

ALBERTO ZINI*

*Riflessioni intorno alla vindicia falsa di Tab. 12.3***

Sommario: 1. Introduzione. 2. Fest. voce 'Vindiciae' (Lindsay, 516). Il significato di 'vindicia'. 3. Il significato delle parole 'falsa' e 'tulit'. 4. 'Vindicia falsa' come 'vindicia' ingiustamente conseguita. Una possibile precisazione. 5. Tab. 1.6, 1.7, 1.9: un ripensamento?

1. Nel quadro del canone tradizionale del codice decemvirale, il precetto racchiuso da Tab. 12.3¹ rappresenta una sorta di 'rompicapo' per i moderni interpreti². Le difficoltà

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Padova.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Tab. 12.3: *Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto.*

² Già F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII tavole*, in *Arch. giur.* F. Serafini, 44, 1890, p. 381 ss., parlava di Tab. 12.3 come «una regola di diritto antichissimo, sempre dagli studiosi giudicata oscura»; S. TONDO, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*, 35, 1969, p. 272, metteva in rilievo come la cospicua letteratura depositatasi sul carne in parola derivasse non solo dall'importanza della norma racchiusa in esso, ma anche (e in misura non minore) dalle «vicende piuttosto infelici che ne hanno contrassegnato la tradizione»; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica, 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, p. 7, definisce Tab. 12.3 «norma ... anche a causa della sua incompletezza, la più misteriosa dell'intero panorama del diritto romano»; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 30, 1967, p. 94, nell'ambito di un ampio studio nel quale sono affrontate e discusse le principali opinioni affacciate in argomento fino agli anni della pubblicazione, parla di «profondo dissidio che tuttora regna in dottrina sulla portata della norma decemvirale»; cfr., inoltre, l'ampia trattazione di G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II. *La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano*, Torino, 1986, p. 175 ss., ove, fra le altre, è discussa anche la dottrina di Santoro; C.A. CANNATA, *Recensione a G. NICOSIA, Il processo privato romano*, II cit., in *Iura*, 37, 1986, p. 116 s.; più di recente, cfr. R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare romano*, Milano, 2003, p. 115: «il testo della disposizione ... non consente di giungere ad alcuna certezza»; F.M. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003, p. 136 ss.; M. FUENTESECA DEGENEFEE, *La función procesal de los 'praedes litis et vindicianum'*, in *RIDA*, 53, 2006, p. 243, parla al riguardo

si presentano su più fronti, a partire dalla ricomposizione della voce *festina* a cui si deve la conoscenza del versetto in esame³. Non è mia intenzione procedere a una complessiva disamina delle questioni connesse alla decifrazione del controverso dettato duodecimtabulare e della voce che lo tramanda; mi propongo, piuttosto, di concentrare l'attenzione soltanto su un singolo punto, intorno al quale mi ha portato a riflettere una più vasta indagine che vado conducendo dedicata alle *legis actiones* e in particolare alla *legis actio sacramenti*. Alludo all'enigmatica qualificazione di *falsa* che la disposizione normativa in questione attribuisce al sostantivo *vindicia* nel delineare la figura illecita evocata dalla previsione stessa⁴.

Prima di avvicinarci al brano contenente la reliquia del carne che ci interessa, tuttavia, mi pare necessaria l'avvertenza fondamentale per la quale, se è vero che nella ricostruzione del diritto arcaico per lunghi tratti le ipotesi degli studiosi si debbono inevitabilmente appoggiare a congetture⁵, ciò risulta vieppiù vero per quel che concerne Tab. 12.3. Questo testo offre molteplici possibilità di lettura, tra loro anche diametralmente divergenti⁶: l'analisi e la critica su di esso sono state svolte da molteplici punti di vista, anche con le armi della paleografia, palesando come inaccettabili proposte che, pur fasciose, non sono sembrate fondate sotto il profilo della ricostruzione testuale.

Ancor più che altrove, allora, occorre tener ben presente la natura ipotetica, seppure auspicabilmente plausibile, degli argomenti addotti.

di «pasaje de las XII Tablas 12.3 ... que es de los más difícilmente reconstruibles y complejos de las fuentes romanas». Cfr. la panoramica offerta da M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, 2018, p. 817 ss.

³ In riferimento alla fonte donde si ricava il carne decemvirale, cfr. F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 150, ricorda come il testo, studiato da tempo, continui «a porre agli interpreti più d'un problema».

⁴ Si tratta di un problema già rilevato da F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, il quale nota «l'oggettiva difficoltà di configurare nella prassi, una fattispecie di *vindicia falsa*». A parere dell'autore risulterebbe «difficile immaginare un comportamento malizioso tale, e talmente diffuso, da richiedere ai legislatori la formulazione di una norma siffatta».

⁵ Ciò è stato stigmatizzato in modo assai icastico da M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di) *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 42.

⁶Cfr. gli autori indicati alla nt. 2.

2. Veniamo dunque al testo festino donde si ricava il precetto decemvirale: si tratta, come noto, della spiegazione del lemma *vindiciae*⁷. Nell'ambito di questa tormentata voce⁸, l'epitomatore di Verrio Flacco ricapitolava le diverse accezioni e testimonianze relative al citato sostantivo, richiamando l'autorità degli autori antichi, prima di procedere finalmente a enunciare il versetto delle XII Tavole oggetto della nostra attenzione. Ecco il frammento festino.

Fest. voce *Vindiciae* (Lindsay, 516 s.): *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt. [M.] Cato in ea quam scripsit L. Furio de aqua: '... s praetores secundum populum vindicias dicunt'. ... Lucilius: 'Nemo hic vindicias neque sacra ... en veretur'. De quo verbo Cincius sic ait: 'Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant'. At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur ... XII: 'Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto'.*

Il passo ripercorre alcune accezioni antiche riferibili al lemma commentato, da quella di possesso interinale, ai simboli della cosa rivendicata, fino a giungere a quella di 'cosa su cui si era svolta la rivendica'. Rispetto a questo significato, Festo richiamava il versetto che ci interessa. Ora, se prendiamo subito in esame la citazione duodecimtabulare per avere immediatamente contezza del problema, è facile rendersi conto di come il testo del carne

⁷ Sul termine *vindicia* gli stessi Romani paiono non avere avuto più le idee chiare, e, ad esempio, con riferimento all'espressione *vindicias dicere*, «non erano ormai in grado di conoscere il significato esatto dell'espressione» (così I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 61 e ntt. 39 e 40; in quest'ultima lo studioso osserva come «oscillazioni nell'attribuire significati al termine possono osservarsi in Gaio ... e diverse e contrastanti sono, analogamente le opinioni riferite da Festo); cfr. F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'De verborum significatu' di Verrio Flacco*, Milano, 1964, p. 1 ss.; p. 158.

⁸ Cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 35, ricorda che il testo «non è dei più perspicui»; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, lo definisce «testo famoso»; cfr. sopra, nt. 2.

qui menzionato appaia mutilo in due punti⁹. Anzitutto, subito dopo il pronome *is*, troviamo tre lettere ‘*tor*’ parte, secondo una congettura largamente (benché non unanimemente) accettata¹⁰, dell’originario *praetor*¹¹ cui si sarebbe riferita l’azione dei *tres arbitros dare*; prima del sostantivo *fructus*, poi, si trova un’altra lacuna variamente ricostruita, ma verosimilmente spiegabile mediante l’inserimento della parola *rei*¹². Anche ammettendo queste integrazioni, delle quali la prima appare quella per così dire più ‘indolore’, il testo decemvirale si presenta tutt’altro che perspicuo. Ciò che è apparso sostanzialmente chiaro

⁹ Come nota B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle ‘legis actiones’*, Palermo, 1987, p. 93, l’edizione di Lindsay è basata sull’apografo di Poliziano, assai fedele nella «trascrizione ... d’alcune parti, ora perdute, del codice medievale che conteneva l’opera festina»; più di recente, cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, Napoli, 2000, p. 35, nt. 16.

¹⁰ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 10, ricordava come l’integrazione proposta, rispettosa del dato paleografico, sotto il profilo della sostanza si giovasse «dell’argomento che può trarsi dal confronto con l’analogo procedimento di nomina, da parte del pretore, dell’arbitro della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*» (in senso analogo a quest’ultimo argomento, v. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 94, nt. 316); cfr. I. BUTI, *Il ‘praetor’*, cit., p. 35, secondo il quale «l’integrazione in *praetor* appare l’unica possibile ed è pressoché generalmente accettata»; TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.1, Leipzig, 1887, p. 75, nt. 1; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 273; ID., *Il consorzio domestico*, in *Atti e memorie dell’Accademia Toscana di Sc. e lett. La Colombara*, 1975, p. 198; A. MAGDELAIN, ‘*Praetor Maximus*’ et ‘*Comitiatus maximus*’, in *Iura*, 20, 1969, p. 279 s.; ID., *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Roma*, in *RIDA*, 27, 1980, p. 210; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 94 e nt. 314, metteva in rilievo come non possa far difficoltà, rispetto alla proposta integrazione presupponente una correzione di quattro lettere (*prae*), il fatto che nell’apografo di Poliziano sia indicata una lacuna di tre lettere, posto che nell’apografo medesimo «la sillaba *prae* è resa talvolta ... nella forma *pre*»; ancora con un più ampio riferimento alle ragioni paleografiche, cfr. I. BUTI, *Il ‘praetor’*, cit., p. 38. In senso contrario, ma coerentemente con la propria idea per la quale il magistrato non intervenisse nel procedimento ancora in epoca decemvirale, G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 100 ss.; cfr. anche M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 245 s., che propone di integrare la lacuna con «<q’si>*tor*, abbreviatura de *quaesitor* (del verbo *quaero*), en referencia de la investigación y a la acción declarativa que precedía a la *damni decisio* para establecer la culpabilidad del delincuente». V., tuttavia, F. D’IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 153, per il quale l’integrazione del testo, proposta da Mommsen, non sarebbe soddisfacente, pur essendo stata accolta dalla maggior parte degli studiosi a cagione dell’autorità del suo autore.

¹¹ Secondo B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 95, si sarebbe trattato di uno dei *praetores*, vale a dire uno dei membri del collegio di magistrati che poi si disse dei *consules*; v. anche F. D’IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 154: «tutti sappiamo che la magistratura pretoria è di circa un secolo più recente. Ciò non toglie che bisogna pur distinguere la storia del nome da quella della istituzione»; sul punto, mi permetto di rinviare ad A. ZINI, ‘*Il dictator*’ e il ‘*magister populi*’, in L. GAROFALO (a cura di), *La dittatura Romana*, II, 2018, p. 13 s., nt. 58.

¹² Sull’integrazione di questa lacuna cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 95, che la ritiene ammessa quasi da tutti, sottolineando come, per ragioni di stile e di spazio appaia meno probabile il completamento con le parole ‘*et rei*’. Cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, cit., p. 46; G. GULINA, *Contributo allo studio della ‘satisfatio pro praede litis et vindicianum’*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 91, nt. 51: «aderisco anch’io senz’altro alla ricostruzione della norma decemvirale nel senso del riempimento del piccolo spazio prima di *fructus* con il segno *rei* e, dunque, per la restituzione del versetto nel senso di ‘*rei fructus duplione*’».

a larga parte degli interpreti è la previsione, nel versetto in esame, di una figura illecita¹³ consistente nel comportamento condensato nelle parole ‘*si vindiciam falsam tulit*’, ovvero, secondo taluno, avente quale presupposto la locuzione appena richiamata¹⁴, per la quale i Decemviri avevano stabilito una sanzione (assai plausibilmente anch’essa di carattere penale, visto il suo ammontare rispetto al valore ‘base’) consistente nel doppio dei frutti e, seguendo alcuni autori, della cosa¹⁵.

Possiamo sorvolare sul problema incentrato sulla natura e sulle caratteristiche della sanzione, nonché su quello della relativa responsabilità gravante sull’autore dell’illecito, per soffermarci sull’esegesi della formula *vindiciam falsam tulit*, tramite un’analisi parola per parola¹⁶. A ben vedere, credo che ai nostri fini si possa pure prescindere dal possibile (e forse preferibile alla luce di quanto emergerà in questo studio) valore di presupposto dell’illecito rivestito dalla nostra locuzione, non risultando intaccata la descrizione del contegno descritto dalla stessa, che è in realtà quanto qui ci interessa.

Principiamo con il sostantivo. A questo punto occorre prestare maggiore attenzione al complessivo andamento della voce, purtroppo assai corrotta, entro cui è incastonata la citazione duodecimtabulare. Credo che da questa analisi sia possibile ricavare il solo

¹³ Rimarca la sostanziale uniformità della dottrina sul punto R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 25, parlando di «pieno accordo» circa la natura illecita della fattispecie; cfr., ad esempio, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 138 s., secondo il quale il carattere penale si desumerebbe dal «doppio dei frutti che il soccombente deve versare»; M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’ und ‘*fructus duplio*’, in *Iura*, 13, 1962, p. 24: «Nimmt man diese gedankliche Einheit als gegeben an, dann muss man folgerichtig das *vindiciam falsam ferre* als ein Delikt verstehen, das durch Busszahlung in Höhe eines Doppelten gesühnt wird». Secondo B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, invece, la natura di illecito della previsione si ricaverebbe, oltre che dalla *summa* della pena, proprio dall’aggettivo *falsa*; cfr. anche M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., p. 85 ss.

¹⁴ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, cit., p. 44 s.; del resto, sarebbe «perfettamente coerente all’età decemvirale ... la necessità di integrare le regole consuetudinarie in relazione ad una fattispecie diversa, quella appunto dell’appropriazione dei frutti della *vindicia*». Lo scopo della norma sarebbe stato quello di evitare che colui che aveva ottenuto a torto la *vindicia* si arricchisse dei frutti della cosa maturati nel corso del processo in danno di chi si fosse poi rivelato il vero *dominus*.

¹⁵ Secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le ‘legis actiones’*, Roma, 1962, p. 440, la pronuncia sarebbe stata di *damnum decidere*, «allo stesso modo che in caso di furto flagrante, e l’oggetto di questo *damnum decidere* era costituito, ancora come in quel furto, da un raddoppiamento del valore base»; v. inoltre M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 24; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 25.

¹⁶ Seguendo l’invito di M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 25: «Worin aber besteht das Delikt des *vindiciam falsam ferre*? Gehen wir Wort für Wort vor».

elemento relativamente sicuro utile a ricostruire il portato della locuzione. È necessario subito osservare che, proprio come risulta dal contesto¹⁷, la parola *vindicia* sembra qui alludere al significato proposto nella chiusa da Servio Sulpicio, vale a dire a quello di *res* oggetto di *vindicatio*¹⁸, di *res in controversia*, indipendentemente dall'eventuale debolezza della spiegazione etimologica¹⁹ allo stesso riferita: *vindicia*, al singolare, era cioè la *res* sulla quale le parti avessero compiuto il loro *vindicari*, una volta che sulla stessa si fosse verificata l'imposizione della *vindicta*²⁰. Questo significato è menzionato appena prima del principio della citazione del carne decemvirale²¹, onde è possibile ritenere che esso fosse connesso strettamente a esso.

Nel tratto subito antecedente, invece, l'epitomatore di Verio Flacco aveva ricordato altri pareri²², secondo i quali il lemma esplicito avrebbe avuto un significato ben differente.

Il primo autore menzionato da Festo è Catone il Censore, la cui citazione è purtroppo incompleta: nell'orazione *De aqua* composta per L. Furio²³, in materia di assegnazione del possesso interinale nelle controversie incardinate tramite *legis actio sacramenti in rem*, occorrerebbe richiamare la regola seguita dai *pretores* e consolidatasi nella prassi, per la quale

¹⁷ Al riguardo, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 38, ha giustamente osservato che la citazione decemvirale concorre a suffragare la lettura del termine *vindicia* offerta da Sulpicio Rufo, e a farla accogliere anche da Verrio Flacco e da Festo; cfr. anche R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 8, nt. 8; p. 11, nt. 19.

¹⁸ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 218, ritiene che questo significato sia «ritenuto da tutti indubitabile», benché lo studioso stesso lamenti il fatto che, al di là di questo consenso, non si sia andati; cfr. R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 11; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440; dal canto suo, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, escludeva che con *vindicia* si potesse alludere alla parte di cosa controversa che si prelevava perché si potesse svolgere il rituale *in iure*: soprattutto perché in questo significato la troviamo sempre al plurale (Fest. voce *Superstites* [Lindsay, 394-396]; Gell. 20.10.9). V. anche M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 25: «*Vindicia* bedeutet in der alten Rechtssprache die körperliche Streitsache. Das weiss noch Festus l.c.: *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est*».

¹⁹ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

²⁰ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36 s.: «solo da questo momento la cosa cessa di essere una normale *res* per diventare una *res de qua controversia est*, cioè una *vindicta* nel significato più antico»; cfr. anche M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, p. 49.

²¹ V. ancora Fest. voce *Vindiciae* (Lindsay, 516): *At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur ... XII: 'Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros rits dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto'.*

²² Si trattava di autori precedenti a Festo; cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 219.

²³ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36. Più sfumato G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, per il quale si trattava, più genericamente, di una frase tratta «da uno scritto *de aqua*».

era necessario *dicere vindicias secundum populum*²⁴. Festo menziona poi Lucilio, in un passaggio anch'esso molto lacunoso²⁵ la cui integrazione non è del tutto chiarita: parrebbe di potersi ipotizzare che l'autore antico lamentasse il costume maturato a Roma di non rispettare le *vindiciae*, i *sacra*, e, forse, la divinità. A fronte di una diversa restituzione del mutilo testo festino, invece, si potrebbe ricavare un più chiaro riferimento all'*agere* sacramentale *in rem*: *nemo hic vindicias neque sacra[m]en[ta] veretur*. Festo, poi, attingeva alla diversa²⁶ lettura di Cincio il grammatico²⁷: secondo questo autore le *vindiciae* erano le porzioni di fondo controverso prelevate dalle parti in causa e portate da queste innanzi al magistrato quando la cosa su cui era insorta la lite non era trasportabile (gli immobili) o lo era solo difficilmente. Si tratta, come è stato osservato, di una nozione che si inseriva nel contesto della rivendica relativa agli immobili e, più in particolare, di un procedimento, del quale si trovano tracce in Cicerone²⁸ e in Gellio²⁹, nel cui corso, iniziata la rivendica, il magistrato invitava solennemente i contendenti a recarsi sull'immobile al fine di prelevare le porzioni simboliche di questo, le quali erano appunto dette *vindiciae*³⁰.

Rispetto a queste opinioni, Festo introduceva quella diversa di Servio Sulpicio Rufo³¹ tramite una congiunzione avversativa. Secondo il giurista repubblicano, il vero significato (tecnico-giuridico³²) del termine derivava dal singolare della parola che avrebbe fatto riferimento alla *res* oggetto del *vindicari*. La struttura della voce *festina* porta a sottolineare

²⁴ Come osserva G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, nella controversia *de aqua* era parte contendente il *populus*, onde si potrebbe ritenere che la lite riguardasse «acqua pubblica o di uso pubblico».

²⁵ Secondo G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, lo stato dei righi settimo e ottavo non lascerebbe altro se non una supposizione per la quale al medesimo significato di Catone si riferisse anche Lucilio; cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

²⁶ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220.

²⁷ Secondo F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 221 s., l'opera da cui la nota attingeva potrebbe essere stata il *De priscis verbis*, benché non vi sia sicurezza in merito: «certa è l'utilizzazione da parte di Verrio Flacco dell'opera *De verbis priscis* del grammatico, cui le glosse festine, tradite senza indicazione dell'opera, sono fatte comunemente risalire»; cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

²⁸ Cic. *Mur.* 12.26.

²⁹ Gell. 20.10.7-9.

³⁰ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

³¹ Cfr. F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 219 s., con particolare riguardo all'uso dell'opera di Servio Sulpicio Rufo da parte di Verrio Flacco.

³² Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

un paio di aspetti. Anzitutto, proprio in forza dell'avversativa *at*³³, sarebbe da escludere che il suo autore, e, prima di lui, il grammatico augusteo donde essa promanava, intendessero il vocabolo secondo le pur menzionate opinioni³⁴ di Catone (per il quale il sostantivo andava letto nell'ottica dell'attribuzione del possesso interinale) di Lucilio (difficilmente identificabile stante la lacunosità del manoscritto), del grammatico Cincio³⁵ (per il quale le *vindiciae* erano le porzioni del fondo controverso addotte innanzi al magistrato). In seconda battuta, la ricorrenza del *iam* presente nel richiamo dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo induce a ritenere che questo significato fosse più antico rispetto agli altri. La citazione della norma decemvirale depone, allora, in questo senso e lo stesso *iam* sembrerebbe indicare che questa accezione fosse poi caduta in desuetudine. Da quello più antico si sarebbe originato il significato relativo al plurale, vale a dire quello di Cincio, legato alla desuetudine del procedimento de *manum conserere* delle XII Tavole³⁶, e poi, da ultimo, quello relativo al possesso interinale. Un aspetto credo si debba sottolineare, connesso a questa sequela: il significato originario da attribuire al lemma è comunque quello di un oggetto materiale³⁷, onde la *vindicia* era una *res* e precisamente quella sulla quale si era svolta l'*actio* del procedimento sacramentale. Le *vindiciae* simboliche, pur se legate a una specie di metonimia (vale a dire la parte per il tutto), erano anch'esse oggetti concreti³⁸. Dunque *vindicia*, nella locuzione duodecimtabulare, era la *res* oggetto di controversia e di rivendica. Di ciò, secondo la lettura di Cardilli³⁹, si troverebbe conferma anche in:

Gell. 20.10.7: *Nam de qua<re> disceptatur in iure <in re> praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'.*

³³ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

³⁴ F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, sottolineava come, a differenza di Servio, gli altri autori menzionano il lemma al plurale.

³⁵ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36; v. già F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 221 s., ntt. 81 e 82; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, osservava che «la posizione di Cincio e quella di Servio non appaiono affatto contrastanti».

³⁶ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 223 s.

³⁷ F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 152; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 222.

³⁸ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 222 s.

³⁹ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 37.

Gellio, nel tracciare il rituale del *manum conserere*, precisava il senso della parola *vindicia*, e sembra attrarla verso un significato assai simile rispetto a quello di Servio Sulpicio Rufo, benché l'accento mi sembri qui leggermente spostato dalla *res* all'atto: secondo Gellio, infatti, *vindicia* significava porre la mano sulla cosa e pronunciare la formula rivendicatoria⁴⁰.

3. Ben più complessa risulta l'attribuzione di significato alle parole *falsam* e *tulit*. Le loro interpretazioni appaiono strettamente connesse: il significato dell'aggettivo in accusativo (concordato col già visto sostantivo), collegato con l'impiego tecnico del sostantivo *vindicia* quale *res* oggetto di rivendica⁴¹, deriverebbe, infatti, da quello assegnato al verbo⁴². La voce *festina* non offre tuttavia alcun indizio al riguardo.

Non resta che cercare altrove. Quanto al verbo, esso purtroppo non è immediatamente decifrabile⁴³ poiché può valere sia come 'recare', sia come 'portare via' od 'ottenere'⁴⁴. Infatti, il perfetto *tulit* può svelarsi sia quale voce del verbo *fero* sia del verbo *tollo*⁴⁵: il primo, come noto, non ha perfetto, essendo verbo difettivo (forse in ragione del fatto che esso esprime «una nozione essenzialmente durativa»⁴⁶), e l'ha ricavato proprio da *tollo* «che, anticamente, presenta nel perfetto la forma *tuli* (a sua volta derivata dalla più antica *tetuli*) in luogo della più recente *sustuli*»⁴⁷. In ordine al significato del verbo *fero*, se è

⁴⁰ Cfr. oltre, nt. 60.

⁴¹ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 40, per il quale essa si riferisce a un momento in cui la cosa è già stata oggetto di rivendica e non quindi a «un momento precedente a quello in cui la *res* diventa appunto *vindicia*. Altrimenti l'uso di *vindicia* nel precetto decemvirale non sarebbe adeguato ad indicare la fattispecie».

⁴² Rilevante e corretta mi sembra in questo senso l'osservazione di R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 12; in senso opposto, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, pare intendere come determinante, ai fini dell'individuazione del significato del verbo, la decifrazione della locuzione *vindicia falsa*.

⁴³ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

⁴⁴ M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 26.

⁴⁵ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

⁴⁶ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁴⁷ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50; cfr. A. ERNOUT A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 2001, voce *Fero*: «la conjugaison de *fero* est supplétive. *Fero* a fourni les formes du présent où sont conservées des restes de la conjugaison athématique. ... La racine de *fero* étant

vero che quest'ultimo vale anzitutto quale 'sostenere', 'muovere' e 'portare a'⁴⁸, esso può significare anche 'portare da'⁴⁹: questo valore appare testimoniato con riferimento ai casi di furto, eventualità non sorprendente tenuto conto del fatto che la stessa parola *furtum* sembra derivare, probabilmente, proprio da *ferre*⁵⁰. Mi sembra così evidente come lo scioglimento del nodo a favore dell'una o dell'altra alternativa sia condizionato dal contesto e dalle conseguenze che ciascuna possibilità presenta. Secondo la lettura della norma che mi pare a tutta prima preferibile, la voce verbale *tulit* deriverebbe da *tollo*, con ciò sottolineandosi l'idea della sottrazione⁵¹, come potrebbe desumersi anche da un significativo lacerto plautino⁵².

Approfondiamo questa affermazione, prendendo in esame dapprima le diverse possibilità che si affacciano in senso opposto e le relative conseguenze. Se *tulit* deriva da

essentiellement durative d'a pu fournir de parfait. Le parfait (te)*tuli* le supin et le participe *latum, latus ...* sont empruntés à une autre racine, celle de *tollo*. La complexité de cette conjugaison a eu pour résultat de la disparition du verbe dans la langue populaire, où il a été remplacé par un verbe de sens plus concret et de flexion plus régulière, *portare*, qui a seul survécu dans les langues romanes».

⁴⁸ E. BETTI, *Studii sulla 'litis aestimatio'*, I. *Il 'litis aestimationem sufferre' e il 'iusiurandum in litem'*, Pavia, 1915, p. 7 ss., riteneva che il verbo *fero* qui significasse 'sostenere', in modo particolare un sostenere con la propria garanzia, sicché l'illecito sarebbe stato compiuto dal *praes* che avesse appunto sostenuto una *vindicia* assegnata al contendente destinato a essere sconfitto; siffatto significato del verbo *fero* appare non attestato nelle fonti, come sottolineava R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 41 s., per il quale la tesi, benché personale, sarebbe addirittura «insostenibile»; in generale, sulla lettura di Betti, cfr. in senso critico: M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln - Graz, 1956, p. 72, nt. 13; ID., *'Vindicia falsa'*, cit., p. 30 ss.; G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'*. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, p. 134 ss.; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 179 ss.

⁴⁹ Nel senso di 'portare via da un luogo', cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

⁵⁰ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50; cfr. ancora A. ERNOUT A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., voce *Fero*. V. anche M. KASER, *'Vindicia falsa'*, cit., p. 26: «Nach Ausweis der Wörterbücher und des *Theas. L.L. s.h.v.* kann *ferre* schon nach unseren ältesten literarischen Ueberlieferungen ebenso gut das 'Wegtragen' (*aufferre*) wie das 'Hintragen, Bringen' (*adferre*) bedeuten. Wenn wir uns hier für ein 'Wegtragen' entscheiden, so bestimmt uns dazu zunächst der Parallelismus mit dem *furtum (nec manifestum)*. Denn wenn bei diesem ein Wegtragen einer fremden Sache mit dem *duplione damnum decidere* bestraft wird und für das *vindiciam falsam ferre* die gleiche Strafe festgesetzt wird, dann liegt die Folgerung nahe, dass auch das *ferre* der *vindicia falsa* in einem Wegtragen bestanden hat. Vielleicht darf man hinzunehmen, das nach der glaubwürdigsten Etymologie auch das Wort *furtum* auf ein *ferre* 'wegtragen' zurückgeht».

⁵¹ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50.

⁵² Cfr. Plaut. *Rud.* 13-20; sul passo, R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 51, osservava: «il *litem auferre* del testo plautino, nel suo significato forse già astratto e nel suo riferimento al momento conclusivo del procedimento, non corrisponde esattamente al '*vindiciam ferre*' (*rectius: tollere*) di Tab. 12.3, che ha invece valore concreto e rappresenta soltanto un momento incidentale della *legis actio sacramento in rem*. Ma il parallelismo tra le due espressioni è evidente, ribadito, com'è, dall'identità di qualifica attribuito all'oggetto dell'azione (*falsam litis: vindiciam falsam*)».

fero, è facile immaginare come l'azione proibita potesse essere quella di colui che avesse portato in giudizio una *vindicia falsa*, vale a dire una cosa diversa rispetto a quella su cui effettivamente avrebbe dovuto vertere la controversia: l'aggettivo *falsus*, allora, avrebbe precisamente indicato il fatto che la *vindicia* dedotta in giudizio non fosse quella 'vera', cioè quella sulla quale effettivamente era insorta, dapprima 'stragiudizialmente', la controversia portata poi innanzi al magistrato. In tal modo, l'autore della condotta riprovata avrebbe potuto, essendone il reale possessore, tenere per sé la vera cosa oggetto della pretesa avversaria e offrire alla *vindicatio* di controparte un oggetto del medesimo genere, ma di minor valore, oppure favorire il reale possessore distogliendo il *prior vindicans*⁵³ dalla rivendica sull'oggetto effettivo⁵⁴.

Questa possibilità è stata sostenuta da molti autori e fra i più autorevoli⁵⁵, benché essa lasci piuttosto inspiegato l'enigmatico inciso *si velit is* (a meno che non si voglia immaginare una diversa resa dell'inciso, comprendente pure una sua correzione⁵⁶).

Quanto alle conseguenze derivanti dall'esposizione alla *vindicatio* avversaria di una cosa diversa rispetto al vero oggetto di interesse di chi agiva in giudizio, mi pare ci si possa inoltre chiedere che tipo di effetti, indipendentemente dalla irrogazione della sanzione

⁵³ Sulla non utilizzabilità dei termini 'attore' e 'convenuto' in relazione all'antico *lege agere sacramento*, cfr. K. HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrechte und die in 'iure cessio'*, in ZSS, 106, 1989, p. 156.

⁵⁴ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98; mi permetto di osservare come siffatta ipotesi, pur potendo apparire coerente con quanto previsto in tema di rivendica formulare (si pensi all'ipotesi di *qui liti se optulit*: Ulp. 70 *ad ed.* D. 6.1.25; Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.27 pr.; cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 327), sembri poco probabile rispetto a cose di specie immediatamente identificabili (particolarmente in contesti, come quelli arcaici, di ridotte dimensioni), quali ad esempio gli schiavi, peraltro presi in esame dal formulario gaiano come 'cosa mobile' per eccellenza; cfr., nelle fonti, Gai 4.16.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98. Va menzionata, al riguardo, l'opinione di G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 228 ss., il quale ritiene che la fattispecie non fosse legata all'assegnazione temporanea della *res* e non riguardasse il prolungato indebito utilizzo della cosa con conseguente illecita percezione dei frutti. Dal momento che la *vindicia* deve intendersi anche per Nicosia come 'cosa controversa', la qualificazione di '*falsa*' dovrebbe ricondursi alla nozione di «*falsus* come contrario di *verus*». Secondo Nicosia, «l'ipotesi cui viene spontaneo pensare è quella di una *vindicatio* che si sia svolta non sulla vera cosa oggetto di controversia, bensì su una *falsa vindicia*, artatamente e ingannevolmente esibita *in iure* dalla controparte, sicché il vincitore della lite finisce col portar via ... tale *falsa vindicia* e non la sua vera cosa». Onde, l'aver addotto *in iure* di una *res* differente rispetto a quella effettivamente pretesa dall'attore, risultato poi vincitore, avrebbe aperto la possibilità che, riconosciuto l'inganno perpetrato dal 'convenuto', l'attore potesse agire contro quest'ultimo per il doppio del valore della *res* e pure per il doppio dei frutti, ove, naturalmente, la *res* fosse stata fruttifera e avesse dato nel frattempo dei frutti.

⁵⁶ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 92 ss.

prevista da Tab. 12.3, conseguissero non tanto alla scoperta tempestiva, quanto al riuscito raggio⁵⁷. Ebbene, a lato del caso piuttosto marginale dell'usucapione (i tempi tutto sommato brevi del processo, anche laddove esso fosse funzionalmente – se non strutturalmente – bipartito, mi pare releghino nell'ambito dell'ipotesi 'di scuola' l'eventualità di colui che avesse perso il dominio sulla cosa vera nelle more della lite), non credo si possa immaginare una difficoltà a intentare una nuova lite sulla cosa vera, dal momento che la lite decisa non era, a ben vedere, *de eadem re* rispetto alla nuova e, dunque, non poteva a rigore esserle di intralcio.

Non volendo certo mettere in discussione quel punto di vista della dottrina che ritiene pure nelle *legis actiones* ben fondato e sussistente il divieto di intentare una nuova azione⁵⁸, né quello relativo alla preclusione determinata dall'erroneo esercizio dell'azione

⁵⁷ Cfr. le osservazioni di M. FALCON, '*Ipsam rem condemnare*' in *Gai 4.48*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, Padova, 2015, p. 565 s.: «ragionando invece a proposito del ritualismo esasperato che si rinviene in Roma in età arcaica ... si può ritenere con buone ragioni che il problema sotteso alla *vindicam falsam* non sorgesse tanto nel caso di scoperta del ... quanto in quello di riuscita del raggio. In altre parole, una volta compiuto correttamente il rito, il soggetto vincitore si sarebbe trovato ad avere nella propria disponibilità non il bene per il quale si era addivenuti al processo, bensì un falso, una copia, surrettiziamente introdotta dal convenuto consapevole della propria situazione di torto. Tale ricostruzione darebbe conto di come, al termine del rituale, il soggetto si ritrovasse proprio con la cosa controversa, e non con un equivalente in denaro, misurato attraverso il procedimento di *aestimatio*»; cfr. comunque B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98.

⁵⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., p. 442 ss., a parere del quale la preclusione avrebbe caratterizzato il processo fin dai primi secoli di Roma, essendo quest'idea «in perfetta armonia con la natura religiosa del *sacramentum*», volto «ad ottenere la decisione della controversia attraverso la manifestazione della volontà divina»; dunque, «doveva apparire inconcepibile e magari sacrilego interrogare nuovamente gli dei, dopo che essi avevano manifestato la loro volontà»; innanzi a un tentativo di riproposizione del giudizio «è facile supporre che esso desse luogo normalmente alla *denegatio actionis* ... (qualunque forma essa potesse assumere nel processo *per legis actiones*)» (cfr. anche ID., voce *Giudicato civile [storia]*, in *Enc. dir.*, 18, 1969, p. 728 ss.); secondo A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 117, siccome l'*actio* rappresentava «un rito solenne» connotato da «efficacia risolutiva tra le parti del rapporto già riconosciuto o posto in discussione», sarebbe da non escludere che la «concezione primordiale dell'*actio* abbia indotto alla convinzione della sua irripetibilità, e quindi alla formazione di un vero e proprio divieto legale in proposito»; cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 142; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in *ZSS*, 86, 1969, p. 169 ss.; M. KASER, '*Ius civile*' und '*ius honorarium*', in *ZSS*, 101, 1984, p. 62; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile arcaïque à Rome*, in *RIDA*, XXVII, 1980, p. 259 s.; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 59 ss. Come riconosce anche M. FALCON, '*Ipsam rem condemnare*', cit., p. 568, nt. 128 (ove ulteriori riferimenti bibliografici), in contrapposizione rispetto a questa impostazione si sarebbe posto, M. MARRONE, '*Agere lege*', '*formulae*' e preclusione processuale, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 42, 1992, p. 209 ss. (cfr. già ID., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 24, 1955, p. 95 ss.); l'autore criticando l'idea che la preclusione dovesse ricercare le proprie origini nel fatto che le divinità, cui era demandato un ruolo essenziale nella

risoluzione della lite, non potessero contraddirsi (dal momento che gli dei si potevano ricredere, consentendolo la materia), riteneva che non esistesse una vera e propria irripetibilità, ma solo un'irretrattabilità del risultato della causa, poiché «la proprietà ... sussiste anche dopo che il titolare sia stato reintegrato nel possesso»; dunque occorrerebbe «ammettere che la parte riconosciuta proprietaria, una volta perduto il possesso, possa ripetere la lite contro il nuovo possessore, sia questi magari la stessa persona del precedente giudizio», dal che si dovrebbe «negare che il divieto di agire due volte *de eadem re* sia stato riferito all'*agere sacramento in rem* sin da età risalente». In critica a questo pensiero cfr., tuttavia, M. FALCON, '*Ipsam rem condemnare*', cit., p. 568 s., nt. 128; in particolare, p. 569, nt. 128: «se le parti sono identiche e la pronuncia legittima l'apprensione della *res* anche con la forza, il problema non dovrebbe porsi, nemmeno dopo un'ulteriore perdita del possesso, valendo la prima pronuncia tra le stesse parti e sullo stesso oggetto; se le parti sono cambiate, non si dovrebbe ritenere esistente alcuna efficacia pregiudiziale della precedente pronuncia sul punto; *idem*, e a più forte ragione, se fosse cambiato il bene». Quest'ultimissima osservazione mi pare da condividere benché, a differenza del suo autore, io creda che essa ben si armonizzi con l'ipotesi di *vindicia falsa* sulla quale non sarebbe caduto alcun giudicato preclusivo rispetto alla cosa 'vera'. In generale, come giustamente fa notare S. SCIORTINO, '*Res acta*' e potere magistratuale di interrompere una '*legis actio*' irregolare, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 57, 2014, p. 212 ss., tre sono le principali teorie che si sono affacciate in merito al momento donde far discendere l'efficacia preclusiva derivante dall'aver agito in giudizio. Secondo una prima posizione, la preclusione processuale sarebbe derivata dall'intervento di un giudicato oppure, nei casi previsti, da una *addictio* magistratuale (e, secondo Sciortino, p. 212, «ciò principalmente sulla base del divieto di *rem actam agere*, ampiamente documentato nelle fonti e comunemente ricostruito identificando la *res acta* con il *iudicatum*»): in questo senso cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den lehren von der injurezession und vom Pfandrecht*, in *ZSS*, 27, 1906, p. 311; M. MOLÉ, voce *Sentenza (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, p. 1087 e nt. 7; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano 1972, p. 16 s. e nt. 40, con indicazione di altra letteratura. Secondo M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., p. 98 ss., «*res acta* non avrebbe potuto significare altro che 'lite già decisa'», facendosi riferimento all'età più antica nella quale non era conosciuta la bipartizione strutturale delle *legis actiones*; ID., *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'*. *Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli, 1997, p. 17 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 80, ntt. 60-61; in forma sfumata, R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., p. 168, nell'ottica per cui la *litis contestatio* delle *legis actiones* non avrebbe avuto il medesimo portato di quella formulare, sicché la preclusione sembrerebbe essere discesa dalla pronuncia della sentenza. Seguendo una seconda posizione, invece, gli effetti preclusivi sarebbero stati prodotti dalla *litis contestatio*, cioè al momento della conclusione della fase *in iure*: in questo senso, cfr. E. KLEINSCHROD, *Über die Prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig, 1875, p. 4 ss.; G. DEMELIUS, *Die 'confessio' im römischen Civilprocess und das gerichtliche Geständnis der neuesten Processgesetzgebung*, Graz, 1880, p. 90 ss.; F.L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die actionen*, Leipzig 1883, p. 303 ss.; TH. SCHWALBACH, *Ueber ungültige Urtheile und die consumierende Wirkung der Litiscontestatio*, in *ZSS*, 6, 1885, p. 133; P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain*, II. *La nature originelle de la 'litis contestatio'*, in *NRHDFE*, 26, 1902, p. 544 ss.; A. ESMEIN, *L'effet relatif de la chose jugée*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 245; PH. MEYLAN, *Origine de l'effet extinctif de la 'litis contestatio'*, in *Mélanges de droit romain dédiés a G. Cornil*, II, Paris, 1926, p. 88 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II. *Le 'legis actiones'*, Padova, 1950, p. 320; G. JAHR, '*Litis contestatio*' *Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, Köln - Graz, 1960, p. 63 ss., e p. 226; N. BELLOCCI, *La genesi della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, Napoli, 1965, p. 45 ss.; G. BROGGINI, *Le 'legis actiones'*, in *Labeo*, 11, 1965, p. 377 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der 'litis contestatio'*, in *ZSS*, 84, 1967, p. 8 ss.; C.ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, in *Iura*, 24, 1973, p. 62 ss. Una terza posizione, infine, ritiene che l'effetto preclusivo si sarebbe verificato in virtù dello stesso agire processuale, fatto di parole e di gesti significativi: come sintetizza efficacemente Sciortino (p. 214), l'effetto di preclusione sarebbe stato «diffuso» all'interno di tutto il procedimento e riguarderebbe in sé il *lege agere*. La dottrina sul punto è remota; cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher entwicklung*, I. *Der römische Civilprozeß*, I. '*Legis actiones*', Bonn, 1864, p. 178; siffatta teoria è stata seguita poi

sulla cosa ‘vera’⁵⁹, nel senso di un’errata recitazione del formulario, mi sembra che la stessa struttura della *vindicatio* arcaica, caratterizzata dalla presenza innanzi al magistrato della cosa controversa e da gesti che si realizzavano direttamente su quest’ultima (oppure su un suo simulacro, portato anch’esso *in iure*), oltre a rendere poco probabile nei fatti uno scambio, si esaurisse precisamente sulla cosa presente⁶⁰; dunque, se quella vera non fosse stata

nel corso del secolo passato da D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in ZSS, 86, 1969, p. 169 ss., e p. 181 s.; B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der ‘legis actio’: Gesetzklage oder Spruchklage?*, in TR, XXXVIII, 1970, p. 377 ss.; e soprattutto da A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in RISG, 3, 1949, p. 456, e p. 466; ID., *Quelques observations sur la ‘litis contestatio’*, in RIDA, 3, 1950, p. 159 ss.; ID., *La ‘litis contestatio’ nell’‘ordo iudiciorum’*. *Lezioni di diritto romano*, Siena, 1953, p. 23 ss.; ID., *La ‘litis contestatio’ nella procedura ‘per legis actiones’*, in *Studi Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 1953, p. 465 ss.; ID., *Lezioni*, cit., p. 115 ss.; cfr., inoltre, F. BONIFACIO, voce ‘*Litis contestatio*’, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 974; R. SANTORO, *Potere ed azione nell’antico diritto romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 30, 1967, p. 309 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III. *Dalla nascita della ‘iurisdictio’ all’avvento del processo ‘per formulas’*, Catania, 1982, p. 161 ss.; ID., *La distinzione tra ‘iudicia legitima’ e ‘quae imperio continentur’ e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, in ID., *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, p. 395. Peculiare mi sembra la posizione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 395 ss., e p. 397: «quell’efficacia preclusiva che nel processo *per formulas* risulta concentrata nella *litis contestatio*, sembra invece essere stata nelle *legis actiones* stemperata e diffusa in tutto il processo e non aver potuto perfezionarsi se non in seguito al *iudicatum* o nei processi non contenziosi in seguito all’*addictio* pronunciata dal magistrato»; con una maggiore sfumatura, ID., voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 729: «la forma in cui la regola» del *rem actam agere* «è stata tramandata sembra dimostrare che, quando essa fu formulata (tra la fine del III e il I sec. a.C.) non si pensava ad un effetto proprio della sentenza o della *res iudicata*, ma lo si collegava allo svolgimento del processo nel suo insieme, in particolare all’*agere in rem*, che era prima di tutto attività delle parti». Da ultimo, convincentemente, v. S. SCIORTINO, ‘*Res acta*’, cit., p. 228: «le ragioni di dubbio sopra esposte rendono inaccoglibili sia la tesi che collega l’effetto preclusivo nelle *legis actiones* alla sentenza, sia la tesi che lo riferisce alla *litis contestatio*. A nostro avviso sono nel giusto quegli studiosi secondo i quali la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata e l’effetto preclusivo discendeva direttamente all’*agere*. Nelle *legis actiones* l’impossibilità di ripetere una lite *de eadem re* tra le stesse parti doveva determinarsi fin dagli inizi del rito e, specialmente, fin dalla pronuncia solenne dei *verba* che, una volta proferiti, non sarebbero stati enunciabili una seconda volta. L’*actio* una volta intentata avrebbe consumato il potere di agire tra le parti *de eadem re* come, a nostro avviso, attesta» Gai 4.108.

⁵⁹ Sul punto, cfr. S. SCIORTINO, ‘*Res acta*’, cit., p. 230 ss., per il quale Gai 4.11 (v. oltre, nt. 62) e 4.30 mostrerebbero che una *legis actio* svolta irregolarmente avrebbe avuto come propria conseguenza la perdita della lite e il determinarsi di effetti preclusivi.

⁶⁰ In un senso che mi pare simile, cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, cit., p. 40, nt. 28, per il quale sarebbe da escludere l’opinione secondo la quale la fattispecie si sarebbe realizzata con l’addurre *in iure* una cosa diversa, in ragione della «formalità rituale della *vindicatio in loco et in re praesenti* davanti alle parti e al *praetor*, che, se una funzione aveva, era proprio quella di dare una volta per tutte come accertata *in iure* la cosa oggetto di *vindicatio*»; inoltre, occorrerebbe notare come fosse «un onere dell’attore curare» che venisse «portata davanti al magistrato la cosa giusta»; cfr. Gell. 20.10.7: ‘*Manum conserere*’ ... *Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est ‘vindicia’*. Onde, l’autore sottolinea la difficoltà di configurare un illecito quale quello di Tab. 12.3, «in un’epoca in cui le *vindicationes* venivano composte *in loco et in re praesenti*, e contemporaneamente, dai due litiganti»; mi sembra si possa richiamare anche U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der ‘condemnatio pecuniaria’*, in ZSS, 68, 1951, p. 325: «Im Legisaktionenverfahren in rem mußte

introdotta in giudizio, sul titolo gravante su quest'ultima non si sarebbe prodotto alcun giudicato. Il che significa che se l'attore aveva rivendicato 'questo schiavo' eventualmente credendolo Stico, afferrandolo pure materialmente, come ci informa Gaio⁶¹, e, all'esito della lite, si fosse scoperto che egli era invece Panfilo, non mi pare residuo possibilità di ritenere la lite relativa a Stico preclusa. Al limite, si sarà trattato di un'ipotesi di soccombenza, causata dalla rilevanza delle ragioni addotte contro l'attore: la loro stessa allegazione, tuttavia, avrebbe potuto chiarire che la lite si stava svolgendo su uno schiavo diverso, senza che questa riverberasse effetti su quello originario. Il gesto, infatti, completava la parola, la determinava e indirizzava, la precisava e ne spiegava i contenuti, non potendo l'enunciazione verbale essere di per sé sufficiente ai fini del rituale.

Un argomento di rilievo a tale riguardo credo si possa ricavare, all'interno del discorso gaiano, dal confronto instaurabile tra la formula di rivendica di cui a Gai 4.16 e l'episodio narrato nel precedente 4.11⁶². Indipendentemente da quale *legis actio* fosse qui in esame (esclusa la forma *in rem* dell'*agere* sacramentale)⁶³, mi pare sia interessante notare

die bewegliche Streitsache vor Gericht gebracht werden, schon damit ihre Identität festgestellt werden konnte und weil ihre Gegenwart wegen des stilisierten Kampfes um sie notwendig war». Al riguardo, cfr. M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 238: «la presencia de la cosa litigiosa (o de su símbolo) ante el *praetor*, probablemente con la finalidad a la vez de identificación y de valoración de la misma, forma parte del ritual propio de la antigua *iurisdictio* civil romana, que se refuerza además con el formalismo de las palabras que deben acompañarlo».

⁶¹ Gai 4.16.

⁶² Gai 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Cfr., per tutti, in modo particolare per i dubbi sulla genuinità del passo, che mi sembrano ormai superati, S. SOLAZZI, *Spigolature gaiane*, in *SDHI*, 1, 1935, p. 265; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 66 s., nt. 1; Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, cit., p. 8; ampia e particolareggiata disamina in G. NICOSIA, 'Agere lege', in *Poteri 'negotia' 'actiones' nell'esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano (Copanello, 12-15 maggio 1982)*, Napoli, 1984, p. 222 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 8 s.*

⁶³ Secondo S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium': D. 47.7.2*, in *SDHI*, 44, 1983, p. 147 ss., si trattava di una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; secondo H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 187, una *legis actio sacramenti in personam*; per A.M. GIOMARO, *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano, 1988, p. 64 ss., si sarebbe agito forse con la *legis actio sacramenti in personam* e successivamente con la *legis actio per conditionem*. Come nota, S. SCIORTINO, 'Res acta', cit., p. 231, nt. 62, l'unico dato sul quale concordano gli studiosi è che le XII Tavole contenevano «un'azione ... volta a sanzionare

come l'enunciazione del formulario, secondo Gaio, dovesse essere rigorosamente rispettosa della formula 'codificata'⁶⁴, senza avere riguardo alle specificità del caso concreto. In Gai 4.11 era prescritto l'utilizzo della parola *arbores*, identificativa di tutte le varietà vegetali, con la conseguenza che la pronuncia della più precisa *vites*, discostandosi dal formulario prestabilito, aveva condotto alla soccombenza della lite⁶⁵. Non mi pare vi siano ostacoli a pensare che pure in casi differenti l'*actio*, comprendente la stilizzazione rituale della

la *succisio* di alberi altrui commessa *iniuria*: ma fuori da questo elemento regna l'incertezza. A partire dalla stessa denominazione '*actio de arboribus succisis*' atteso che manca ogni prova testuale di tale denominazione tecnica, e in dottrina c'è chi preferisce discorrere più genericamente di agire *de arboribus succisis*» (ad esempio, cfr. B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 23, 1953, p. 19 ss.); sarebbe chiaro, secondo lo stesso autore, «che fosse un'azione *ex delicto*, ma sono state rilevate difficoltà in ordine alla riconduzione delle *arbores iniuria caesae* al delitto di *iniuria* semplice, per il quale era prevista la pena di 25 assi». Lo stesso Sciortino giustamente osserva come Pugliese pensasse che *iniuria* potesse indicare solo l'antigiuridicità del comportamento, e non si riferisse al delitto di *iniuria* (G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*', cit., p. 37 s.).

⁶⁴ Credo abbia ragione S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 231, nt. 60, a osservare che «la logica del sistema delle *legis actiones* ... induce a supporre tanto più rigoroso il rispetto delle prescritte modalità di svolgimento del rito quanto più indietro ci si spinge».

⁶⁵ S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 231. Non vi sono dubbi in merito al fatto che la parte caduta in errore fosse giudicata soccombente: la pretesa doveva essere respinta al termine della fase *apud iudicem*; la sentenza avrebbe precluso la ripetizione dell'azione (cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 24, 1955, p. 121, per il quale «la sentenza delle *legis actiones* aveva efficacia pregiudiziale illimitata»; v. ancora ID., *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo, 1960, p. 76 ss.; secondo M. KASER, *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 104 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 66; p. 98, la sentenza avrebbe avuto efficacia costitutiva). È dubbio, invece, che il magistrato, innanzi a un errore nello svolgimento dell'*actio* da parte dell'attore, potesse interrompere discrezionalmente la *legis actio* piuttosto che far progredire il procedimento e rimettere la questione alla decisione del giudice. Per taluno si sarebbe tratto di un rifiuto corrispondente nella sostanza ad un *denegare actionem*: circa i dubbi al riguardo, cfr. A. METRO, *La 'denegatio actionis*', cit., p. 17; R. MARTINI, *Recensione ad A. METRO, La 'denegatio actionis*', cit., in *Iura*, 23, 1972, p. 220; in forma perplessa, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 384: «appare dunque indubbio che il magistrato era in grado di impedire che il procedimento *in iure* si svolgesse in modo e fino al punto da avere l'esito voluto dall'attore, sia o no proprio parlare in proposito di *denegatio actionis*». Per taluno, si sarebbe trattato, invece, di un potere in realtà non sussistente: cfr. A. METRO, *La 'denegatio actionis*', cit., p. 16 ss., che lega la risposta relativa al dubbio formulato all'idea che il divieto di *res acta agere* sarebbe scattato solo innanzi a un giudicato; secondo S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 235, «la perdita irrimediabile della lite e della pretesa (*litem perdere* e *rem perdere* secondo Gai 4.11 e Gai 4.30) doveva essere connessa all'*agere* rituale delle parti che, una volta intervenuto, non avrebbe più potuto essere ripetuto *de eadem re*. Ciò si sarebbe verificato più frequentemente nei casi di errori plateali o, comunque, facilmente accertabili *in iure*, anche con l'ausilio dei testimoni Invece, nelle situazioni non liquide, nel caso di errori contestati o che, comunque, richiedevano accertamenti che non potevano svolgersi *in iure*, il pretore crediamo che avrebbe preferito demandare al giudice la decisione sulla questione. Né possiamo escludere che tale 'severa' sanzione consistente nella perdita della lite anche in virtù di un minimo errore, possibile a nostro avviso fin dalla fase *in iure*, abbia contribuito ad accrescere l'odio che i Romani in età repubblicana cominciarono a nutrire nei confronti delle *legis actiones*».

pretesa⁶⁶, fosse ugualmente congegnata in termini ampi, tali da ricomprendere in sé le possibili diverse sfumature, né Gaio sembra parlare al riguardodi una preclusione. Pur non conoscendo come le liti si articolassero in concreto, ecco che il riferimento all'*homo* in Gai 4.16 appare sufficientemente ampio per ricomprendere una pluralità di situazioni, senza che fosse necessario per il rivendicante scendere in dettagli, eventualità anzi che – se è fondato il paragone suggerito – avrebbe potuto essere fatale per l'esito della lite⁶⁷. D'altra parte, alla mancata determinatezza si sopperiva con la materialità del gesto che si accompagnava alle formalità verbali e chiariva l'azione e i limiti di quest'ultima rispetto alla cosa presente in giudizio.

Alla luce di ciò, allora, mi pare di poter ipotizzare che un'effettiva preclusione – al di fuori di errori nell'enunciazione e nella gestualità dell'*actio* – potesse essere legata a motivi di soccombenza strettamente *de eadem re*: se volessimo accogliere la diversa teoria, innanzi all'ampiezza del contenuto dell'*actio* stessa, ciò comporterebbe forse che se un soggetto avesse avuto due schiavi entrambi al di fuori della propria immediata disponibilità materiale, l'aver agito per uno avrebbe precluso l'azione per l'altro: risultato evidentemente non accettabile.

La formulazione generica della *vindicatio*, effettuata tramite l'aggettivo dimostrativo '*hic, haec, hoc*'⁶⁸, accanto alla gestualità che faceva sì che gli effetti della *vindicatio* si producessero precisamente su quanto era stato dedotto *in iure*, mi fanno, dunque, dubitare che si possa parlare di effetti preclusivi di una pronuncia resa su un oggetto 'falso'⁶⁹. Per

⁶⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 284.

⁶⁷ Sul ruolo della *causae coniectio*, di cui a Tab. 1.7, cfr. C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in *Roma arcaica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova, 2012, p. 114 ss.

⁶⁸ Cfr. Gai 4.16: *deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam imponebat.*

⁶⁹ In altri termini, mi pare sia ben diverso questo ipotizzato caso rispetto a quello gaiano descritto in 4.11. In quest'ultimo, infatti, veniva in rilievo il problema di una scorretta enunciazione del formulario: l'attore pronunciava *vites*, mentre il formulario prescriveva *arbores*. È evidente come si tratti di un errore del tutto palese e facilmente identificabile e riconoscibile. Peraltro, occorre osservare anche che Gai 4.30, ove si parla della severità delle *legis actiones* in relazione a ogni minimo errore pronunciato nel metterle in scena, fa riferimento, con ogni evidenza, a profili formali ben differenti rispetto a un oggetto malamente introdotto in giudizio in frode alla controparte processuale; circa i motivi di pura forma, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile*

quanto concerne gli immobili, occorrerebbe inoltre osservare che, nemmeno nel caso di una loro *vindicatio*, fosse ritualmente sufficiente l'enunciazione verbale contenente l'indicazione del bene oggetto della rivendica, ma servisse comunque un suo simbolo precisamente identificato, prelevato con un rituale molto preciso, come al riguardo informa Gaio, a cui alludeva pure Cincio. Tutto ciò senza considerare che, immaginando un effetto preclusivo della sentenza emessa su un oggetto diverso e non che tale effetto discendesse dalla *litis contestatio*⁷⁰, in presenza di un atteggiamento fraudolento, la parte avrebbe dovuto far sì che il procedimento progredisse fino alla disfida al *sacramentum*, per poi risultare soccombente (altrimenti si sarebbe scoperto che lo schiavo era differente). Essa avrebbe così ottenuto il doppio risultato di aver comunque perso la *summa sacramenti* e, come conseguenza dell'irretrattabilità della decisione, anche un bene analogo, seppure per ipotesi di minor valore, rispetto a quello effettivamente oggetto di controversia.

Ad onta di una maggior leggibilità della fattispecie, le conseguenze concrete che si ottengono ipotizzandone la pratica applicazione, non mi sembrano così lineari come a

romano, I, cit., p. 385, nt. 284. Con riguardo specifico a Gai 4.11, secondo A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., p. 19, occorrerebbe riconoscere che il passo in questione si rifacesse a un'ipotesi di irregolarità formale: l'attore aveva adoperato una parola diversa rispetto a quella prevista legislativamente, in questo modo non attenendosi alla previsione legislativa e compromettendo ogni possibilità di successo; di avviso diverso era S. SOLAZZI, *L'odio per le 'legis actiones' in Gai. 4.30*, in *Festschrift für L. Wenger*, II, München, 1944, p. 51, per il quale sarebbe sorta una *querelle*: «il caso delle *vites* si è verificato perché qualcuno (magistrato o avvocato) pensò che il formalismo non potesse arrivare ad una pedanteria scandalosa; il gaiano '*responsum est*' mi pare che riveli l'esistenza di un dubbio, se furono interrogati giureconsulti»; secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 385, nt. 285, in un caso del genere l'attore avrebbe proposto un'azione infondata, perché il taglio delle *vites* non era configurato come delitto, «né si trattava di una mera irregolarità formale»; convincente tuttavia l'obiezione di Metro, il quale dopo aver ricordato come il taglio delle viti fosse previsto dalle XII Tavole, sia pure nell'ambito di una fattispecie più vasta, ribadisce che l'azione sarebbe stata reietta soltanto perché l'attore non aveva effettivamente seguito in modo scrupoloso le forme richieste. Del resto, credo si possa aggiungere che se le ragioni del rigetto dell'azione fossero state di ordine sostanziale, vale a dire che la situazione concreta non fosse sussumibile nella cornice di una specifica figura delittuosa, poco si comprenderebbero le ragioni di odio rivolte al mezzo processuale e non al diritto sostanziale, pur dovendosi ragionare nell'ottica 'rimediale' così connaturata al mondo romano; a ben vedere in un significato analogo, anche per quanto concerne le obiezioni di Metro all'opinione di Pugliese, cfr. S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 232 s., «la perdita della lite in virtù dell'impiego di una parola, '*vites*', il cui significato era compreso nella parola '*arbores*' che si sarebbe dovuta pronunciare in suo luogo, doveva apparire sintomatica dell'iniquità alla quale l'interpretazione giurisprudenziale in tema di *legis actiones* contenziose aveva condotto. Si era arrivati al punto di sanzionare così gravemente lo scambio di due parole il cui significato, forse già in età assai risalente era stato accostato da parte degli stessi giuristi».

⁷⁰ Cfr. sopra, nt. 58.

prima vista esse possono forse apparire. Peraltro, va anche osservato come non sia inconcepibile ritenere che, prima della recitazione della formula, vi fosse comunque uno spazio per verificare l'identità della *res*.

Da parte di altri si è voluto ritenere che l'illecito consistesse nella restituzione di una cosa diversa rispetto a quella assegnata dal pretore in via interinale. La *vindicia* sarebbe stata già assegnata dal magistrato nel corso del procedimento e, una volta emessa la sentenza, il possessore interinale soccombente avrebbe appunto consegnato (o offerto) una cosa diversa rispetto a quella originariamente assegnata⁷¹: una cosa, appunto '*falsa*'. Diversi autori hanno sostenuto quest'idea sfaccettandone i contorni⁷²: oltre che una cosa differente, la fattispecie avrebbe riguardato, secondo taluno, anche la restituzione di una *res* danneggiata⁷³, vale a dire *deperita*, *deminuta*⁷⁴; la figura andrebbe comunque sussunta, sotto il profilo generale, nel quadro della restituzione di una cosa non corrispondente a quella ricevuta.

Una prima fondata obiezione a siffatta complessiva ricostruzione si può rintracciare nel fatto che, se in Tab. 12.3 il termine è impiegato al modo di Servio Sulpicio Rufo, quale

⁷¹ Cfr. già F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento*, cit., p. 387 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 441 s., in adesione alla teoria difesa da G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 131 ss., l'illecito contemplato da Tab. 12.3 avrebbe sanzionato il possessore interinale che avesse offerto (*tulit*) una *res* diversa, una volta risultato soccombente; la parte avrebbe potuto liberarsi da responsabilità, sempre presunta, pagando il doppio del valore della cosa e dei frutti; in senso contrario, cfr. M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 28 ss.; con riguardo a Probo (*Einsidl.* 6.52), in particolare 29, ove si specifica che il termine *deperita* vuol dire 'estinta'; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 28, a parere del quale la definizione in questi termini della *vindicia* apparirebbe già di per sé difficoltosa in quanto una *res* restituita in luogo di quella sulla quale si era svolta la controversia non solo non sarebbe stata qualificata come *falsa*, ma ancor prima non sarebbe stata indicata con il termine *vindicia*; anche questo autore sottolineava come l'aggettivo *falsa* «non assume mai il significato di *deperita*, *deminuta*»; ancora nel solco di Broggin, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., p. 176, ss., si accorgeva di questo problema e proponeva una correzione delle parole dell'apografo di Poliziano (*sivelitis*) in *si vilis sit facta*, locuzione riferita alla *vindicia*; sul punto, valga richiamare R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 28 s., che ricordava come, dal punto di vista paleografico, questa lettura risulti sostanzialmente impossibile dal momento che «alla fine del primo rigo il testo non presenta alcuna lacuna capace di contenere le lettere della più lunga restituzione proposta, mentre la lacuna all'inizio del rigo successivo va colmata con *prae*».

⁷² G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 439 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 127 ss.

⁷³ Cfr. G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 127 ss.; sulla base di Prob. *Einsidl.* 6.52, lo studioso formulava l'ipotesi per la quale l'aggettivo *falsa* potesse riferirsi a una *vindicia* danneggiata. Secondo questo autore, la falsità andrebbe ricercata non in una qualità della situazione giuridica, ma in una qualità della cosa stessa.

⁷⁴ Cfr. ancora Prob. *Einsidl.* 6.52.

res che sia già stata oggetto della pronuncia della formula di rivendica, la lettura che vuole l'illecito concretantesi nell'adduzione di una *res* diversa da quella sulla quale l'attore intendesse esercitare l'azione sembrerebbe mancare di coerenza⁷⁵. Se pensiamo che l'illecito sembrava compiersi nel momento in cui si offriva in restituzione una *res* non conforme alle caratteristiche presupposte⁷⁶, anche la restituzione di una cosa diversa non avrebbe avuto a oggetto una *vindicia falsa*, per il semplice fatto che la cosa restituita, non avendo subito il procedimento di rivendica, non era affatto una *vindicia* nel senso tecnico propugnato dallo stesso Sulpicio Rufo⁷⁷. A monte la riconsegna di una *res* diversa da quella oggetto di rivendica non era nemmeno, a rigore, la 'restituzione di una *vindicia*'.

Se l'offerta di una cosa radicalmente diversa equivaleva alla mancata riconsegna, anche rispetto alla restituzione di una cosa deteriorata si possono avanzare dubbi. Come è stato messo in rilievo, infatti, è vero che tra i significati di *falsus* ricorre anche *corruptus*, ma non nel senso di deteriorato, bensì in quello di 'falsatus', 'subditicius', riferito a scritti, documenti e monete⁷⁸. Si pensi, poi, al fatto che nelle fonti non sembrano ritrovarsi tracce dell'offerta in restituzione di questa sorta di *aliud pro alio*, e i testi che paiono riferirsi al 'deperire deminutum esse'⁷⁹, posti dalla dottrina criticata alla base della propria lettura, non sono rilevanti in quanto *deminutum* non significa a ben vedere 'danneggiato', ma propriamente 'estinto': non sarebbe così logicamente possibile configurare l'offerta di una restituzione di una cosa estinta come contegno rilevante ai fini della fattispecie in esame.

4. Per le conseguenze cui conducono, allora, non convincono le interpretazioni che muovono dal significato anzidetto del verbo *fero*. Più interessante mi pare, dunque, l'alternativa per la quale la forma verbale ricorrente in Tab. 12.3 deriverebbe da *tollo*: sotto questo angolo visuale, la fattispecie incriminatrice consisterebbe nel fatto di aver portato via dal tribunale la *vindicia* che viene definita *falsa*. Devo rilevare, tuttavia, come pure l'idea

⁷⁵ Fondamentale in questo senso, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 41.

⁷⁶ M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 28 ss.

⁷⁷ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 41.

⁷⁸ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48.

⁷⁹ M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 38 ss.

del ‘portare via’ sia stata oggetto di serrata discussione, non solo in relazione alle sue possibili sfaccettature⁸⁰, ma anche sotto il profilo grammaticale: l’identificazione del verbo *tollere* non è, infatti, univoca e, anzi, la natura difettiva di *fero* e l’aver quest’ultimo già da tempo assunto le forme verbali mancanti da *tollo*, farebbero sì che – in epoca decemvirale – oltre alle voci assenti, il primo verbo avesse conosciuto anche un assorbimento di significato del secondo. Ciò equivarrebbe a dire che, nell’aver accolto nel proprio paradigma la forma *(te)tuli*, il verbo *fero* avrebbe attratto a sé anche la sfera semantica del secondo⁸¹. A questo punto dovrebbe essere il contesto a rivelare quale, tra le intonazioni del verbo *fero* che ho più sopra ricordate, ricorra di volta in volta. Qui, a ben vedere, il nostro discorso non muterebbe comunque in modo significativo perché sarebbe possibile immaginare che in Tab. 12.3 *fero*, proprio per l’assorbimento appena ricordato, indicasse appunto il ‘portare da’. Questa idea potrebbe essere corroborata secondo taluno⁸² dalla

⁸⁰ Cfr. M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 22 ss., secondo il quale la fattispecie di Tab. 12.3 riguarderebbe la parte che, ottenuta a torto la concessione del possesso interinale, con una costante presunzione di scienza nell’autore dell’illecito, avesse ‘portato via’ dal tribunale la *vindicia*, per ciò definita *falsa*: l’appropriazione sarebbe limitata al momento processuale, dato che la parte era a conoscenza di essere esposta, in caso di soccombenza, all’autotutela della parte vincitrice (M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 31); da ciò sarebbe possibile far derivare l’ammontare della sanzione, commisurata sui frutti e non sulla cosa; va rammentato, ancora, che la lacuna nella terza riga del testo festino sarebbe ricostruibile, secondo Kaser, con la parola *reus*; circa tale restituzione, cfr. R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 34, il quale metteva in luce il fatto che, sotto il profilo paleografico, il testo non consentirebbe l’inserimento della parola *reus* essendovi lo spazio per sole tre lettere, né il *Codex Farnesianus* consente di immaginare l’impiego di un’abbreviazione. Sotto il profilo contenutistico, inoltre, ancora secondo R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35, l’impiego del termine *reus* non parrebbe coerente con il piede di parità sul quale si fronteggiano nell’*agere sacramento* le due parti processuali; il che, appunto renderebbe poco perspicuo il sostantivo supposto da Kaser; inoltre, la teoria di Kaser sembrerebbe poter tenere laddove al termine *vindicia* si associasse già all’epoca delle XII Tavole il significato di possesso interinale, significato assunto in progresso di tempo quando il sostantivo fosse usato al plurale, mentre risulterebbe incompatibile con l’impiego al singolare ricorrente in Tab. 12.3 (cfr. nuovamente R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35 s.). Contrario alla posizione espressa in M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 72, si è detto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440 s. Ancora nel senso del ‘portar via’ si è espresso U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der ‘condemnatio pecuniaria’*, cit., p. 331 ss., il quale interpretava la fattispecie nel senso di intravedere l’atto della parte che portava via la *vindicia* avendola ottenuta con l’inganno. Per sostenere l’accezione del ‘portar via’ questo studioso menzionava Fest. voce *Superstites* (Lindsay, 394-396), il cui riferimento, tuttavia, è stato ritenuto erroneo da R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 42, nt. 114, in quanto l’atto del *vindicias sumere* è relativo al prelievo dei simboli della *res* controversa nelle liti immobiliari, del quale parlava Cincio nella stessa voce festina sulle *vindiciae*.

⁸¹ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸² M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 26: «Ein Wegtragen der körperlichen Streitsache ist aber ausserdem nach dem zu Gai 4.16 Gesagten die notwendige Folge jedes *vindicias dicere*: Die körperliche Streitsache liegt, sei es unmittelbar, sei es vertreten durch ein Symbol (Gai 4.17), *in iure*, also auf der Gerichtsstätte; und

correlazione instaurabile tra il provvedimento magistratuale di assegnazione della *vindicia* (*vindiciam dare* o *dicere*, benché nel tratto gaiano il sostantivo sia declinato al plurale), tramite il quale il pretore assegnava la cosa interinalmente a fronte della dazione di garanti⁸³, e la conseguente azione della parte che avesse ottenuto il possesso interinale che poteva allontanarsi dal tribunale portando seco la *vindicia*⁸⁴. Benché suggestiva questa idea non mi pare del tutto esente da dubbi dal momento che nel passo il *vindiciam dare* non era affatto attestato, ma viene ricostruito soltanto in modo logico.

Assumiamo, dunque, la seconda accezione di ‘portar via’⁸⁵ (e segnatamente ‘portar via’ dal ‘tribunale’) e proseguiamo cercando di decifrare la locuzione decemvirale.

In ordine alla relazione tra il verbo e il sostantivo, il secondo può certamente mantenere tutto intero il suo significato tecnico chiarito dalla citazione festina di Sulpicio Rufo, che rappresenta, come detto, il solo dato relativamente certo della questione: si tratta del comportamento di portar via la cosa sulla quale si era esercitata la duplice *vindicatio* tipica del *lege agere sacramento*. Veniamo quindi all’aggettivo e al suo inserirsi nella struttura fondamentale tra il verbo e il sostantivo. Nel linguaggio comune, *falsus* valeva come ‘non verus’, «ma anche ‘non iustus’, ‘simulatus’, ‘fictus’, ‘vanus’»⁸⁶. Ora, per tutto quello che si è già detto, è evidente come sia estremamente difficile immaginare che qui l’aggettivo *falsus* potesse riferirsi direttamente a una caratteristica intrinseca della *vindicia* ‘materiale’ che il soggetto portava via con sé: anzitutto, occorrerebbe pensare che il soggetto attivo dell’illecito fosse colui il quale avesse portato via dal giudizio una cosa diversa rispetto a

nachdem sie der Prätor einer der Streitparteien zugewiesen hat, trägt diese sie vom Gerichtsort davon»; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸³ Ritengo fosse nel giusto C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 134, allorché osservava come la scelta tra le parti in causa potesse rispondere in antico, non tanto a una valutazione prognostica della lite – cosa che, mi permetto di aggiungere, potrebbe apparire incompatibile con la stessa struttura del rituale arcaico in cui soluzione era probabilmente rimessa a una manifestazione delle divinità, ove si ipotizzi che la forte connotazione religiosa del *sacramentum* fosse coesistita con il momento in cui si prese l’usanza di assegnare interinalmente la cosa – quanto piuttosto alla comparazione dei garanti adottati da ciascun litigante. Ai procedimenti più antichi di indagine formale «si adegua piuttosto l’assegnazione della cosa in base alla dazione dei *praedes*». V. anche M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 26.

⁸⁴ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸⁵ Cfr. M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 26.

⁸⁶ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48.

quella per cui era sorta la controversia, possibilità senza dubbio solo ipotetica, dal momento che siffatto contegno, peraltro difficilmente ipotizzabile, sarebbe ritornato a suo esclusivo svantaggio. Se l'azione era quella del portare via una cosa falsa è chiaro che chi teneva questo comportamento era evidentemente oggetto di un inganno. Tuttavia, se su quella cosa si era svolta la rivendica, anche se era una cosa diversa da quella voluta, non poteva dirsi falsa perché effettivamente non lo era. In ogni caso, se su quella *res* 'falsa' si fosse svolta la *vindicatio*, la *vindicia* non si sarebbe, a rigore, dovuta/potuta ritenere *falsa*. Il significato dell'attributo di *falsa* rispetto alla *vindicia* richiede allora una diversa e ponderata spiegazione⁸⁷, che pare spostare l'attenzione sul momento della *vindicatio* stessa.

Come ho accennato, l'impressione che si ricava è nel senso che a venire in rilievo sia un giudizio di valore implicante la falsità e che quest'ultima si concretizzasse nel corso del procedimento, non prima e non dopo. Era, cioè, un *quid* che si realizzava nel momento in cui la *res* contesa diventava *vindicia* e, nel divenire tale, incappava in un elemento 'patologico' che ne causava la falsità. A me pare che questo elemento possa riguardare la rivendica che sulla *res* era stata eseguita e, in particolare, la rivendica formulata *iniuria* dalla parte che sarebbe risultata soccombente.

A tal fine verrebbe in rilievo un passaggio tolto dalla celeberrima orazione ciceroniana *Pro Milone*, ove l'Arpinate, nel descrivere la turpitudine di Clodio⁸⁸, ricordava come quest'ultimo non avesse avuto alcun rispetto nemmeno per il *ius civile*, avendo egli rivendicato fondi non con ingiuste *vindiciae* e ingiusti *sacramenta*, ma servendosi degli accampamenti, dell'esercito, della guerra dichiarata.

Cic. Mil. 27.74: *Eum denique cui iam nulla lex erat, nullum civile ius, nulli possessionum termini, qui non calumnia litium, non iniustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos, sed castris, exercitu, signis inferendis petebat.*

⁸⁷ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 139, metteva in rilievo l'ambiguità del significato di *falsus* soprattutto nelle testimonianze risalenti.

⁸⁸ Cic. Mil. 27.74

Oggetto dell'invettiva ciceroniana, a ben vedere, non è tanto l'aver di per sé usato le *iniustae vindiciae* e gli *iniusta sacramenta*, perché ciò riguardava la normale dialettica del processo ove abitualmente una parte processuale stava dalla parte del torto. La critica è incentrata, piuttosto, sull'aver superato le armi del diritto per essersi rivolto alla violenza armata. Il contegno di colui che senza ragione reclamava per sé un certo bene assumendosene proprietario è reso da Cicerone con la locuzione *iniustis vindiciis ac sacramentis petere*. È verosimile che qui sia impiegato un lessico proprio del processo petitorio incardinato nelle forme del *lege agere*. Il parallelismo tra *vindicia* e *sacramenta*, presente in Cicerone⁸⁹, è stato colto da Gioffredi e da Santoro: quest'ultimo, con argomenti piuttosto simili al primo⁹⁰, ha notato appunto come vi sia «corrispondenza tra *sacramentum iniustum* e *vindiciae iniustae*»⁹¹, accomunati entrambi, secondo Tondo, in vista di una sorta di «identità di qualificazione»⁹², vale a dire quella di *iniustitia*. Ma che cosa significava qui *vindicia* ed è possibile pensare inoltre che la *vindicia iniusta* fosse anche la *vindicia falsa* ricorrente nel precetto decemvirale? Nonostante autorevoli voci⁹³ ritengano che non vi sia la possibilità di collegare falsità e *iniustitia*, io credo che quest'ultimo accostamento si possa tracciare, almeno in via congetturale.

Anzitutto, l'impressione è che qui *vindicia* voglia intendere l'azione della rivendica, indicata tramite il riferimento all'oggetto rivendicato, così come inteso in Festo, e dunque in forma non dissimile da quanto accadeva, in via più astratta, in Gellio (Gell. 20.10.7)⁹⁴.

⁸⁹ Un parallelismo, a mio avviso soprattutto terminologico, è stato riconosciuto in Arnob. *ad nat.* 4.16.

⁹⁰ Secondo C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 139, «le *vindiciae* sono accomunate al *sacramentum*, il che conferma il valore dell'espressione. Come si parla di *sacramentum iustum* e *iniustum*, cioè infondato e illegittimo, così si parla di *vindiciae iustae* e *iniustae*, cioè illegittimamente presentate ed ottenute e spesso in stretta connessione Questa valutazione della fondatezza delle *vindiciae* e l'accomunarle in ciò al *sacramentum*, nonché il fatto che la parte la quale ingiustamente si sia fatta assegnare le *vindiciae* subisce una pena, indicano che la *lis vindiciarum*, così come il *sacramento provocare*, è un meccanismo essenziale della *legis actio*».

⁹¹ R. SANTORO, *XII Tab.* 12.3, cit., p. 49.

⁹² S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 273.

⁹³ Cfr., ad esempio, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440 s., il quale ribadiva come *vindicia falsa* non fosse sinonimo di *vindicia iniusta*.

⁹⁴ B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 75, nt. 252, era di diverso avviso, ritenendo possibile che vi fosse un collegamento qui con la *vindicia* «allorché in Cic. Mil. 24.74 si parla di *petere iniustis vindiciis ac sacramentis* non sembra che *vindiciae* debba interpretarsi come sinonimo di *vindicatio* (infatti, alla *vindicatio* si accenna con

Vero è che qui si parla di *vindiciae*, mentre il versetto decemvirale si esprime al singolare, ma è facile notare come tutti i sostantivi nell'inciso ciceroniano siano volti al plurale (mentre il singolare ricorreva anche in Gellio) e, rispetto a ciascun processo reale, una soltanto era la *res* controversa così come soltanto uno era il *sacramentum iniustum*. Il plurale potrebbe essere dunque legato alle esigenze dialettiche dell'Arpinate. In ogni caso, anche ammettendo una qualche rilevanza del plurale⁹⁵, è chiaro come il giudizio di ingiustizia non potesse essere legato al possesso interinale (cui il plurale *vindiciae* può in linea teorica riferirsi) il quale non si basava su una prognosi relativa all'esito della lite, ma sui garanti poziori forniti dalle parti. È opinione comune tra gli studiosi che l'attribuzione del possesso interinale fosse, infatti, estranea al giudizio sul merito⁹⁶. Peraltro, l'espressione *iniustis vindiciis petere* non mi pare abbia senso se non letta come allusiva all'atto di sottoporre alla rivendica una certa *res* mediante la formula prescritta, dal momento che l'assegnazione del possesso interinale all'epoca di Cicerone certamente non era che temporanea (dunque non 'dannosa' ai fini dell'esito della lite); inoltre non avrebbe precipuo significato la giuntura con il verbo *petere*, dal momento che una *res* si richiedeva tramite la formula di rivendica e non con l'attribuzione del possesso. Non va dimenticato, infatti, che, con riferimento all'attribuzione del possesso interinale (rispetto al quale, come noto, si impiega il sostantivo *vindicia* al plurale), la locuzione riferita da Gai 4.16 è *vindicias dicere*, confermata dalla stessa

il *petere*); forse qui vi è un'eco di *falsa vindicia*; si tratta, tuttavia, di un'opinione che non mi sembra di poter seguire, almeno nel senso indicato dall'autorevole maestro, specialmente per il fatto che – per lo stesso (p. 98) – la *vindicia falsa* era da identificarsi nella cosa artatamente introdotta in giudizio in luogo di quella genuina; alla luce di questa considerazione, se è facile intendere l'aggettivo *falsa* ricorrente nel versetto decemvirale, mi sembra assai più difficoltoso intendere il senso della giuntura *iniusta vindicia* in Cicerone, posto che una cosa materiale può essere diversa da una ritenuta 'vera' e quindi *falsa*, ma difficilmente può essere considerata, per questo, contraria al *ius*, cioè ingiusta, se non in relazione a un'attività di tipo giuridico scorrettamente svolta sulla stessa. Onde, la costruzione di Albanese che fa perso sulla materialità della *res* oggetto di controversia, non mi sembra pienamente adeguata all'aggettivo *iniusta* il quale non sembra potersi riferire all'aspetto materiale della *res*.

⁹⁵ Secondo S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277, nt. 94, «la sostanziale identità del concetto espresso con *falsa* per *vindicia* e con *iniustum* per *sacramentum*, negata senza buoni motivi da G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 132 s., appare riconosciuta sia da Gioffredi e Santoro. A quest'ultimi, tuttavia, sembra essere sfuggita la circostanza che la qualificazione della *vindicia* come *iniusta* è frutto d'un'estensione tardiva, in formulazioni astratte (dove l'uso del plurale), caratterizzate dalla concorrente menzione del *sacramentum*».

⁹⁶ Cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 134; M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 26.

voce *festina* da dove siamo partiti. Né può essere passato sotto silenzio che l'atto di assegnare le *vindiciae* era del magistrato e non della parte, mentre il passo ciceroniano allude senza dubbio all'attività di parte. Mi sentirei allora di escludere che il passo ciceroniano possa riferirsi al possesso interinale: non è quindi inverosimile che l'inciso ciceroniano possa essere impiegato pur con cautela ai nostri fini. Quanto alla relazione tra la *vindicia falsa* e quella *iniusta*, sappiamo, anzitutto, quali fossero i *sacramenta iniusta*. Dalle fonti ciceroniane ricaviamo che tali erano i *sacramenta*⁹⁷ delle parti in torto. Se vale il parallelismo tracciato dagli studiosi appena ricordati, allora anche le *vindiciae iniustae* erano quelle della parte in torto. Dal testo, quindi, abbiamo una possibile traccia del senso della qualificazione 'iniusta' attribuibile a *vindicia*, in un'accezione del tutto analoga a quella riferibile a *sacramentum*. Così anche *vindiciae iniustae* sarebbero quelle della parte soccombente.

Se vale per ipotesi il predetto parallelismo tra *vindiciae* e *sacramenta* sotto il profilo dell'*iniustitia* (entrambi legati a un'ingiusta rivendica), allora dovrebbe essere possibile anche parlare di *sacramentum falsum* proprio come è possibile parlare di *vindicia falsa*. Il che, se fosse verificato deporrebbe nel senso di una vicinanza, se non di una sinonimia, tra le due qualificazioni, entrambe predicabili rispetto ai due sostantivi. Una traccia in tale senso mi sembra esistere⁹⁸. Sappiamo che in vari testi il *sacramentum* di colui che fosse in torto era qualificato *iniustum*, sicché per i *sacramenta iniusta* di cui parla l'orazione *Pro Milone* possiamo essere relativamente sicuri della natura tecnica dell'espressione. Sappiamo dalle fonti⁹⁹, benché esse lascino ampi margini di incertezza, come il *sacramentum*, da un lato, fosse un'entità materiale, ancor prima che esso si trasformasse in quello ricordato da Gaio, dall'altro fosse legato a un *iusiurandum*¹⁰⁰, pur non identificandosi in quest'ultimo¹⁰¹. Senza

⁹⁷ Cfr. Cic. *Caec.* 33.97; *dom.* 29.78; *orat.* 1.10.42; *Mil.* 27.74.

⁹⁸ Seguo, sotto questo profilo, la ricostruzione di R. SANTORO, *XII Tab.* 12.3, cit., p. 49.

⁹⁹ Fest. voce *Sacramento* (Lindsay, 466): *Sacramento dicitur quod <iuris iurandi sacratio>ne interposita actum <est. Unde quis sacra>mento dicitur interrogari, quia . . . <Cato> in Q. Thermum de X <hominibus>: . . . erant, ne mala . . . t; scelera nefaria fie- . . . <sacrame>nto traderetur lege est . . .*; Paul.-Fest. voce *Sacramentum* (Lindsay, 467): *Sacramentum dicitur, quod iurisiurandi sacratione interposita geritur.*

¹⁰⁰ Tanto è vero che R. SANTORO, *XII Tab.* 12.3, cit., p. 49, ricordava che «il *sacramentum* implica un giuramento».

¹⁰¹ Cfr. A. CALORE, 'Per Iovem lapidem'. *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, p. 11; B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 187; p. 194 s.

entrare in complesse questioni che meriterebbero ben altro approfondimento, è indubbio tuttavia che il *iusiurandum* nella complessiva economia del *sacramentum* doveva giocare un ruolo rilevante. Possiamo ipotizzare che la *iniustitia* del *sacramentum*, più che alla *res* in quanto tale, potesse essere legata (e anzi condizionata dal) al giuramento-*iusiurandum*: il *sacramentum iniustum* era, per ipotesi, quello legato a un *iusiurandum iniustum*, vale a non conforme al *ius*; se ciò è ammissibile, occorre ricordare anche che il giuramento *iniustum* era pure con ogni probabilità, sotto un profilo generale, *falsum*.

Questa deduzione non mi pare essere una semplice illazione. Disponiamo, infatti, di una conferma relativa all'uso di questo aggettivo in relazione al *iusiurandum*: può rilevare infatti la considerazione per la quale l'aggettivo *falsus* deriva dal verbo *fallo*¹⁰² e che quest'ultimo verbo si ritrova nella formula '*si sciens fallo*' attestata proprio in un giuramento, vale a dire quello antichissimo *per Iovem lapidem*¹⁰³, per identificare il contegno del giurante che veniva meno alla parola data, sicché si potrebbe ritenere che l'aggettivo fosse «usato frequentemente in relazione al *periurium*»¹⁰⁴, cioè nelle ipotesi di spergiuo. Dunque, se lo spergiuo era in generale colui che aveva pronunciato un *iusiurandum falsum*, non mi pare inappropriato ritenere che ricadesse sotto questo ombrello anche colui che, nell'ambito di un *sacramentum*, avesse pronunciato un *iusiurandum iniustum*. Se pensiamo che il *iusiurandum* era *iniustum* quando l'affermazione era non conforme al *ius*, si potrebbe congetturare che *falsum* e *iniustum* concorressero a connotare rispettivamente il *iusiurandum*, e con esso, il *sacramentum* dello spergiuo.

Onde, avendosi una qualifica analoga tra *falsum* e *iniustum* in relazione al *sacramentum*, se pensiamo al parallelismo che Cicerone traccia tra *vindicia falsa* e *iniusta*, possiamo vedere anche la *vindicia iniusta* come *falsa*, e potrebbe ritenersi sussistente un

¹⁰² Cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, secondo il quale l'antico verbo indicherebbe «inganno, manco alla promessa».

¹⁰³ Paul-Fest. voce *Lapidem silicem* (Lindsay, 102): *Lapidem silicem tenebant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: 'si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem'*; sul testo, cfr. F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000, p. 49 s.; sulla rilevanza di questo giuramento in relazione al *sacramentum*, cfr. R. SANTORO, *potere ed azione*, cit., p. 521 ss.

¹⁰⁴ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49.

rapporto tra «*vindicia falsa e falsum sacramentum*»¹⁰⁵ nel senso che la *vindicia falsa* sarebbe strettamente connessa a un falso *sacramentum*. Entrambi i concetti gravitavano nell'orbita di colui che era stato riconosciuto soccombente: così possiamo immaginare che la *vindicia falsa* fosse quella ingiusta¹⁰⁶.

Tale rapporto andrebbe per l'appunto riconosciuto nel fatto che *vindiciam falsam* è quella per ottenere la quale la parte si fosse servita di un *falsum sacramentum* collegato a un falso giuramento e quindi un *sacramentum iniustum*: in particolare, secondo taluno, si riferirebbe all'ipotesi della parte che avesse portato con sé la *vindicia*, ossia la cosa oggetto della controversia, avendone ottenuto il possesso interinale mediante l'impegno a un *sacramentum iniustum*, cioè *falsum*¹⁰⁷, collegato a una rivendica infondata, vale a dire anch'essa contraria al *ius*. Questa qualifica deriverebbe – come da altri è stato notato – sulla base di una sorta di anticipazione logica in virtù della quale l'accento sarebbe posto, anziché sull'agire del giudice, su quello della parte¹⁰⁸.

Onde, sulla base di queste considerazioni, la ricostruzione di Raimondo Santoro porta a ritenere che «l'ipotesi prevista consiste nell'atto di quella parte che, nel procedimento della *legis actio sacramento in rem*», dopo aver accettato la sfida e aver sfidato l'avversario, consapevole della necessità di prestare un giuramento falso, «ottenuta, tuttavia, da parte del magistrato la concessione della *res* in controversia la porta via con sé»;

¹⁰⁵ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49; al riguardo, M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 244, parla di «acercamiento, quizá más aceptable, entre *vindicia falsa* y *falsum sacramentum*».

¹⁰⁶ Cfr. M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 26 s., per il quale *iniusta* indica un disvalore minore, mentre *falsa* un maggior grado di gravità.

¹⁰⁷ Cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., p. 15; U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung*, cit., p. 331 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 138 ss.; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48 ss.; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277; W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex' in der 'legis actio'*, in *Gedächtnisschrift Kunkel*, 1984, p. 391 ss.; p. 431 ss.; J. ZLINSZKY, *Gedanken zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, 106, 1989, p. 106 ss.; p. 123 ss.; K. HACKL, *Der Sakramentsprozess*, cit., p. 152 ss.; ID., *Die Haftung der im dinglichen Sakramentsprozeß unterlegenen Partei*, in '*Vestigia iuris Romani*'. *Festschr. G. Wesener 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, Graz, 1992, p. 147 ss.; A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *RIDA*, 37, 1990, p. 197 ss.; ID., *Aspects arbitraux*, cit., p. 209: «la *vindicia* est *falsa* parce que l'objet a été pris par celui des plaideurs qui devait ensuite perdant»; ID., *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 133-135; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 153.

¹⁰⁸ Cfr. S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 272; *contra*, tuttavia, con un argomento interessante, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, per il quale sarebbe rilevante che, accettando la proposta ricordata nel testo, la parola *vindicia* dovrebbe ricorrere al plurale.

l'accertamento derivante dal «successivo giudizio, nel determinare la spettanza della *res* all'avversario», avrebbe reso, «al tempo stesso possibile la messa in moto del procedimento di determinazione della pena prevista»¹⁰⁹.

Credo che per diversi aspetti queste idee siano quelle che maggiormente si avvicinano alla realtà storica che cerco di ricostruire. Mi chiedo, tuttavia, se sia possibile ipotizzare una precisazione. In particolare, mi domando se sia effettivamente necessario riferire la falsità echeggiante in Tab. 12.3 all'atto dell'ottenimento del 'possesso interinale'. Va ricordato, infatti, come quest'ultimo non avesse a che fare con il merito della lite, ma solo con l'idoneità dei garanti invocati da ciascuna parte, sicché mi sembra difficile poter valutare in termini di falsità l'eventuale attribuzione magistratuale della *res* controversa. A proposito, secondo Bernardo Albanese, il quale formulava questa osservazione nel quadro di una ricostruzione affatto differente, non sarebbe possibile predicare in termini di *vindicia falsa* un delitto il quale consisteva nell'illecito conseguimento del possesso interinale, poiché effettivamente non risulta che, all'atto del *vindicias dicere*, il magistrato si fondasse, alla luce di una sorta di valutazione prognostica dell'esito della lite, «sulle affermazioni dei litiganti»¹¹⁰. Questa semplice osservazione è condotta, vale la pena sottolinearlo, sulla scorta della prosa gaiana, la quale tuttavia si riferiva a un assetto processuale certamente più maturo rispetto a quello duodecimtabulare.

Un altro aspetto va sottolineato, a sostegno di quanto appena congetturato: nel testo decemvirale, una volta letto il sostantivo *vindicia* nel senso anzidetto, occorre rilevare come

¹⁰⁹ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 51; in un senso analogo mi sembra si fosse già mosso Kaser, il quale ritenne che l'illecito fosse rappresentato dall'atto di conseguire ingiustamente il possesso interinale; come nota criticamente Santoro, l'atto di appropriazione rileverebbe ai fini della disposizione normativa solo per la durata del processo e non investirebbe come tale la *res* controversa, ma, come avveniva per il *furtum usus*, riguarderebbe il solo godimento della cosa; in critica al Kaser, tuttavia occorre opporre, con R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35 ss., che siffatta spiegazione si potrebbe reggere solo laddove la parola *vindicia* significasse 'possesso interinale', mentre questo significato è tipico del plurale, come si ricava dalla stessa voce di Festo, e non della disposizione decemvirale, dove ricorre il singolare; peraltro occorre anche sottolineare che la locuzione *vindiciam falsam ferre* non si limita a sanzionare l'ingiusto conseguimento temporaneo della cosa, ma anche l'atto di «sottrazione dal tribunale della cosa stessa»; cfr. anche sopra, nt. 80. Si potrebbe anche sottolineare, accettando la proposta qui avanzata, che il sostantivo ricorre al singolare in quanto il possesso interinale non è in effetti menzionato espressamente nel versetto decemvirale.

¹¹⁰ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

non vi siano tracce esplicitedell'assegnazione delle *vindiciae*, cioè del *vindicias dicere*, così come esso risulta nella trattazione del Palinsesto Veronese. È vero che il *vindicias dicere* ricorre in Festo ove il nostro epitomatore richiamava Catone, ma, come abbiamo visto, l'intera voce spinge a credere che lo stesso Festo non leggesse nella citazione del carne decemvirale l'accezione di *vindicia* legata al possesso interinale, peraltro reclamante il plurale: *vindicia* era la cosa oggetto della rivendica, non la cosa assegnata interinalmente benché naturalmente ci si riferisse alla medesima cosa.

Con ciò non voglio negare che la disposizione si legasse strettamente alla disponibilità provvisoria della cosa controversa nelle more della lite. Ritengo solo che la qualificazione di *falsa* non si riferisse all'assegnazione del possesso. Che Tab. 12.3 trattasse di una situazione analoga al possesso interinale gaiano è arguibile dal fatto che la norma non pare riferirsi al contegno di colui che portasse via la cosa rivendicata essendosi accertato che non ne era il proprietario per il tramite dei *sacramenta*. Un'eventualità del genere difficilmente potrebbe essere trattata al modo del versetto in esame, tanto in relazione alla descrizione della condotta, quanto in relazione alle conseguenze sanzionatorie. Qualsiasi sia il parametro della moltiplicazione¹¹¹, è certo che in Tab. 12.3 si parlava di *duplio*, mentre il contegno di colui che manifestamente avesse sottratto una cosa altrui sarebbe ricaduto con ogni probabilità sotto la fattispecie del furto manifesto che era connotato da un ben diverso trattamento punitivo. È dunque ragionevole ritenere che il carne riguardasse colui che solo 'temporaneamente' portava con sé la cosa, avendola ottenuta falsamente. Se tutto ciò è vero, allora, è possibile anche ammettere che la falsità non riguardasse direttamente l'atto dell'assegnazione del possesso interinale, ma l'atto stesso del rivendicare e inerisse

¹¹¹ Si tratta evidentemente del problema relativo all'integrazione dell'incompleto dettato decemvirale antecedente alla menzione del *fructus*. La maggior parte degli autori ricostruisce il testo integrandolo con *rei* (cfr. sopra, nt. 12); sul significato dell'espressione, cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 46, il quale osserva come il significato da assegnare al genitivo *rei* sia quello di specificazione della parola *fructus*, vale a dire quale 'frutto della cosa'. Se la norma decemvirale avesse voluto indicare la diversa lettura 'della cosa e dei frutti', in luogo dell'*asindeto*, la frase sarebbe stata così congegnata: *rei fructusque duplione damnum decideto*, «cosa però non avallata dal testo di Festo».

strettamente la *vindicia*: la *res* dedotta innanzi al magistrato diventava una *vindicia falsa* quando fosse stata rivendicata a torto.

In altri termini, proporrei seppure dubitativamente che la *vindicia* fosse stata falsamente realizzata in quanto la rivendica era sostenuta dalla consapevolezza dell'esiguità delle proprie ragioni e dalla necessità di dover prestare, nel corso della procedura, un falso giuramento a sostegno delle stesse.

Certo, si potrebbe obiettare che ogni procedura sacramentale reale, laddove non interrotta dall'inattività di una delle parti, comportasse per propria definizione una *vindicia falsa*. Così, ogni rivendica effettuata ingiustamente potrebbe per ipotesi rientrare nell'alveo della disposizione decemvirale. Ugualmente ogni rivendica eseguita falsamente doveva essere accompagnata da un giuramento parimenti falso. Ciò tuttavia non traspare dal versetto delle XII Tavole in esame, nel quale l'aver rivendicato ingiustamente facendo sorreggere la propria pretesa da un ingiusto *sacramentum* rappresenta bensì il presupposto perché venisse a prodursi la fattispecie punita: rilevava sotto il profilo 'penale', infatti, non l'aver rivendicato *iniuria*, bensì lo stesso agire infondato della parte quando esso si fosse accompagnato all'attribuzione del possesso interinale (il quale si giustificava – e trovava il suo antecedente causale – proprio in virtù della rivendica falsa e del *sacramentum* ingiusto con la quale il contendente sosteneva le proprie pretese) e alla sottrazione della *res* dal tribunale¹¹².

Alla luce di ciò, dunque, credo di dovermi collocare fra coloro che ritengono che la previsione duodecimtabulare riguardasse seppure con le precisazioni dette, una situazione definibile in termini di 'possesso interinale', in quanto era incentrata sul contegno di colui che portava seco la cosa rivendicata a torto nelle more del processo.

Quanto alle ragioni della falsità, è evidente che al momento della *provocatio sacramento* ciascuna delle parti molte volte potesse essere in cuor suo ragionevolmente consapevole dell'altruità o meno della *res* dedotta in giudizio, sicché quando accettava la sfida stessa e

¹¹² R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 84: «Tab. 12.3 rispecchia, nella formulazione della fattispecie del *vindiciam falsam tollere*, il comportamento normale nella lite della parte non legittimata, che voglia portare innanzi il procedimento, nonostante i rischi che esso comporta».

ancora prima quando rivendicava *iniuria*, la parte la cui affermazione fosse stata infondata era ben consapevole della mendacità, in quanto non conforme al *ius*, del *iusiurandum* che si apprestava a pronunciare per asseverare le proprie pretese nell'ambito del *sacramentum* stesso¹¹³. È pure evidente, del resto, che, a leggere Gaio, l'antecedente cronologico e il presupposto stesso per cui si potesse giungere all'assegnazione del possesso interinale fosse precisamente la sfida accettata al *sacramentum* a seguito di una duplice e contrapposta rivendica.

Sicché mi pare si possa concludere, pur allontanandomi da Santoro, che l'illecito fosse tenuto da quella parte che, avendo accettato la disfida al *sacramentum*, e avendo conseguito il possesso interinale, si fosse portata via la *res* controversa e si fosse poi vista soccombente in quanto il suo *sacramentum* fosse risultato *iniustum*¹¹⁴ e dunque comportante un *iusiurandum* falso¹¹⁵. Tuttavia, a mio giudizio, credo si possa ipotizzare che la *vindicia*

¹¹³ Cfr., a tal riguardo, M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 27: «Die Sache steht nicht nur dieser Partei nicht zu, sondern sie hat das auch gewusst und darum mit ihrem Wegtragen einen Betrug begangen, der ja bereits in der älteren Rechtssprache mit *falsum* bezeichnet wird. Dieses Wissen von der eigenen Nichtberechtigung hat man hier wie auch sonst im alten Recht ohne weiteres unterstellt; ich erinnere nur an das *furtum conceptum* und an den deliktischen Tatbestand, der vermutlich der *auctoritas*-Haftung zugrunde liegt»; cfr. anche U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, cit., p. 331: «Den Vorstellungen der älteren Zeit entsprechend, die an dem typischen äußeren Verhalten des Täters haften – eine individuelle Untersuchung der inneren Seite des Tatbestandes unterbleibt noch – wurde der Vorsatz als erwiesen angesehen, wenn das Sakrament der betreffenden Partei für *iniustum* erklärt worden war». V. anche «M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 248: «se trata ... de un delito que se puede denominar de dolo procesal porque existe *dolus (fraus)* en la obtención engañosa de la posesión interina. Por tanto se puede deducir que la actividad de *vindiciam falsam tollere* (en virtud de un *falsum sacramentum*) unida a la expresión *si velit* referida a su autor, demuestra que la norma decenviral ... penaliza una conducta procesalmente dolosa del demandado, que, por eso, aparece configurada como delictiva. Es necesario que se trate de un comportamiento voluntario y, por tanto, doloso, por parte del demandado vencido, y que éste sea constatado (*is quaesitor*) porque la simple pérdida del litigio non implica necesariamente que el poseedor interino actuó dolosamente, es decir, por sí sólo no podría desencadenar la responsabilidad *in duplum*».

¹¹⁴ Parzialmente in questo senso, cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 65, per il quale il *vindiciam falsam tollere* significherebbe «ottenere il possesso sulla cosa contesa in modo erroneo perché basato sulla prestazione di un *falsum sacramentum*».

¹¹⁵ Si tratta di quella che R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 45, nt. 38, ha definito «interpretazione dominante». Dell'avviso di Santoro è anche, suggestivamente G. GULINA, *Contributo*, cit., p. 90, nt. 49: «la *vindicia*, consistente nella cosa controversa e nei frutti accessori che questa ha nelle more prodotto, ritrae, a mio avviso pertinentemente, la qualificazione di *falsa* dal falso giuramento reso da chi ne era stato costituito *in iure* possessore interinale. L'accertamento della falsità del giuramento di costui – *falsi convictus*, per Gai 4.13, dove però *convictus* è frutto di un'integrazione mommseniana, ... – interviene successivamente al momento in cui il magistrato aveva disposto in suo favore l'attribuzione del possesso interinale, di talché la sentenza definitiva della lite investe a ritroso, con il proprio effetto, il giuramento

diventasse *falsa* in quanto la parte l'aveva rivendicata a torto anche se è vero che essa poi l'aveva ottenuta temporaneamente in virtù della dazione dei garanti: il comportamento del rivendicare infondatamente diventava illecito, non in quanto tale, ma quando la parte fosse giunta alla sfida al *sacramentum* consapevole della necessità di dover giurare il falso in quanto la propria *rei vindicatio* era ingiusta (cioè fatta *contra ius*) e dunque *falsa* (e qui riecheggia ancora il *si sciens fallo* tipico dei giuramenti) e soprattutto sulla base di questo presupposto di fatto e di diritto avesse ottenuto la cosa.

Queste considerazioni mi sembra siano rilevanti in ordine alle ragioni che giustificano l'attribuzione di una qualifica, quella appunto di 'falsa', che – così letto il sostantivo *vindicia* – potrebbe apparire stridente data la sicura 'materialità' della *vindicia* stessa. Si tratta di un dubbio che accomuna *vindicia* a *sacramentum* quale 'bene materiale' e alle sue qualificazioni di *iustum* e *iniustum* derivanti dal complesso rituale. Una possibile chiave di lettura, che non è dato sondare qui a fondo, è stata tentata dalla dottrina. Ha giustamente notato Tondo: «*falsa* riferito a *vindicia* non altro esprime che l'esito d'una valutazione retrospettiva,¹¹⁶ come riflesso dell'infondatezza della pretesa, che in ordine ad essa s'è fatta valere, accertata dal giudice»¹¹⁷. Onde, nel confronto con l'orazione *Pro Milone*, «se nel successivo evolversi dell'uso linguistico *vindicia* è stata accomunata a *sacramentum*, in vista d'una fondamentale identità di qualificazione, ciò vuol dire che pure la qualificazione mediante l'aggettivo *iniustus*, inizialmente riferito al *sacramentum* e poi esteso alla *vindicia*,

medesimo, il quale, solo in fine di processo, si mostra, quale però era da sempre, *iniustum* e, dunque, falso: falso il giuramento (*falsi convictus* il soccombente), *falsa* la *vindicia* per esso attribuita. Leggere senza questo traslato la qualificazione di falsità apposta a *vindicia* espone alla critica di R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 26 ss., il quale giustamente evidenzia la non riconducibilità all'aggettivo in questione dei significati di diminuita, rovinata, peggiorata, ovvero (e soprattutto – p. 33), assolutamente rifiutata di restituzione. La *vindicia* è *falsa* perché costituita in favore di colui che ha prestato un giuramento dimostratosi parimenti falso. Un giuramento (falso) che gli è valso una *vindicia* (*falsa*); il che, a ben vedere, calza benissimo con la lettura sostanziale, e di anticipazione dell'esito della *legis actio*, che il medesimo R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 593, propone di quel possesso che, comunemente e per eccesso forse di dogmatismo, si è soliti chiamare (detenzione) interinale, anche con riferimento al tempo più antico, nel quale difficilmente poteva allettarsi una tanto sottile intuizione differenziale».

¹¹⁶ Cfr. anche V. GIUFFRÈ, 'Fuori dal novero dei vivi, esiliato anche fra i morti', in ID., *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, 1999, p. 40, per il quale la statuizione in merito al *sacramentum falsum* «rendeva manifesto che la parte aveva compiuto la *vindicatio* a torto».

¹¹⁷ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277.

doveva rispondere al medesimo concetto». Peraltro, «tanto più ciò è da ammettere, se si tiene conto che in vari testi la nozione di *sacramentum iniustum* è profilata in connessione con l'idea d'un *falsum* retrospettivamente accertato¹¹⁸: così non soltanto nella citata precisazione di Gai 4.13, ma pure ... in Cic. Mil. 27.74, ove è stabilita una chiara equivalenza fra l'agire *calumnia litium* e il fatto di *iniustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos petere*. Ora, per tornare finalmente al punto iniziale, non si vede ragione perché nell'ambito di codeste applicazioni dovrebbe presupporci per *sacramentum* il significato di atto anziché di cosa: il fatto che le stesse qualifiche siano state riferite a *vindicia*, che pure indica la *res* materiale in quanto fatta oggetto della *vindicatio*, non costituisce la migliore e decisiva prova del contrario?»¹¹⁹.

Senza poter qui entrare in merito ai molti e complessi rapporti tra i due, se pensiamo che, come la *vindicia*, anche il *sacramentum*, pur avendo a che fare con un *iusiurandum*, era di per sé un'entità materiale, le idee relative alla valutazione retrospettiva della 'falsità' legata alla soccombenza della lite mi sembrano meritevoli di attenzione, in quanto si illuminano di una luce per la quale era possibile che una certa 'cosa' ricevesse una qualificazione derivante non tanto da un aspetto della propria 'materialità' (per ipotesi il non corrispondere alla 'vera' cosa oggetto della controversia), ma da un elemento procedurale ad essa connesso al quale originariamente la qualificazione stessa si riferiva. La *vindicia* in quanto *res* sulla quale si era svolta la rivendica non poteva essere ritenuta di per sé *falsa*, perlomeno nell'ottica imposta dall'adozione del *tulit* come perfetto del verbo *tollo*, e dunque come 'portar via'. Lo diventava, nell'ottica della norma decemvirale, in quanto legata a un agire rituale, vale a dire a una rivendica infondata e alla prestazione di un *sacramentum iniustum/falsum*. Erano questi elementi a far discendere su una *res* la qualifica di *falsa* associata, nella norma in esame, all'idea di 'portar via', ed erano questi elementi che si

¹¹⁸ Sotto questo peculiare profilo, seppure con una lettura globale differente, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440, il quale riteneva che l'atto illecito rilevasse «dopo la sentenza sulla proprietà della cosa»; cfr. pure A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux*, cit., p. 208, nt. 8: «dans la *vindicia falsa* il n'y a pas de jugement antérieur sur la culpabilité, qui résulte du jugement du *sacramentum in rem*: celui-ci fait apparaître le caractère délictueux de la possession intérimaire du perdant».

¹¹⁹ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277.

scorgono, appunto retrospettivamente, nella locuzione *vindicia falsa*. Alla luce di questa lettura, in definitiva, si ravvisa nella disfida al *sacramentum* accettata da entrambi i litiganti l'antecedente logico che aveva determinato l'attribuzione del possesso interinale, unitamente alla dazione dei garanti che influiva sulla scelta del litigante assegnatario.

In questa interpretazione, né la cosa oggetto di controversia, né i beni che possiamo indicare come *sacramentum* erano di per sé connotati dagli aggettivi che li corredevano: una cosa oggetto di rivendica non poteva essere *falsa*, con le precisazioni prima offerte, una quantità di denaro depositata quale *sacramentum* non poteva essere ritenuta non conforme al *ius*, ma tali diventavano in relazione a un 'procedimento' (la rivendica, la delibazione in merito alla *iustitia* dei giuramenti) il cui risultato veniva espresso in riferimento al più vicino referente materiale. Come la *vindicia/cosa* diventava *falsa* in relazione all'intero meccanismo della rivendica ingiustamente formulata, legata all'assegnazione temporanea, così il *sacramentum/cosa* risultava *iniustum* quando il *iusiurandum* cui era collegato non fosse conforme al *ius*, e dunque quando l'affermazione di dominio si fosse rivelata falsa.

5. L'accoglimento delle idee appena proposte impone, a ben vedere, una precisazione in merito a una loro plausibilità in seno al codice decemvirale. Infatti, l'aver chiamato in causa, nell'interpretazione di Tab. 12.3, l'assegnazione temporanea della cosa implicherebbe una ponderata presa di posizione in merito alla struttura del processo all'epoca del decemvirato legislativo. La questione, com'è noto, è annosa e non è possibile in questa sede procedere non solo a un suo esame approfondito, ma nemmeno a tracciarne per cenni i confini. Basti, tuttavia, ricordare come l'assegnazione provvisoria della *res* a uno dei contendenti dovesse trovare una ragione ben specifica nell'articolarsi del rito processuale e rispondesse all'esigenza di ammantare di garanzia l'attribuzione temporanea della cosa litigiosa, senza che sulla stessa potesse esservi alcuna signoria da parte di uno dei contendenti. L'attribuzione del possesso interinale pare essere collegata alla durata nel tempo del processo: infatti, laddove il procedimento fosse risultato iniziato e concluso in un breve lasso di tempo e soprattutto senza cesure, è piuttosto ragionevole congetturare che

l'oggetto della lite non lasciasse mai il luogo di celebrazione del processo stesso. Ciò si può ammettere¹²⁰, benché forse senza l'assiomaticità quasi geometrica con la quale questa idea è spesso affermata: è necessario, infatti, tenere conto delle peculiarità del *sacramentum* e della procedura di interrogazione della mente divina a conclusione del processo, necessaria, secondo un'opinione da molti condivisa, per accedere in epoca risalente alla decisione sui *sacramenta*¹²¹.

Quello che mi sembra si possa ammettere è che già in epoca monarchica matura si fosse delineata una distinzione sufficientemente chiara tra due funzioni processuali legate a due diversi momenti¹²². Da una parte, le fonti, seppur di epoca notevolmente successiva

¹²⁰ Cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 133, nt. 461, che osservava come l'attività di *causae coniectio* avvenisse «probabilmente subito dopo i sacramenta».

¹²¹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini*, Torino, 1986, p. 128; G. BROGGINI, *Sulle origini del 'usiurandum in litem'*, in *Jus*, 12, 1961, p. 334.

¹²² Credo avesse ragione R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 556, nell'affermare: «se la divisione del procedimento nelle fasi *in iure* ed *apud iudicem* è frutto di uno svolgimento storico, sarebbe, tuttavia, grave errore il sostenere che solo in progresso di tempo si siano venute corrispondentemente individuando le funzioni (la *iurisdictio* e la *iudicatio*), che in età più recente caratterizzano rispettivamente i due momenti del processo. Il vero è che, fin dalle origini, *iurisdictio* e *iudicatio* costituiscono funzioni distinte ed eventualmente compresenti nel processo, per quanto sia uno stesso organo ad esercitarle. Perciò noi abbiamo parlato finora dell'inesistenza originaria di una bipartizione strutturale (meglio sarebbe dire formale) del processo, lasciando impregiudicata la questione, che ora dovremo risolvere in senso positivo, dell'esistenza originaria di una bipartizione funzionale»; lo stesso Santoro riconosceva il merito di B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 203, di essersi accorto che, «piuttosto, dovrà pensarsi ad una unità strutturale del processo (tutto davanti al *rex*) e ad una bipartizione funzionale di esso. Altra è, infatti, la funzione del *rex* allorché presiede al dialogo rituale che culmina nella *provocatio sacramento*; altra la funzione dello stesso *rex* allorquando presiede alla realizzazione dell'esperimento sacrale, in esecuzione della reciproca *provocatio*, ed alla concreta decisione. Per tal modo, in un processo unitario ..., si deve pur sempre supporre una dualità di momenti logici: un momento ordinatorio del rito, che precede il momento decisorio del rito medesimo»; v. inoltre ID., *Il processo*, cit., 120. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 21 ss., parlava di «una bipartizione funzionale, nel senso cioè che, pur svolgendosi dinanzi allo stesso organo (e, cioè, praticamente al *rex*), il processo conoscesse – valenza coincidente a quella che si sarebbe instaurata con la differenziazione nelle strutture – una distinzione tra la fase *in iure*, in cui si imposta, e la fase *in iudicio* in cui si risolve la controversia ... Non sussistono, dunque, degli argomenti di qualche peso che, nel momento in cui si instaurava la bipartizione strutturale del processo, la bipartizione funzionale si atteggiasse già in modo analogo a quello che comunemente si ricostruisce per il periodo posteriore in relazione alla differenziazione, per l'appunto strutturale, tra la fase *in iure* e quella *in iudicio*»; v. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 61; p. 130, nt. 3. Più recentemente, cfr. C. PELLOSO, *'Giudicare'*, cit., p. 98 ss., in parte già richiamato: «a prestare fede alla sinottica lettura di due passi, l'uno di Cicerone (*rep.* 2.21.38), l'altro di Livio (1.41.4-5), entrambi concernenti il delicato, nonché inconsueto, passaggio dal *regnum* di Tarquinio Prisco a quello di Servio Tullio, pare emergere l'esistenza di una prassi (già riconducibile all'epoca del *regnum* latino-sabino) consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi funzionari non tanto della presidenza della fase istruttoria e decisionale ..., quanto del controllo di quella introduttiva e di impostazione della lite attraverso l'espletamento dell'attività già puntualmente indicata con il *terminus*

rispetto a quella regia, appaiono sostanzialmente concordi nell'assegnare al re la funzione di dirimere le controversie tra i privati¹²³; dall'altra, si è detto pure che, ancora in epoca regia, si fosse avvertita una partizione tra quel segmento volto all'impostazione della controversia per il tramite dei *certa verba*, e quello indirizzato alla decisione della causa. È quella che viene definita 'bipartizione funzionale'. Si è pure supposto che il *rex* potesse delegare a propri ausiliari la gestione di uno di questi segmenti¹²⁴, pure immaginando che a essere chiamati a questo compito fossero i pontefici o organi collegiali¹²⁵, e non un semplice privato cittadino¹²⁶. Essi sarebbero stati formalmente attori nell'ambito di un unico meccanismo processuale, svolto pur sempre innanzi al tribunale regio, pur articolato in due fasi precisamente connotate una in modo differente dell'altra.

Tutto ciò senza dimenticare come si ritrovino tracce nelle XII Tavole della presenza di un processo bipartito, ormai anche strutturalmente: basti pensare, in riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, al carne inerente al *morbis soticus*, il quale, nel riferirsi a un *iudex arbiterve*, pare presupporre la suddivisione del processo in due fasi distinte (alludo precisamente a Tab. 2.2). Per la sua formulazione, può sorgere, tuttavia, il dubbio che questa norma si riferisse alla globalità dei giudizi intentabili all'epoca delle XII Tavole,

technicus di '*ius dicere*' o, sinonimicamente, con quello, meno frequente e più sfumato, di '*iura reddere*' (sicché - a mio credere - sarebbero addirittura da capovolgere i termini con cui solitamente si intende la cd. 'bipartizione facoltativa' durante l'età regia, ossia come delega facoltativa da parte del re a un giudice o a un arbitro della sola 'seconda fase' del processo). Per l'epoca precedente, cfr. C. PELLOSO, '*Giudicare*', cit., p. 99, nt. 65. Appaiono propensi a guardare con fiducia alle notizie relative alla *iudicatio* regia, M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 35 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 72 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 160; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 87 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., p. 55; G. NOCERA, '*Reddere ius*', Roma, 1976, p. 111 ss., p. 173 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 19 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., p. 22 ss.; in senso contrario, cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., p. 44 s.

¹²³ Rimando alla disamina di C. PELLOSO, '*Giudicare*', cit., p. 94 ss.

¹²⁴ Secondo I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 57 s., «può darsi che investito del compito fosse, in origine, lo stesso *rex*, anche in quanto capo religioso, e che presto (in relazione, forse, alla molteplicità di impegni del re) quella funzione venisse delegata».

¹²⁵ Cfr., sul punto, I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 58; R. ORTU, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova, 2012, p. 152 ss.

¹²⁶ Cfr. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., p. 73 s., pensava invece a una possibile delega ad ausiliari laici, dal momento che i pontefici avrebbero invece svolto la funzione di «tecnici privati».

compreso l'*agere* sacramentale; ritengo tuttavia più probabile, pur nel silenzio della legge, che essa potesse avere a oggetto la sola *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹²⁷.

È possibile congetturare un'articolazione più complessa anche per il processo non strutturalmente bipartito? Per sviluppare e verificare una risposta congetturalmente positiva, occorre rifarsi ai carmi decemvirali. Il complesso di Tabb. 1.6-9¹²⁸, relativo alla seconda fase del processo, mi sembra riferirsi a un procedimento nel quale il solo organo terzo rispetto alle parti fosse il magistrato¹²⁹, come pare testimoniare il verbo *addicere* ricorrente in Tab. 1.8¹³⁰: esso, infatti, per il suo evidente appartenere a uno dei tre *verba praetoris*¹³¹, ha con ragionevolezza fatto ritenere a molti che a intervenire nella fase processuale normata dal complesso di versetti appena indicato fosse proprio il magistrato. Come ricordato, la necessità di *vindicias dicere* è stata messa in relazione, tradizionalmente, con la bipartizione del processo e, dal momento che Tabb. 1.6-9 paiono riferirsi alla *legis actio sacramenti*, proprio come la pratica di *vindicias dicere*, otterremmo una contraddizione derivante dal fatto che mentre Tab. 12.3 sembrerebbe postulare una bipartizione processuale (e dunque la presenza di un giudice nella seconda fase), Tabb. 1.6-9 sembrano invece riferirsi a un processo ancora tutto celebrato innanzi al magistrato, ovvero, come si suole abitualmente dire, 'monofasico'.

¹²⁷ Secondo C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 72 s., Tab. 2.2, sarebbe «ben lungi dall'attestare una menzione generale nel *corpus* decemvirale al ricorso al giudice privato in ogni tipo di procedimento».

¹²⁸ Richiamo i carmi, nella versione che mi pare più convincente. Tab. 6: *Rem ubi pacunt, orato*. Tab. 7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem caussam conicito/cuicito. Com perorant ambo praesentes*. Tab. 8: *Post meridiem praesenti litem addicito*. Tab. 9: *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*. Rimando, anche per quel che concerne la struttura dei versetti, per tutti, all'attentissima analisi svolta da FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a cura di), 'XII Tabulae'. Testo e commento, II, Napoli, 2018, p. 61 ss. (con ampia letteratura); cfr. anche G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 70 ss.; p. 87 ss.; C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 113 s.

¹²⁹ C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunto orato': XII Tab. 1.6-9 (Per la critica del testo decemvirale), in *BIDR*, 76, 1973, p. 271, sottolineava che l'ordine nel quale sono rammentate le norme deve ritenersi pressoché certo, a mente della loro tradizione testuale: *Rhet. Her.* 2.13.20 riporta le parole da *rem ubi pacunt* a *coiciunto*, mentre *Gell.* 17.2.10, da *ante meridiem* a *tempestas esto*.

¹³⁰ V. ancora Tab. 8: *Post meridiem praesenti litem addicito*.

¹³¹ Cfr. Varro *lat.* 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*. In argomento, cfr. R. DÜLL, *Eröffnungsakt 'in iure' und die 'tria verba praetoris'*, in *ZSS*, 57, 1937, p. 76 ss.; ultimamente, cfr. P. PASQUINO, 'Sed voluntariam'. Ricerche in tema di 'iurisdictio', Napoli, 2020, p. 45 ss.; p. 56 ss.

La contraddizione, credo di poter affermare, è solo apparente, in quanto non solo è possibile richiamare l'idea di bipartizione 'funzionale' già precedentemente indicata, ma nella procedura è pure dato rintracciare momenti in cui paiono profilarsi 'interstizi' per un'eventuale interruzione e per il presentarsi dei problemi a questa eventualmente connessi.

Occorre ricordare, sulla scorta di un importante testo varroniano, come il *sacramentum* - vale a dire una certa quantità di denaro - dovesse essere depositato presso i pontefici prima della conclusione della lite. In un rilevante passo del *De lingua latina*¹³², nel quale si affrontava l'etimologia di *sacramentum*, il Reatino rammentava, infatti, che entrambe le parti in lite erano tenute a depositare *ad pontem* le somme di denaro (in un momento verosimilmente antecedente rispetto all'introduzione della moneta coniatata le quantità di metallo pesato¹³³) che secondo l'erudito rappresentavano il *sacramentum* stesso; la parte 'vincitrice' poteva ritirare la somma depositata (*suum sacramentum*), mentre quella 'perdente' non poteva procedere a simile prelievo¹³⁴, essendo il denaro versato all'erario e impiegato con una destinazione sacra¹³⁵.

Si tratta di un regime differente, e forse più antico¹³⁶, rispetto a quello descritto da Gaio, e potrebbe essere completato con le informazioni ricavabili in tema di *lex Aternia Tarpeia*¹³⁷, immaginando un originario *sacramentum* in animali. Se è vero che l'*agere sacramento* era strutturato al fine di consentire a ciascuna parte di retrocedere dalle proprie pretese facendo di conseguenza arrestare il rituale¹³⁸, mi sembra poco probabile che al momento dell'inizio della pronuncia dei *certa verba* le parti fossero sempre convinte di

¹³² Varro *lat.* 5.180.

¹³³ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 59.

¹³⁴ Cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 83: «Bei Varro werden dagegen die *sacramenta* von beiden Parteien bereits bei der Streiteinsetzung eingezahlt, und zwar zum Tempelschatz; der siegreiche Teil erhält nach dem Urteil das seine zurück; das des Besiegten fällt an das Ärar. Diese Regelung wird die ältere sein».

¹³⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 53.

¹³⁶ Contro un'ampia fascia della dottrina che ritiene che la 'modalità reale' descritta da Varrone fosse più risalente rispetto all'assetto gaiano, dubbi sono stati mossi da R. FIORI, *Il processo privato*, cit., p. 96.

¹³⁷ Cic. *rep.* 2.35.60; Fest. voce *Peculatus* (Lindsay, 268-270); Gell. 11.1.2.

¹³⁸ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 38.

giungere alla conclusione dell'*actio* tramite la sfida al *sacramentum*. Se ciò è plausibile, allora, è parimenti ammissibile che, al momento dell'inizio della recitazione dei *certa verba*, non si fosse ancora dato corso al deposito del denaro presso i pontefici nel quale si sostanzava il *sacramentum*.

Ebbene, se quanto riporta Varrone è credibile¹³⁹, ritengo necessario immaginare un momento in cui tale deposito doveva aver luogo. Non credo sia logico congetturare che il deposito fosse effettuato prima dell'incardinamento della lite e della realizzazione delle formalità verbali e gestuali che la caratterizzavano: considerate le variabili legate al comportamento delle parti e, in modo particolare, la possibilità che il procedimento si arrestasse in virtù della mancata pronuncia da parte dell'avversario della *contravindicatio*, un deposito effettuato immediatamente avrebbe comportato una farraginosità inutile ed evitabile¹⁴⁰: ciò soprattutto pensando all'incomodo notevole legato al deposito di una notevole quantità di bronzo. Se ciò è vero, si può pensare che il deposito avvenisse dopo la sfida '*in iure*', il che avrebbe implicato una cesura nella sequela procedimentale dopo la sfida stessa.

In secondo luogo, si consideri il fatto che ormai con Tab. 1.6-9, nella loro visione usuale, sembra di essere innanzi a un nuovo giorno¹⁴¹, dal momento che il complesso normativo sembra fare riferimento ad attività rispetto alle quali assume una certa rilevanza, quale sorta di spartiacque cronologico, benché – come noto – controverso, il *meridies*¹⁴².

¹³⁹ Qualche perplessità è avanzata da B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 187, il quale, tuttavia, si serve del passo nell'erigere le proprie teorie sul *sacramentum*.

¹⁴⁰ In tal senso, G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., p. 126, osserva che «il deposito della *summa sacramenti* doveva necessariamente precedere la prestazione del giuramento ed era quindi condizione preliminare indispensabile per poter portare avanti la controversia»; inoltre, «nell'assetto finale descritto da Gaio il versamento da parte del perdente avveniva non solo dopo che si era passati alla fase del *iudicium*», come per implicito sembrerebbe doversi ritenere secondo l'autore per l'assetto più antico, «ma addirittura dopo che questo si era concluso»: difatti, «in origine il deposito doveva essere fatto da entrambi i contendenti e si inseriva con ben diverso valore nello svolgimento del rituale».

¹⁴¹ In questo senso mi sembra si possa leggere U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, cit., p. 325: «Beim Ausbleiben einer Partei in einem vertagten Termin wurde die Sache der anwesenden vom *Praetor* zugesprochen».

¹⁴² È problematico il riferimento di Plin. *nat.* 7.60.212: *XII tabulis ortus tantum et occasus nominantur: post aliquot annos adiectus est et meridies, accenso consulum di pronuntiante, cum a Curia inter Rostra et Graecostasim prospexisset solem. A columna Maenia ad Carcerem, inclinato sidere supremam pronuntiabat: sed hoc serenis tantum*

Se prescindiamo dalle discussioni attorno a Tab. 1.6, il cui contenuto molti dubbi ha suscitato, è possibile ricordare come il successivo Tab. 1.7¹⁴³, nella lettura congetturata da Nicosia, faccia riferimento, da un lato, a una condotta di *causam coicere* da svolgersi *ante meridiem* e, dall'altro, a un'attività di *perorare* alla quale dovevano essere presenti entrambi i litiganti.

Prima del mezzogiorno, la parte presente avrebbe dovuto spiegare al magistrato le ragioni a sostegno delle proprie pretese; siffatta attività sarebbe stata ritualmente valida anche in presenza di un solo litigante¹⁴⁴.

Entrambi i litiganti avrebbero dovuto essere presenti, invece, al momento del *perorare*¹⁴⁵: qui il carne decemvirale, oltre a impiegare il plurale, utilizza anche la precisazione *ambo*, a indicare che in questa articolazione del procedimento dovevano figurare entrambi i contendenti. Senza la loro presenza non si dava luogo al *perorare* e si addiveniva all'*addictio* della lite a favore del solo presente prima del mezzogiorno, di cui al già ricordato Tab. 1.8. Non sembra dunque che, nel testo decemvirale, si facesse riferimento all'*oratio* conclusiva delle parti¹⁴⁶, ma all'attività di difesa che doveva svolgersi

diebus usque ad primum Punicum bellum. Cfr. B. ALBANESE, *La menzione del 'meridies' in XII Tab. 1.6-9*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 42, 1992, *passim*.; R. FIORI, *Il processo*, cit., 61 ss.

¹⁴³ Lo riporto nuovamente. Tab. 7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem causam conicito/cuicito. Com perorant ambo praesentes*.

¹⁴⁴ La questione relativa alla natura e alle caratteristiche dell'attività rientrante nella *causae coniectio* è complessa: mi limito a ricordare come essa sia connessa a Gai 4.15 (v. C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 20 ss.; 30 ss.; 57 ss.); cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 87; secondo R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73, nonostante Gaio la descriva come un'attività di entrambi i litiganti, se si considera l'inciso *cum perorant*, si comprende come la *causae coniectio* potesse essere compiuta anche da una sola parte.

¹⁴⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 404, ricordava che la *peroratio* «era necessariamente bilaterale».

¹⁴⁶ In questo senso, cfr. invece B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 133, nt. 463: «da Gai 4.15 emerge che il *perorare* (*causam*) era cosa diversa dalla *causae coniectio*. Il *perorare*, fin da età risalente, poteva esser svolto da terzi, ai quali potrebbe essersi applicata la qualifica di *oratores* (arg. voce *Oratores*, i.f.); ad essi si applicò la norma della *lex Cincia* (204 a.C.): *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat* (Tac. Ann. 11.5); circa la possibilità che il *perorare* potesse essere svolto anche da terzi, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405, il quale la riferisce, almeno dalla fine del III secolo a.C., alle cause importanti, nelle quali la *peroratio* era affidata agli oratori; sul verbo *perorare*, cfr. anche C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunt orato', cit., p. 275, per il quale esso indicherebbe «il vero e proprio dibattito orale della questione controversa».

successivamente alla *causae coniectio*, compresa la raccolta delle prove¹⁴⁷. La norma, infatti, sembra dire che per portare fino in fondo il giudizio era necessario che le parti fossero entrambe presenti: in difetto, l'*addicere litem* avrebbe configurato un esito 'abortivo' della lite stessa¹⁴⁸, senza che si facesse luogo ad accertamento sul merito.

Ebbene, se questa lettura dei carmi decemvirali è credibile, è ipotizzabile che talune attività di parte potessero essere compiute validamente anche in assenza di uno dei contendenti. Simile assenza era del tutto inconcepibile nella fase *in iure*: pur se avesse voluto tenere un contegno meramente passivo rispetto alla lite, la parte doveva comunque comparire innanzi al magistrato.

È significativo che l'attività di parte che poteva essere svolta anche da uno solo dei litiganti fosse quella di *causam coicere* la quale, stando a Gaio, consisteva in una ripresa per sommi capi della questione e, se prestiamo fede all'ipotesi di Carlo Pelloso¹⁴⁹, in epoca decemvirale serviva a riempire di contenuto concreto la realizzazione delle formalità astratte e fisse dell'*actio*. Si trattava, in altri termini, di un'attività per così dire introduttiva del secondo momento del giudizio. Ciò sembra confermare l'impressione che dopo la disfida del *sacramentum* si procedesse alla sospensione del rito, per lo meno quando esso si realizzava nella sua modalità 'reale', il quale sarebbe ripreso poi con le attività descritte da Tabb. 1.6 e ss.

Il fatto che le XII Tavole ammettessero l'assenza di uno dei litiganti depone quindi nel senso di una possibile interruzione, la quale poteva consentire l'allontanamento di uno dei contendenti dopo la conclusione della prima fase dell'azione, anche laddove si volesse dubitare della riconducibilità all'epoca decemvirale della menzione del *meridies*.

Che sorte sarebbe toccata alla *res* in questi interstizi, sulla cui lunghezza nulla è tuttavia possibile dire? È possibile pensare che l'assegnazione del possesso interinale potesse aver risposto a questo interrogativo.

¹⁴⁷ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405: «il contenuto della *peroratio* era costituito essenzialmente dalle argomentazione e alle prove, che si svolgevano e adducevano a favore di ciascuna parte»; v. anche R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73.

¹⁴⁸ Cfr., ad esempio, M. FALCON, '*Ispam rem condemnare*', cit., p. 576.

¹⁴⁹ C. PELLOSO, '*Giudicare*', cit., p. 118 s.

Dunque, la norma di cui a Tab. 12.3, riferendosi all'assegnazione temporanea della *res*, poteva riguardare il possesso interinale anche quando il procedimento era strutturalmente monofasico. Accanto alla necessità di recarsi presso i pontefici dopo aver pronunciato la sfida al *sacramentum*, già di per sé implicante la necessità di un'interruzione nel dispiegarsi della procedura, mi sembra che una riprova della non necessaria continuità dello svolgersi del procedimento della *legis actio sacramento* si possa rinvenire nell'ultimo carme della serie nel quale si fa riferimento al calar del sole come termine ultimo per il compimento di attività processuali.

Tab. 9: *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto.*

Questo termine, tuttavia, va letto come giustamente vuole Roberto Fiori, nel senso di proibire¹⁵⁰ che le attività processuali si svolgessero dopo il tramonto¹⁵¹ e non come termine ultimo inderogabile oltre il quale il procedimento tutto avrebbe dovuto trovare inderogabilmente la propria conclusione¹⁵².

¹⁵⁰ Precisamente in termini di proibizione è intesa la norma da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405: la sua portata «venne dunque a essere quella di impedire lo svolgimento di processi durante la notte».

¹⁵¹ R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73 s.; in particolare, l'interpretazione tradizionale si fonderebbe, secondo questo studioso, «sul presupposto indimostrato che il processo decenvirale fosse quasi primitivo nella sua semplicità»; cfr. già G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 405: «forse in tempi antichi questa norma era intesa nel senso che la sentenza doveva intervenire prima del tramonto del sole, ma poi essa fu interpretata semplicemente nel senso che l'udienza finiva la sera, salvo nuove udienze nei giorni successivi»; cfr. anche V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 170: «secondo un'antica regola ... doveva il giudizio esaurirsi entro un giorno, dal sorgere del sole al tramonto; ciò molte volte non era possibile, perché in questo breve giro di ore dovevano compiersi parecchi atti diversi; pp. 170 s., nt. 1: «già al tempo di Cicerone però il giudice poteva rinviare il processo ad un altro giorno, dichiarando la cosa *sibi non liquere*, per modo che si riprendesse da capo nel nuovo termine»; v. C. GIOFFREDI, '*Rem ubi pacunt orato*', cit., 276, secondo il quale il giudizio doveva svolgersi «nelle ore diurne», pur se lo stesso studioso riteneva che il processo dovesse iniziare in tempo utile perché si concludesse «nella stessa giornata».

¹⁵² In questo senso, ad esempio, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, p. 70; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., p. 333: «al calar del sole, al più tardi, il giudice doveva pronunciare la sentenza»; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 134: «se entrambi i litiganti si presentavano, il processo – con *causae coniectio*, *perorare*, e decisione magistratuale sui *sacramenta* – doveva terminare, al più tardi, al tramonto»; cfr. invece, pur nell'ambito di una diversa interpretazione, con la possibilità aperta che originariamente il processo dovesse concludersi entro il calar del sole, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405; cfr. anche la nt. precedente.

Varrone¹⁵³ e Verrio Flacco, per il tramite di Festo¹⁵⁴, dai quali si ricava il tenore del carme, «intendevano certamente *suprema tempestas* come termine ultimo dell’udienza e non del processo, perché – sia per ragioni di stile, sia perché altrimenti la precisazione sarebbe palesemente superflua – *diei* si riferisce a *suprema tempestas*, non a *solis occasu*. Ma a ben vedere la medesima interpretazione è implicitamente seguita anche da quegli scrittori (Censorino e Macrobio) che riportano il versetto senza la parola *diei*, perché essi richiamano la norma per indicare una divisione del *dies*, e non a proposito del processo»¹⁵⁵.

La possibilità che il procedimento si estendesse su più ‘udienze’ mi sembra suffragare la lettura che abbiamo prospettato, confermando anche la possibilità per la quale, pur nella cornice di un processo monofasico, si potesse sentire la necessità di attribuire provvisoriamente la cosa a una delle parti, a fronte della prestazione di un’idonea garanzia. Rispetto a queste esigenze sarebbe intervenuta la norma di cui a Tab. 12.3, la quale non pare dimostrarsi fuori posto anche in un processo tutto condotto dal magistrato.

Abstract.

Il saggio si occupa di affrontare la qualifica di *falsa* attribuita al sostantivo *vindicia* che ricorre in un importante quanto oscura testimonianza delle XII Tavole. A partire dall’analisi di Festo, che tramanda la norma, lo studio cerca di ricostruire i motivi per i quali una *vindicia* poteva diventare *falsa* nel quadro del processo romano *per legis actiones*.

The essay deals with the qualification ‘*falsa*’ attributed to the noun *vindicia* that recurs in an important yet obscure testimony of the *lex Duodecim Tabularum*. Starting from the

¹⁵³ Varro *lat.* 7.51.

¹⁵⁴ Fest. voce *Supp<remum>* (Lindsay, 396).

¹⁵⁵ R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 74; di segno non completamente coincidente, cfr. dello stesso autore, ID., *Ordalie e diritto romano*, in *Iura*, 45, 2017, cit., p. 113, nt. 495, che parla di «regola decemvirale che impone di concludere il procedimento entro il tramonto (Tab. 1.9)»; cfr. già I. BUTI, *Il ‘praetor’*, cit., p. 63, il quale, seppure in termini non coincidenti, osserva che le fonti non provano che il processo dovesse esaurirsi tutto in un solo giorno, ma solo che «la discussione davanti al giudice doveva esaurirsi prima del tramonto»; cfr. anche nt. 151.

analysis of Festus, who handed down the rule, the study attempts to reconstruct the reasons why a *vindicia* could become *falsa* in the context of the Roman process *per legis actiones*.

Parole chiave

XII Tabulae, vindicia falsa, sacramentum, legis actio sacramenti in rem; iusiurandum.

Padova, settembre 2024.