. Sembra, però, da condividersi la lettura data dal Di Lella e ripresa da Letizia Vacca⁴³ che esclude tale interpolazione e focalizza l'attenzione sull'espressione *uti legassit* utilizzata da Pomponio per qualificare una regola che non aveva una portata limitata, ma la coerenza tipica ed esclusiva di un atto normativo autoritario.

Da ciò trova diretta conferma l'assunto che all'epoca delle XII Tavole ci fosse, effettivamente, una illimitata libertà testamentaria che venne via via limitata, come testimoniato dallo stesso Pomponio, o per legge o mediante l'interpretazione della giurisprudenza.

Fra le limitazioni introdotte assume rilievo la formulazione della regola, non riconducibile all'epoca decemvirale, *'sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi'*, regola che introdusse un freno di natura sostanziale alla discrezionalità testamentaria, prevedendo per il testatore il dovere di istituire determinate persone. Solo la presenza di una tale regola e della sua valenza

Gallo, II, Napoli, 1997, 19.

⁴⁰ L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 43.

⁴¹ C. 6.28.4.2: *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*

⁴² S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 38 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 4 ss.

⁴³ L. DI LELLA, *Querela*, cit., 7 ss.; G. FRANCIOSI, *Lheres extraneus e le dodici tavole*, in *Labeo*, X, Napoli, 1964, 352; L. VACCA, *Diritto*, cit., 44 ss.

sostanziale può costituire il necessario presupposto per comprendere la possibile sanzione della invalidità del testamento⁴⁴.

Quello che interessa sottolineare attiene, in particolare, al ruolo assunto da questa regola casistica che assurge, nel tempo, ad una vera e propria natura normativa. Le soluzioni adottate dal tribunale dei *centumviri* avevano, infatti, un carattere prettamente equitativo, ma questo carattere equitativo, pur circoscritto alla singola risoluzione, trovò un utilizzo reiterato che lo fece divenire una fonte di rango quasi normativo. Questo ci viene testimoniato in alcuni testi come:

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

*Val. Max. 7.7.1: Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, [qui erat falsus,] aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, impudentia alienorum [domum] sibi clausam repperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumperat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*⁴⁵

⁴⁴ Gai 2.123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diuersae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

⁴⁵ La stessa valutazione equitativa si ritrova in: Val. Max. 7.8.2: *Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias - Pletoniam et Afroniam, animi sui potius*

Le fattispecie riportate riguardano entrambe i casi di un figlio *miles* preterito dal testamento del padre in quanto creduto morto. Le testimonianze in esame, ed in particolare quella raccontata da Valerio Massimo, attestano come il giudizio dinanzi al tribunale dei *centumviri* fosse impostato unicamente in termini di equità. Sulla base dell'equità veniva riconosciuto al figlio preterito di far valere la propria posizione in giudizio mediante la proposizione di tutte le azioni volte ad accertare il suo diritto; ai *centumviri* spettava, poi, di giudicare, in modo comparativo, le ragioni del preterito e quelle degli istituiti, riconoscendo, a chiusura del passo riportato, la posizione del figlio e dichiarando, mediante sentenza, l'inefficienza del testamento⁴⁶. Con la dichiarazione di inefficienza si ristabiliva quella che era la "naturale" linea ereditaria e si eliminavano gli effetti di un testamento iniquo.

La forte novità introdotta dal tribunale centumvirale rimane però circoscritta alla materia ereditaria non avendo ulteriori testimonianze di una creazione 'giudiziaria' di nuovo diritto⁴⁷.

inclinazione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis commota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat. Val. Max. 7.8.4: *Item Pompeius Reginus uir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.*

⁴⁶ L. DI LELLA, *Querela*, cit., *passim*; M. MARRONE, *Di nuovo in materia di querela inefficaci testamenti*, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, XVII, Palermo, 1960, 6 ss.; L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione alla querela inefficaci testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017, 7 ss.

⁴⁷ Importanza testimoniata anche da Tacito: Tac. *dial. de orat.* 38: *Transeo ad formam et consuetudinem veterum iudiciorum. Quae etsi nunc aptior est [ita erit], eloquentiam tamen illud forum magis exercebat, in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur et liberae comperendinationes erant et modum in dicendo sibi quisque sumebat et numerus neque dierum neque patronorum finiebatur. primus haec tertio consulatu Cn. Pompeius adstrinxit imposuitque veluti frenos eloquentiae, ita tamen ut omnia in foro, omnia legibus, omnia apud praetores gererentur: apud quos quanto maiora negotia olim exerceri solita sint, quod maius argumentum est quam quod causae centumvirales, quae nunc primum obtinent locum, adeo splendore aliorum iudiciorum obruebantur, ut neque Ciceronis neque Caesaris neque Bruti neque Caelii neque Calvi, non denique ullius magni oratoris liber apud centumviros dictus legatur, exceptis orationibus Asinii, quae pro heredibus Urbinae inscribuntur, ab ipso tamen Pollione mediis diui Augusti temporibus habitae, postquam longa temporum quies et continuum populi otium et assidua senatus tranquillitas et maxime principis disciplina ipsam quoque eloquentiam sicut omnia alia pacauerat.*

4.1. *Il processo per concepta verba*

Il primo forte cambiamento da segnalare, che ha, invece, influenzato la ‘produzione’ giudiziaria, è l’introduzione della figura del *praetor peregrinus* e la successiva evoluzione del processo da *per certa verba* a *per concepta verba*. La nascita della figura del *praetor peregrinus* trova la sua giustificazione nella necessità di regolare i rapporti tra romani e stranieri⁴⁸; rapporti che, specie dal punto di vista della tutela, non trovavano un riscontro concreto nel *ius civile* e nelle azioni che non potevano essere esperite in quanto riservate ai soli *cives* romani.

Grazie al processo formulare e all’editto del magistrato riscontriamo una nuova spinta creativa del diritto tanto da poterci interrogare sulla possibilità di considerare anche le sentenze quali fonti del diritto.

La centralità del ruolo del pretore⁴⁹, e della sua *iurisdictio* nel processo formulare, permette anche di valorizzare ed evidenziare il carattere pubblicistico di questo processo e, soprattutto, come il pretore potesse essere considerato vero e proprio «arbitro del *iudicium*»⁵⁰, a cui compete il potere di concedere l’azione o di negarla⁵¹.

La *iurisdictio*, inoltre, intesa quale attività indiretta di statuire sul caso concreto, si delinea con le *legis actiones* e, in particolare, con la fase *in iure*, ma trova una concreta attuazione solo nel processo formulare a scapito del potere del giudice, la cui discrezionalità può essere fortemente influenzata dal pretore al momento dell’impostazione della singola controversia⁵². Ne consegue un allargarsi del concetto di *iurisdictio*, anche nel linguaggio comune, fino ad arrivare all’utilizzo del termine *iurisdictio*⁵³ in riferimento ad ogni atto attinente il processo, tendendo, addirittura, a designare il complesso delle competenze del magistrato giudicante nell’ambito del processo civile.

⁴⁸ C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 172 ss.

⁴⁹ E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, Padova, 1927, *passim*; G. SEGRÉ, *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti Ferrini*, Milano, 1946, 733; G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell’attività edittale del pretore in età repubblicana*, Palermo, 1983, *passim*; M. KASER, *Zum ius honorarium*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez Suárez*, 1978, 231 ss., ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986, 84 ss.; F. GALLO, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, *passim*; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, *passim*.

⁵⁰ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 194.

⁵¹ GIOV. GUIDA, *‘Ius dicere’ e ‘Iudicare’. Iurisdictio del magistrato e poteri del giudice*, in *LR online*, 2012, 38 ss.

⁵² GIOV. GUIDA, *‘Ius dicere’*, cit., 49.

⁵³ G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 194.

Con l'affermarsi del processo formulare, infatti, viene a consolidarsi anche la distinzione tra due concetti fondamentali, il *ius dicere* e il *iudicare*: mentre nel periodo più arcaico e con la risoluzione delle controversie mediante il processo per *legis actiones* questi due termini tendevano a sovrapporsi e a confondersi, nel processo per *formulas* emerge maggiormente il concetto di *iudicare*, a discapito del *ius dicere*, a cui si accompagna il rafforzamento sempre più evidente del ruolo del pretore nella dinamica processuale.

In altre parole, il ruolo del giudice non è altro che il riflesso dell'attività del pretore.

Se non ci fosse stato questo notevole mutamento dell'apparato processuale e del concetto di *iudicare*, probabilmente la tematica del ruolo della *res iudicata* come 'fattore' di produzione di nuovo diritto non avrebbe avuto modo di esistere.

Per quanto, quindi, attiene alla funzione delle sentenze all'interno dell'ordinamento romano, mentre abbiamo testimonianza, seppur retorica⁵⁴, del 'peso' delle sentenze all'interno del *ius civile*⁵⁵, occorre muoversi con più prudenza rispetto alla tematica inerente alla produzione diretta di nuovo diritto.

Ciò in quanto la probabile mancanza della motivazione nelle sentenze ha giustificato l'affermazione per cui le *res iudicatae* non possono essere considerate *tout court* fonti del diritto in senso stretto.

Bisogna osservare, infatti, che non ci sono pervenute testimonianze certe inerenti al fatto che le *res iudicatae* fossero giuridicamente motivate e che non vi era una norma esplicita tale da prevedere l'obbligatorietà della motivazione. Questa affermazione non esclude comunque la possibilità che le sentenze potessero essere comunque motivate⁵⁶: l'assenza di una norma esplicita non preclude, infatti, in via definitiva la possibilità di motivare o meno un atto⁵⁷.

⁵⁴ Cic. top 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur quae sub eo genere sunt quod definitur hoc modo: Abalienatio est eius rei quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio inter quos ea iure civili fieri possunt. Sunt etiam alia genera definitionum, sed ad huius libri institutum illa nihil pertinent; tantum est dicendum qui sit definitionis modus.*

⁵⁵ L. VACCA, *La rilevanza delle res iudicatae*, cit., *passim*.

⁵⁶ M. MARRONE, *Contributo allo studio*, cit., 53 ss.

⁵⁷ A sostegno è possibile segnalare un passo del *de officiis* di Cicerone in cui si rinviene un primo esempio di motivazione: *De off.* 3.16.66: *Ut, quum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA.*

Va osservato che le “motivazioni” di cui si ha testimonianza, non erano motivazioni in diritto, quindi tali da introdurre un principio giuridico in modo diretto, ma più che altro erano in un certo senso, la «‘diagnosi’ degli elementi di fatto rilevanti ai fini della soluzione»⁵⁸.

Un altro spunto da tenere in considerazione si sostanzia nel fatto che il *iudex* poteva, mediante la “motivazione” della sentenza, tutelarsi nei confronti di una possibile accusa inerente al *iudex qui litem suam fecit*⁵⁹ e, conseguentemente, evitare le sanzioni previste nel caso a suo carico⁶⁰. Inoltre, l’usualità della motivazione - anche limitata al “fatto” - poteva risultare utile al giudice per mantenere il proprio prestigio e la propria considerazione sociale.

Altro fattore da tenere in considerazione, e che ritengo fondamentale nel solco del corretto inquadramento del peso delle sentenze, riguarda i molteplici casi in cui le motivazioni “in fatto” hanno contribuito, mediante la reiterazione di pronunce conformi, al passaggio dal *ius controversum* al

M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Un’altra testimonianza ci perviene anche da Valerio Massimo nel suo *Factorum et dictorum memorabilium: Fact. et dict. memorab.*, 8.2.3: *Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicii C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita quaestione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit, praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse. Fannia autem haec est, quae postea Marium hostem a senatu iudicatum caenoque paludis, qua extractus erat, oblitum et iam in domum suam custodiendum Minturnis deductum ope quantacumque potuit adiuvit, memor, quod inpudica iudicata esset, suis moribus, quod dotem servasset, illius religioni acceptum ferri debere.*

⁵⁸ L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale*, cit., 155 ss.

⁵⁹ Sul concetto di *iudex qui litem sua fecit* due sono i significati che hanno riscosso i maggiori consensi all’interno della dottrina: l’uno descrittivo della condotta del giudice e allusivo a un suo coinvolgimento personale nella controversia; l’altro relativo all’effetto della condotta stessa e cioè al subentrare del giudice nella posizione del convenuto nella lite da lui male amministrata. Nel primo senso: D. STOJCEVIC, *Iudex qui litem suam fecit*, in *RHD*, XVI, 1958, 308 ss; A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell’esperienza romana: atti del seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera (Torino 4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, 151 ss; nel secondo senso: I. CREMADES - J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico*. “Actio adversus iudicem qui litem sua fecit”, in *AHDE*, LIV, 1984, 179 ss.

⁶⁰ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *IURA*, XXXI, Napoli, 1983, 242.

ius receptum e, quindi, al consolidarsi nel *ius civile* di un nuovo principio giuridico. Questo perché, come sottolinea Vincenti, «è proprio attraverso il *consensus* dei giudici che si manifestava in definitiva il *consensus* dei consociati in genere [...] lo *ius controversum* era causa di *disputatio fori* e questa era risolta con la sentenza, conseguente all'opzione di concorrenza: il ripetersi di sentenze simili era il segno inequivoco dell'adesione dell'ambiente sociale e i giudicati erano perciò *pars* del *consuetudine ius*, rendendo una certa regola disputata»⁶¹.

Di conseguenza, più che focalizzare l'attenzione sul valore di 'precedente' bisogna tenere significativamente in considerazione l'influenza concreta che le *res iudicatae* avevano nella determinazione del *ius*.

Bisogna, a tale riguardo, ricordare come in materia di *auctoritas rei iudicatae* queste ultime fossero caratterizzate, fino all'introduzione della *cognitio extra ordinem*, da una natura di 'irripetibilità' e, successivamente, di 'incontrovertibilità'⁶²: 'irripetibilità' che mediante l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicio deductae*⁶³ operava *ipso iure* e 'incontrovertibilità' ricollegabile al diverso ruolo dell'autorità pubblica che pronunciava la sentenza⁶⁴ che esplicava i suoi effetti nelle *cognitiones extra ordinem*.

Abbiamo visto, per quanto attiene la determinazione del *ius*, come il terreno più 'fertile' per attuare questa visione risultasse sicuramente essere il processo formulare. Questo perché era una tipologia processuale basata non sulla ripetizione di formalismi sacrali ma sulla possibilità di esperire, a seconda del caso, una formula sia prevista nell'editto sia "plasmata" sul caso concreto.

L'*edictum* veniva emanato all'inizio dell'anno di carica dal pretore e conteneva le formule che lo stesso decideva di concedere per quelle situazioni ritenute meritevoli di essere tutelate dall'ordinamento e da questo non previste. Erano, infatti, le formule a costituire la base per accedere al processo.

Partendo da questa constatazione è possibile apprezzare maggiormente

⁶¹ U. VINCENTI, *Res iudicatae*, cit., 24 nt. 51.

⁶² M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali Palermo*, XXIV, 1955, 517 ss.

⁶³ Tale tipo di *exceptio* poteva essere opposta nei confronti di chi avesse riproposto una domanda giudiziale in ordine ad un rapporto litigioso già dedotto precedentemente in giudizio ed esaurito con la relativa *litis contestatio*. Con terminologia moderna, si può dire che l'eccezione mirava ad opporre all'attore il fatto che sulla questione, oggetto del nuovo giudizio, vi era già stato un precedente giudizio, definito con una pronuncia passata in giudicato ossia un divieto di *ne bis in idem*.

⁶⁴ N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1980, *passim*; R. ORESTANO, *La cognitio extra ordinem: una chimera*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 236 ss; I. BUTI, *La cognitio extra ordinem: da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 29 ss; M. A. FINO, *Idee*, cit., 97.

il concetto di formazione del diritto nel e per effetto del processo⁶⁵. Nel momento della redazione dell'editto, il pretore decideva quali formule reiterare rispetto al suo predecessore, quali dismettere e quali invece inserire *ex novo*. Veniva lasciato un ampio potere discrezionale che permetteva di 'innovare' il sistema in base alle nuove necessità di tutela avvertite dalla popolazione. Rientrava, inoltre, nei poteri del pretore, a seguito della pubblicazione dell'editto, la possibilità di concedere una formula discrezionale per quelle situazioni non previste né dal *ius civile* né dal *ius honorarium*, garantendo la concessione di un *actio in factum*. L'eventuale vittoria in giudizio portava al riconoscimento di un 'nuovo' diritto, creato proprio mediante quella formula, diritto che poteva essere inserito nell'ordinamento a seguito di una ripetizione di pronunce conformi.

In aggiunta bisogna tenere in considerazione che, soprattutto nel processo formulare, vi è una corrispondenza tra diritto e azione; spesso, però, questa corrispondenza non è unidirezionale ma bidirezionale⁶⁶, fino a giungere a casi di corrispondenza circolare. Per corrispondenza unidirezionale si intendono quelle circostanze in cui l'azione rileva direttamente il diritto, mentre con la bidirezionalità vi è l'identificazione del diritto che risulta funzionale all'individuazione dell'azione volta a tutelare una determinata fattispecie; la corrispondenza circolare, invece, è configurabile solo in un sistema fondato sul diritto casistico, ossia un sistema per cui non vi era l'automatico riconoscimento di un'azione in caso di violazione ma vi era la ricerca dell'azione più adatta a risolvere la violazione, oltre alla possibilità, in caso di un diritto ancora non tutelato dall'ordinamento, di creare un'azione *ad hoc*.

Al magistrato viene, infatti, riconosciuta una funzione prominente di creazione del diritto, fondata sull'*aequitas*⁶⁷, che gli permette non solo di correggere le inesattezze del *ius civile* ma, soprattutto, di contrapporsi ad esso. L'editto assume così un ruolo centrale nell'evoluzione del diritto assurgendo, in un certo senso, a fonte normativa⁶⁸.

Il connubio tra l'*aequitas* e le formule concesse dal pretore produce come risultato le *res iudicatae*, le quali venivano prese in considerazione non in base alla *ratio decidendi* sottesa alle stesse ma sulla base della persuasività

⁶⁵ G. PUGLIESE, *Diritto*, cit., 733 ss.

⁶⁶ A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit., 84 ss.

⁶⁷ C. FADDA, *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881, *passim*; R. MARTINI, *Aequitas nell'editto del pretore*, in *Apollinaris*, Roma, 1990, 241 ss.

⁶⁸ L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio*, I, *Studi storico-giuridici*, Milano, 1978, 397 ss., ora in *Metodo casistico e sistema prudenziale*, a cura di L. VACCA, Padova, 2006, 6 ss.

nei confronti di un diverso giudice, fondata sul principio di autorità e sull'analogia⁶⁹. Soprattutto in merito all' 'autorevolezza' della decisione occorre soffermare l'attenzione sulla circostanza che, nell'ordinamento romano, spesso i veri artefici della decisione non erano i giudici ma i giuristi. Questo perché la carica magistratuale era frequentemente una carica politica ricoperta da chi non possedeva elevate conoscenze giuridiche e si avvaleva della consulenza di un tecnico del diritto, quale era il giurista, per la decisione del caso concreto.

Il ruolo del giurista risultava essere, inoltre, fondamentale nella redazione delle formule comprese nell'editto emanato dal pretore all'inizio del suo anno di carica.

5. *La sequenza creata dai compilatori: D. 1.3.37-39 e la cognitio extra ordinem*

In questo quadro evolutivo non si può mancare di rendere conto della sequenza presente nel Digesto, creata dai compilatori giustinianeî in materia di rilevanza delle *res iudicatae*:

Paul. 1 *quaest.* D. 1.3.37: *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.*

Call. 1 *quaest.* D.1.3.38: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

Celsus 23 *dig.* D.1.3.39: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.*

⁶⁹ Per approfondimenti sul tema dell'analogia: E. BETTI, *Forma e sostanza della interpretatio prudentium*, Milano, 1951, *passim*; EAD, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim*; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 601 ss; E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2005, 9 ss; A. MANTELLO, *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Convegno Como, 17-18 novembre 2006)*, a cura di C. STORTI, Napoli, 2010, 3 ss.; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 39 ss; EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 167 ss.

La sequenza riporta frammenti riconducibili ad Autori diversi, di epoche differenti, ed è stata creata appositamente dai compilatori di modo da presentare un discorso unitario riguardo all'utilizzo delle sentenze. In particolare occorre soffermarsi sul passaggio: *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*, ossia il riconoscimento da parte dell'imperatore Settimio Severo del valore normativo di una serie di giudicati costanti.

Partendo dal primo frammento si evince come Paolo reputi fondamentale, per l'interpretazione di una legge, rifarsi alla consuetudine presente nella *civitas* ed utilizzata fino a quel momento per i casi dello stesso tipo; il giurista, infatti, sostiene che: *optima enim est legum interpretis consuetudo*. Il secondo frammento, riconducibile a Callistrato, si riferisce al rescritto di Settimio Severo, il quale prescriveva che le ambiguità delle leggi andassero risolte attraverso ciò che era previsto dalla consuetudine o dalle sentenze simili fino a quel momento adottate. La sequenza si chiude con un frammento di Celso, il quale sostiene che ciò che è stato introdotto nell'ordinamento mediante errore non ha valore di consuetudine.

La dottrina si è divisa nella lettura dei frammenti e in particolare riguardo al secondo frammento: Provera, infatti, ha sostenuto come risulti necessario riconoscere un valore generale al rescritto di Settimio Severo, il quale «avrebbe pensato di favorire la certezza del diritto attribuendo ad una serie di giudicati conformi sullo stesso caso o su casi simili, valore di legge, nel senso che il principio di diritto che era alla base di quei giudicati doveva ritenersi definitivamente acquisito all'ordinamento. Evidentemente non era in discussione l'autorità del precedente, ma l'utilizzazione di un criterio idoneo al consolidarsi della interpretazione giudiziale attraverso il succedersi nel tempo, di giudicati conformi»⁷⁰.

Tale lettura risulta, però, decontestualizzare in maniera forte il frammento. Seguendo la ricostruzione di Letizia Vacca⁷¹, infatti, è possibile osservare come l'attestazione del valore normativo fosse seguita da precisi limiti e non fosse generalizzata. Più precisamente dai frammenti si rileva, come non fosse sufficiente una sola pronuncia secondo quanto sottolineato dal Provera, ma che, in ogni caso, l'avvalersi di una serie di sentenze conformi potesse essere ammesso solo subordinatamente alla legge e in funzione interpretativa di questa⁷². Si può inoltre osservare, con riferimento alla consuetudine, come questa risultasse, in un certo senso, formata dai giudicati che non devono, pertanto, essere visti come la prova di una consuetudine ma, più correttamente, come gli atti che ne hanno integrato il contenuto.

⁷⁰ G. PROVERA, *Il valore normativo*, cit., 55 ss.

⁷¹ L. VACCA, *Diritto*, cit., 54 ss.

⁷² GIOV. GUIDA, *Giudicato*, cit., 348.

Ulteriore fattore da tenere in considerazione riguarda il riferimento di Callistrato, che, dato il periodo storico in cui è vissuto, è presumibilmente ascrivibile alla prassi provinciale e alla *cognitio extra ordinem* e non a un periodo a lui precedente.

Da segnalare la lettura del Marrone⁷³ sul corretto significato di *perpetuo*, ed infatti «da sempre — *perpetuo* — e senza eccezioni manifesta e implica una determinata interpretazione del *ius*». Da questa considerazione si rafforza l'idea che in realtà la sequenza facesse riferimento alla prassi provinciale, in quanto se si fosse riferita a Roma, la reiterazione di un principio avrebbe dato luogo ad un *ius receptum* dei giuristi, a cui era già riconosciuto valore normativo.

Per chiudere, infine, la breve ricognizione inerente all'evoluzione processuale romana bisogna prendere in considerazione anche la *cognitio extra ordinem*⁷⁴ che rappresenta l'ultimo passaggio dei mutamenti processuali. La *cognitio* si inserisce nell'opera dell'Imperatore volta ad accentrare tutto il potere su di sé, la cui *ratio* sembra avvalorare la tesi che lo stesso non abbia inteso allargare l'ambito applicativo delle sentenze o la loro funzione all'interno dell'ordinamento.

A questo proposito, bisogna dare conto del fatto che, nella dottrina romanistica, c'è chi ha sostenuto l'ipotesi che la motivazione fosse emersa solo con la *cognitio extra ordinem*, in un momento, quindi, in cui il diritto non veniva più sentito come in continuo divenire ma come un diritto più statico e cristallizzato⁷⁵.

Questa tesi, però, non appare particolarmente condivisibile proprio in virtù dell'opera di accentramento da parte dell'Imperatore di tutti i poteri su di sé; sembra maggiormente condivisibile, invece, il fatto che l'inserimento del *ius appellandi*, e cioè della possibilità di appellare una sentenza⁷⁶ dinanzi

⁷³ M. MARRONE, *L'effetto*, cit., *passim*.

⁷⁴ La *cognitio* nasce come un processo di natura prettamente pubblicistica ma viene successivamente esteso anche ai rapporti di natura privata. Era caratterizzato da: un'unità del procedimento in quanto tutta l'attività processuale si svolgeva davanti allo stesso funzionario statale; un'ampia discrezionalità del giudicante poiché il funzionario-giudice aveva ampi poteri per accertare il fatto; la possibile procedibilità contumaciale essendo necessario e sufficiente solo che il convenuto fosse stato avvertito dell'inizio del procedimento; l'impugnabilità della sentenza risultando prevista la possibilità di appello dinanzi a un funzionario di grado superiore o all'Imperatore; dalla specificità della condanna. La condanna non consisteva più nel pagamento di una somma di denaro, ma poteva imporre anche un comportamento specifico, come la restituzione della cosa. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 766 ss.

⁷⁵ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motivata*, cit., 329 ss.

⁷⁶ A proposito della possibilità di appellare: D. 49.1.3 (Ulp. *lib. I de appellat.*): *Scio quaesitum, si quis non addiderit in libellis, contra quem adversarium appellet, an praescriptioni subiciatur: et puto nihil oportere praescribi. 1. Sed illud cecidit in quaestionem, si plures*

a funzionari imperiali di grado superiore o dinanzi allo stesso Imperatore, presupponesse una presenza, già in epoca precedente, di un abbozzo di motivazione nelle sentenze pronunciate. La sentenza, in questo periodo, viene vista come un atto autoritativo del potere centrale e la presenza di una motivazione andava a dare un valore ancora più “vincolante” all’atto stesso, postulando non una creazione *ex novo* ma un utilizzo di uno strumento già conosciuto.

6. Osservazioni conclusive

Tirando le fila di queste brevi osservazioni non si può evitare di sottolineare che uno dei motivi che rendono difficile inquadrare le sentenze come fonti di produzione dell’ordinamento deriva dal fatto che il giudice chiamato a decidere le controversie spesso non era un tecnico del diritto, motivo per il quale le stesse risultavano o prive del tutto di motivazione o non argomentate in diritto.

Da ciò consegue il fatto che, pur ammettendosi la presenza in taluni casi di una motivazione, questa risultava atecnica e non in grado di creare un precedente giuridico. Il risultato, seguendo questo ragionamento, è la possibilità di escludere l’esistenza di una dottrina delle corti o «di una ‘Rechtsprenchung’»⁷⁷ che, basandosi sulle singole pronunce giudiziali, potesse configurare il sistema romano come un sistema di diritto giudiziale.

Appare più plausibile, dunque, la ricostruzione secondo la quale nel

habuerit adversarios et quorundam nomina libellis sint complexa, quorundam non, an aequae praescribi ei possit ab his, quorum nomina comprehensa non sunt, quasi adversus ipsos adqueverit sententiae. Et cum una causa sit, arbitror non esse praescribendum. 2. Certe si plures hi sunt, adversus quos pronuntiatur, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa, quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa. 3. Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit. D. 49.8.1.2 (Macer lib. II de appellat.): Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. Nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.

⁷⁷ M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., 158.

diritto romano la sentenza venisse riportata come una sorta di *exemplum*⁷⁸ e non con valore vincolante; la *res iudicata*, in questo senso, non sarebbe una vera e propria portatrice di un ‘principio di diritto’⁷⁹ da applicare al caso concreto in esame, ma un ‘argomento’ utilizzato per formare il convincimento del giudice ad adottare una soluzione analoga.

Ridurre, a mio parere, la sentenza al mero ruolo di ‘*exemplum*’ costituirebbe un errore, in quanto, come si osserva in generale con riguardo alla polifunzionalità delle pronunce giurisprudenziali, «l’esempio informa ma non suggerisce, e tanto meno impone una decisione conforme»⁸⁰ e la *res iudicata* non ricopriva il semplice ruolo di prova *inartificiales*, ma poteva condurre all’introduzione di un nuovo principio giuridico mediante la consuetudine.

In tal senso, e sempre secondo una linea di considerazioni generali, sembra allora possibile valutare il ‘precedente’ come la «capacità di determinare o almeno indirizzare in senso conforme la decisione di casi successivi» mentre l’ ‘esempio’ come ciò che «può svolgere qualche funzione persuasiva, ed è per questa ragione che viene usato, ma non svolge una funzione propriamente giustificativa, e quindi non ha un’efficacia condizionante o vincolante sulla decisione del caso successivo»⁸¹.

In questo senso, appare chiara la testimonianza fornita da Cicerone nei *Topica* 5.28, che sembra offrire il migliore inquadramento dell’utilizzo della

⁷⁸ Cic., *Reth. ad Her.*, 2.12-2.13: [...] *In causa ratiocinali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus aut minoribus aut similibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde utrum ea res similis sit ei rei qua de agitur an dissimilis, [...] Absoluta iuridicali constitutione utemur cum ipsam rem quam nos fecisse confitemur iure factam dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus si ex quibus partibus ius constet cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. [...] iudicatum est id de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit; et fit ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicavit, quod genus: M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit. Item: C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum qui Lucilium poetam in scaena nominatum laeserat, P. Mucius eum qui L. Accium poetam nominaverat condemnavit. Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem con iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus. Cic., *de orat.*, 2.27.116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa [atque a re] deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est.**

⁷⁹ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, *passim*.

⁸⁰ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, 31 ss.

⁸¹ M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 32.

res iudicata nel sistema giuridico romano come *pars*⁸² del *ius civile*.

Le decisioni, infatti, venivano calate nel tessuto sociale tendendo a trasformare i giudicati in *ius receptum* andando, talvolta, a creare una vera e propria *regula iuris*⁸³. La *regula* risultava essere un caratteristico strumento della giurisprudenza casistica romana che, sulla base dei precedenti, fissava un principio giuridico più o meno generale, che veniva applicato qualora ricorressero le situazioni in essa rientranti⁸⁴; questa affermazione ci viene confermata dal passo del Digesto 50.17.1⁸⁵, secondo cui «la *regula* stessa, che si fonda, [...] sulle singole decisioni concrete, va sempre reimmessa nella concretezza dei nuovi casi che essa è chiamata a disciplinare»⁸⁶.

Il tema dell'utilizzo delle *res iudicatae* all'interno dell'ordinamento romano risulta, quindi, rimanere un argomento ancora aperto e dibattuto. Il loro utilizzo ha avuto sicuramente un'influenza sull'evoluzione del diritto vigente in tale ordinamento ma, dall'analisi delle fonti, per quanto non si

⁸² Cicerone utilizza, per affrontare la tematica inerente alle componenti del *ius civile* l'angolo visuale, tipico della retorica, della distinzione tra *divisio* e *partitio*. Con la *divisio* si suole generalmente individuare un *genus* astratto che successivamente viene suddiviso in più *species*, le quali presentano caratteristiche specifiche che ne permettono la differenziazione tra loro e rispetto al *genus* di appartenenza. Viceversa nella *partitio* si ha una divisione di un tutto nelle sue componenti costitutive essenziali. «Nel caso della *divisio* di un *genus* in *species*, il venir meno di una delle *species* individuate diminuisce l'estensione del *genus* ma non ne altera la connotazione concettuale. Così, per esempio, se si definisce il diritto positivo di un certo ordinamento come il diritto posto attraverso procedimenti normativi (*genus*), e lo si distingue in varie *species* (leggi, plebisciti, senatoconsulti, editti dei magistrati, ecc.) la soppressione di uno di questi termini diminuisce l'estensione del *ius* ma non ne altera il concetto individuato al momento della formazione del *genus*. Per converso, ciascuna delle *species* ha una sua autonomia concettuale, che non viene modificata dal coesistere o meno con le altre *species*; il concetto di legge può essere qualificato dall'appartenenza al *genus* 'procedimento normativo', ma di per sé non è modificato dal coesistere, all'interno del medesimo *genus*, dei senatoconsulti o delle costituzioni imperiali. Ne discende che mentre nella *divisio* l'inclusione nella categoria concettuale più ampia (*genus*) definisce e qualifica la *species*, almeno nelle sue connotazioni fondamentali, nella *partitio* è il tutto ad essere definito mediante l'individuazione delle sue parti e del rapporto coesenziale fra esse», così L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 25.

⁸³ A. PALMA, *Il luogo delle regole*, cit., 72 ss.

⁸⁴ L. VACCA, *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in '*Ius controversum*' e '*auctoritas principis*. Giuristi, principe e diritto nel primo Impero, Atti del Convegno Internazionale di diritto romano (Copanello 11-13 giugno 1998), a cura di F. MILAZZO, Napoli, 2003, 341 ss., ora in L. VACCA, *Metodo*, cit., 175 ss.

⁸⁵ D. 50.17.1 (Paul. XVI ad Plaut.): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

⁸⁶ M. TALAMANCA, *Il corpus iuris giustiniano*, cit., 779 ss.

possa non riconoscerne l'importanza assunta all'interno dell'assetto romano, non sembra, peraltro, possibile sostenere un loro 'valore normativo' quanto, piuttosto, una funzione di 'ascendente' dalle stesse esplicata sulla produzione normativa romana.