

MARIO VARVARO

Gai 4.163 e la struttura della *formula arbitraria*
nell'*agere ex interdicto sine poena*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

MARIO VARVARO

Gai 4.163 e la struttura della *formula arbitraria*
nell' *agere ex interdicto sine poena*

ABSTRACT

The following article is an analysis of the text *Gai Institutiones* 4.163. It casts doubt on the correctness of Otto Lenel's reconstruction of the *formula arbitraria* in the interdictal procedure *sine poena*. It concludes the earlier version by August Friedrich Rudorff is more correct.

PAROLE CHIAVE

Interdicta; agere ex interdicto; iudicium calumniae decimae partis; actiones arbitrariae; formule con demonstratio.

1. Secondo l'opinione oggi prevalente nella storiografia, gli *interdicta* erano ordini magistratuali, positivi o negativi, subordinati alla esistenza di determinati presupposti. Se l'intimato avesse ottemperato all'ordine, senza mettere in discussione l'esistenza di tali presupposti, il procedimento si sarebbe immediatamente concluso. Questo esito sarebbe stato conforme allo scopo, proprio degli interdetti, di porre fine a una controversia.¹ Diversamente, si sarebbe potuto instaurare un apposito procedimento, nel corso del quale sarebbe stata accertata la sussistenza di tali presupposti.² Al riguardo si è soliti discorrere di *agere ex interdicto*.³

¹ Cfr. Gai 4.139 [KRUEGER-STUEDEMUND⁷, 191]: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*. Nella letteratura più recente possono vedersi al riguardo le osservazioni di G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*⁵, Catania 2010, 139 s.

² Sulla questione relativa all'esito eventuale o necessario del procedimento di accertamento dei presupposti dell'interdetto v. da ultimo G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 131-140, con richiami bibliografici alla nt. 278.

³ Sull'*agere ex interdicto* v., fra i tanti, CHR.G. HAUBOLD, *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften*, in ZgRW 3, 1817, 379-388; S.W. ZIMMERN, *Der römische Zivilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, III, Heidelberg 1829, 220-223; W.B. LEIST, *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung*, I, Göttingen 1844, 340-356; F. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, II², Bonn 1846, 382 s.; K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer. In geschichtlicher Entwicklung*, Leipzig 1853, 253 ss.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II. *Formulae*, Bonn 1865, 363 ss.; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II⁷, Leipzig 1871, 135-140; F.L. VON KELLER-A. WACH, *Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*⁶, Leipzig 1993, 380-383; E. PFERSCHKE, *Die Interdicte des römischen Civilprocesses. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Graz 1888, 93 ss.; A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK (a cura di), *Commentario alle Pandette tradotte e arricchite di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, XLIII-XLIV, Parte I e II, trad. e note di V. Pouchain, Milano 1899, 459-618; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, trad. ital. di C. Longo, Milano 1909, 1070-1075; A. BERGER, v. 'Interdictum', in PWRE IX, Stuttgart 1916, 1693-1699; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, 238-241; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (d'ora innanzi: EP³), 447-452; G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano 1955, 110-115; A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena 1956, ripubl. con una nota di lettura di R. MARTINI in RDR 2, 2002, 62-68; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*⁶, Barcelona 1958, 217 s.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 155 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. 'Interdetti', in Enc. dir. 21,

Il giurista Gaio, che costituisce la principale fonte di informazione sul modo in cui per l'età classica si sarebbe proceduto in questi casi nel sistema dell'*agere per formulas*, distingueva al riguardo nel quarto commentario delle sue Istituzioni due diversi tipi di procedimenti: uno *cum poena*, e dunque più rischioso, e uno *sine poena*, e pertanto meno rischioso (Gai 4.141: *...modo cum poena agitur, modo sine poena*). Il procedimento più rischioso, ancora caratterizzato dalla penalità, era un *agere per sponsionem et restipulationem*⁴ (Gai 4.141: *cum poena, ueluti cum per sponsionem agitur*). Esso avrebbe trovato applicazione nei casi in cui il magistrato avesse emanato uno degli *interdicta prohibitoria*. Il procedimento meno rischioso (*sine poena*), invece, si imperniava sulla richiesta di un arbitro che accertasse la sussistenza dei presupposti dell'ordine (Gai 4.141: *sine poena, ueluti cum arbiter petitur*). L'intimato – che avrebbe assunto il ruolo di convenuto – avrebbe potuto farvi ricorso quando si trattasse di *interdicta restitutoria* o *interdicta exhibitoria*. Per giovare di questa che lo stesso Gaio chiama *modestior uia*, però, egli aveva l'onere di ri-

Milano 1971, 916-918; J. ADAME GODDARD, *El procedimiento ex interdicto en el Derecho Romano clásico*, in *Revista de Investigaciones Jurídicas* 2, 1978, 255 ss. (n.v.); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 347-349; A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi Urbinati*, N.S. 59, 1990-91, 199-232; EAD., v. 'Interdicta', in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.* 9, 1993, 510-511; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 337-338; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994 (rist. 2006), 142 s.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage, neu bearbeitet von K. HACKL, München 1996, 416-421; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 239-242; D. NÖRR, *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, 75-117; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 105 s.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*⁷, Madrid 2007, 124 s.

⁴ Nel caso di *interdicta duplicia* le parti si sarebbero scambiate reciprocamente due *sponsiones* e due *restipulationes*, dalle quali sarebbero poi nate quattro azioni. Sul modo in cui doveva essere concepito il tenore di queste *sponsiones* e *restipulationes* può vedersi, per esempio, E. PFERSCHKE, *Die Interdicte*, cit. (nt. 3), 100-107; O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 449 s.; e, nella letteratura più di recente, A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem*, cit. (nt. 3), 207 ss. Della questione si è occupato da ultimo anche D. NÖRR, *Zum Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 91 ss., le cui ricostruzioni presuppongono un preteso valore di *quod* analogo a quello di *si* (a suo tempo sostenuto in uno studio specifico di D'Elia) sul quale è possibile tuttavia avanzare riserve, come rilevato in M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 81-100.

chiedere la nomina dell'arbitro quando ancora si trovasse innanzi al magistrato che aveva emesso l'interdetto (Gai 4.164).⁵ In caso contrario, infatti, si sarebbe dato corso al procedimento *cum poena*, che avrebbe comportato un accertamento basato sulla prestazione di *sponsio et restipulatio* da parte dei contendenti (Gai 4.165).

L'illustrazione gaiana del procedimento *sine poena* segue immediatamente l'esposizione dei diversi *genera* di interdetti (Gai 4.161), i quali, dopo essere stati classificati in *prohibitoria*, *restitutoria* ed *exhibitoria* (Gai 4.142), e poi in *adipiscendae possessionis*, *retinendae possessionis* e *reciperandae possessionis* (Gai 4.143), sono suddivisi in *simplicia* e *duplicia*, a seconda che l'ordine del magistrato fosse diretto a uno solo dei due contendenti o, invece, a entrambi (Gai 4.156). Sulla scorta di questa *tertia diuisio* Gaio passa a illustrare il procedimento di accertamento dei loro presupposti con riferimento agli interdetti semplici, che, come aveva ricordato poco prima, erano tutti restitutori o esibitori (Gai 4.157). Si ribadisce, anzitutto, che la possibilità di agire *sine periculo* – vale a dire *sine poena* – era subordinata alla richiesta di un *arbiter*. Tale richiesta andava effettuata *in iure*, ossia prima che l'intimato si allontanasse dal luogo in cui il magistrato aveva emesso l'interdetto,⁶ perché altrimenti si sarebbe potuto agire solamente *cum periculo*, pur trattandosi di un interdetto restitutorio o esibitorio (Gai 4.162).

⁵ Gai 4.164 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 196]: *Obseruare <autem> debet is qui uult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore discedat, sero enim petentibus non indulgetur.*

⁶ A questo tipo di procedimento doveva riferirsi una delle *notae iuris* di Valerio Probo. Si tratta, segnatamente, della nota 'R. A. Q. E. I. E.', che nel *Codex Einsidlensis* 326 è sciolta in 'restitutus antequam ex iure exeat'. A partire da Mommsen (cfr. P. KRUEGER-TH. MOMMSEN-G. STUEMUND, *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usu scholarum*, II, Berlin 1878, 148), la parola 'restitutus' è stata emendata in 'restituas' proprio sulla base del confronto con quanto si legge in Gai 4.164. La correttezza di questa emendazione, accolta anche da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 207 (§ 227, nt. 3), e da Ph.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*⁵, Lipsiae 1886, 143, e *ivi* nt. 7, è stata confermata dall'elenco delle sigle di Probo rinvenute da Girard in un manoscritto parigino: v. P.F. GIRARD, *Un second manuscrit des extraits alphabétiques de Probus (Paris latin 4841)*, in *NRHDFE* 34, 1910, 501. In argomento v. O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 447; E. GINTOWT, "R. A. Q. E. I. E.", in *AUPA* 15, 1936, 219-236; v. anche ID., *Ueber den Charakter der Interdikte und der iudicia ex interdicto*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, II. *Diritto romano e bizantino*, Padova 1937, 253-257.

Per poter agire *sine poena*, dunque, il destinatario dell'interdetto avrebbe dovuto chiedere una *formula arbitraria*, sulla base della quale, effettuata la *litis contestatio*, l'*arbiter* avrebbe proceduto a giudicare.⁷ Benché si sia pensato il contrario, il modo in cui Gaio si esprime non lascia credere che anche chi avesse chiesto al magistrato l'emanazione dell'interdetto avrebbe potuto richiedere la nomina dell'*arbiter*.⁸

Proprio la richiesta di un *arbiter* ha indotto alcuni studiosi a pensare che la *formula* venisse chiamata *arbitraria* per questa ragione.⁹ In

⁷ In proposito può ricordarsi che A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 497, nt. 31, e 549, nt. 3, ha pensato che l'*arbiter* fosse scelto dalle parti, e che solamente in mancanza di un accordo fosse individuato dal magistrato. Questa ipotesi si basa su quanto si legge in D. 43.24.21 pr. (Pomp. 29 *ad Sab.*): *...a iudi-ce, qui ex hoc interdicto sumptus esset rell.*

⁸ Così S.W. ZIMMERN, *Der römische Zivilprozeß*, III, cit. (nt. 3), 221, G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II⁷, cit. (nt. 3), 136, nonché, sia pur cautamente, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 499; implicitamente anche W.B. LEIST, *Die Bonorum possessio*, I, cit. (nt. 3), 351; con maggiore decisione, K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 268-270, il quale a tale proposito adduceva anche l'esistenza di un *iudicium calumniae quartae partis* che, secondo la lezione del palinsesto veronese delle Istituzioni a lui nota (ma dubbia: v. *infra*, nt. 33), sarebbe stato attestato in Gai 4.175 proprio in relazione al procedimento interdittale; così anche H. WITTE, *Das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium*, Leipzig 1863, 2; M.A. VON BETHMANN-HOLLEWEG, *Der römische Zivilprozess*, II, cit. (nt. 3), 365, nt. 107. In senso contrario si sono espressi A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 555 s., anche sulla base della diversa lezione del palinsesto veronese stabilita in base al riesame di Studemund (v. *infra*, nt. 33); PH.E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen. Mit einer Zugabe über die Klagformeln in der Lex Rubria*, Leipzig 1855, 201 s.

⁹ Così già [PH.]E. HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen*, Leipzig 1874, 77, nt. 185, e poi, con maggiore ampiezza di argomentazione, B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1913, 7-12, seguito da E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in SZ 36, 1915, 15 (= *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz 1963, 332), sulla scorta della considerazione che pure nel procedimento *cum poena* la formula del *iudicium Cascellianum siue secutorium* avrebbe contenuto una clausola restitutoria o esibitoria. Al di là delle obiezioni già avanzate dalla storiografia (v. nt. seguente), il rilievo non appare in sé decisivo. Infatti, così come la *formula arbitraria* avrebbe potuto essere denominata in questo modo in base alla caratteristica più appariscente del suo programma di giudizio, che prevedeva una clausola arbitraria, il *iudicium* del procedimento *cum poena* era chiamato *Cascellianum* per ricordare il giurista che lo aveva introdotto (in questo caso, verosimilmente, Aulo Cascellio: v. M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*¹³, Roma-Bari 2010, 173 s.; v. anche H. DERNBURG, *System des römischen Rechts der Pandekten*⁸, bearbeitet von P. SOKOLOWSKI, Berlin 1912, 282, nt. 3, il quale ricorda che il pretore Cascellio fu contem-

senso contrario è stato osservato, fra l'altro, che l'aggettivo *arbitraria* andrebbe interpretato in connessione ad *arbitrium*, piuttosto che ad *arbiter*.¹⁰ All'indomani della scoperta del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio, invece, questa denominazione era stata ricondotta alla contrapposizione fra *iudicia* e *arbitria* delineata da Cicerone nell'orazione in difesa dell'attore comico Roscio,¹¹ sottolineandosi come nel caso delle formule del procedimento *cum poena* il giudizio avrebbe avuto per oggetto la somma determinata di denaro oggetto della *sponsio* e della *restipulatio*, che era un *certum*,¹² mentre nel caso della *formula arbitraria* il giudizio avrebbe avuto per oggetto un *incertum* che andava determinato da un *arbiter*.¹³

In realtà, la ragione per la quale questa formula era chiamata *arbitraria* si può intuire immediatamente grazie a quello che viene spiegato subito dopo dallo stesso Gaio. Una volta verificati i presupposti in base ai quali era stato emanato l'interdetto, difatti, essa

poraneo di Cesare), o *secutorium* per indicare la sua peculiarità, ricordata in Gai 4.169, di seguire '*sponsionis uictoriam*'.

¹⁰ Così O. LENEL, *Zur Lehre von den actiones arbitrariae*, in *Festgabe für Rudolph Sohm dargebracht zum goldenen Doktorjubiläum von Freunden, Schülern und Verehrern*, München-Leipzig 1914, 206 s., contro cui v. E. LEVY, *Zur Lehre*, cit. (nt. 9), 16 s. (= *Gesammelte Schriften*, I, cit., 332 s.). Anche L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 105 s., richiamandosi a un'osservazione di Savigny, ha ritenuto di non dover condividere l'opinione di Biondi, ritenendo che la *formula* era detta *arbitraria* solo in quanto la clausola restitutiva racchiudeva l'espressione «arbitrio iudicis», a differenza della formula del *iudicium secutorium*, in cui la *restitutio* sarebbe dipesa dall'iniziativa non già del giudice, bensì del convenuto (*op. cit.*, 106-108).

¹¹ Su questa contrapposizione ci sia consentito rinviare a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 96-110; ID., *Per la storia del certum. Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 154 s.

¹² Sfortunatamente le fonti non forniscono alcun indizio che consenta di stabilire in virtù di quale criterio venisse determinato in questi casi l'importo della *sponsio* e della *restipulatio*. In proposito può ricordarsi che ad avviso di K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 302, se le parti non avessero raggiunto un accordo a tale riguardo, detto ammontare sarebbe stato fissato dal magistrato. Sulla scia di PH.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianeae quae supersunt*⁵, cit. (nt. 6), 400, nt. 2, O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 450, ha pensato invece che la *summa sponsionis* fosse determinata a mezzo di giuramento dell'attore in un importo che non avrebbe potuto superare comunque il valore massimo della controversia. In tal senso v. pure A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 474 s.

¹³ In questo senso: CHR.G. HAUBOLD, *Ueber die Stelle*, cit. (nt. 3), 382.

avrebbe consentito al convenuto di essere assolto ove avesse effettuato la *restitutio* o la *exhibitio* su invito del giudice (*arbitrio* o *arbitratu iudicis*). Se, invece, il convenuto non avesse seguito l'invito rivoltagli dall'arbitro, sarebbe andato incontro alla condanna. Anche in questo caso, come nelle altre azioni arbitrarie, l'importo della *condemnatio* sarebbe stato determinato dall'attore con *ius iurandum in litem*,¹⁴ come può ricavarsi da un passo del commentario all'editto di Ulpiano relativo al caso di un procedimento nato dall'emanazione dell'interdetto *Quod ui aut clam* e posto dai compilatori giustinianeî in

D. 43.24.15.9 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iurauerit, aut[si iurare non possit,]¹⁵ iudicis officio aestimandum est.*

Sui due tipi di procedimento *ex interdicto* – *sine poena* e *cum poena* – informava anche Ulpiano in

Ulp. Institut. Fragm Vindob., V: aut per formulam *arbitrariam explicantur aut per sponsionem, prohibitoria uero semper per sponsionem explicantur: restitutorio uel exhibitorio interdicto reddito si quidem arbitrum postulauerit, is, cum quo agitur formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter*¹⁶

L'alternatività fra i due modi di procedere è attestata in relazione all'interdetto *Quod ui aut clam* già nell'ultima età repubblicana. Ciò risulta con assoluta sicurezza dalla lettura di una orazione pronunciata da Cicerone in favore di Marco Tullio nel 72 o nel 71 a.C., che, sebbene tramandata in modo frammentario, conserva preziose informazioni sulla materia degli interdetti.¹⁷

¹⁴ Cfr. G. PROVERA, *Contributi allo studio del ius iurandum in litem*, Torino 1953, 39 s.

¹⁵ L'inciso '*si iurare non possit*' è stato giudicato spurio per motivi di forma e di sostanza da L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit. (nt. 10), 199 s. Questa diagnosi di interpolazione è stata condivisa da G. PROVERA, *Contributi*, cit. (nt. 14), 40, nt. 57.

¹⁶ FIRA, II², Florentiae 1968, 306 = F.C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Fragmente des Ulpian*, in *ZgRW* 9, 1838, 6.

¹⁷ Cic. *pro Tullio* 23.53: *... ego ipse, tecto illo disturbato, si hodie postulem, Quod ui aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsionis condemneris necesse est.* Per una

Si è pensato che l'*agere cum poena* fosse il più risalente,¹⁸ e che per questa ragione fosse riservato ai tipi di *interdicta* ritenuti più antichi dalla storiografia, i quali, secondo quanto tradisce anche l'etimologia della parola (da *interdico*, che appunto significa 'proibisco'), in origine dovevano designare ordini di non fare. L'*agere sine poena*, invece, sarebbe nato solo successivamente in relazione agli interdetti restitutori ed esibitori, chiamati anche *decreta* (Gai 4.140), e considerati più recenti.

A questa conclusione si è pervenuti ragionando sulla circostanza che già prima dell'affermarsi dell'*agere per formulas* sarebbe stato consentito ricorrere al *lege agere per iudicis arbitriue postulationem* per esperire le azioni nascenti dalla *sponsio* e dalla *restipulatio* prestate dai contendenti,¹⁹ e in séguito anche al *lege agere per conditionem*.²⁰

efficace sintesi delle vicende che fanno da sfondo alla controversia in occasione della quale Cicerone pronunciò la propria orazione v. G. BROGGINI, *L'orazione per Marco Tullio. Introduzione*, in *Tutte le opere di Cicerone*, I, Verona 1964, 374-376; v. anche G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto Uti possidetis*, in AUPA 44, 1996, 254 s.

¹⁸ In tal senso v. W.B. LEIST, *Die Bonorum possessio*, I, cit. (nt. 3), 341, che si richiamava all'opinione espressa in precedenza da Bethmann-Hollweg e da Puchta; A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 461; O. LENEL, *Zur Lehre von den actiones arbitrariae*, cit. (nt. 10), 207, seguito da A. BERGER, v. '*Interdictum*', cit. (nt. 3), col. 1699; L. WENGER, *Institutionen*, cit. (nt. 3), 240 s.; A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. (nt. 3), 64; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. '*Interdetti*', cit. (nt. 3), 918; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. (nt. 3), 348 s.; A.M. GIOMARO, v. '*Interdicta*', cit. (nt. 3), 510; A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos*⁷, cit. (nt. 3), 124.

¹⁹ In un diverso ordine di idee, invece, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 173 s., ha pensato che il procedimento interdittale *cum poena* sarebbe stato ricalcato su quello della *legis actio sacramenti in rem*, in quanto la *sponsio* e la *restipulatio* avrebbero sostituito la prestazione del *sacramentum* da parte dei contendenti, la *stipulatio fructuaria* avrebbe sostituito i *praedes litis et iudiciarum*, e il *iudicium secutorium* sarebbe stato una riproduzione dell'*arbitrium liti aestimandae*; e che l'*agere per formulam petitoriam* avrebbe invece ricalcato l'*agere per arbitri postulationem*.

²⁰ Cfr., in particolare, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. (nt. 3), 349. La possibilità di agire con *legis actio per iudicis postulationem* in relazione a crediti di *certa pecunia* nascenti da *sponsio*, in effetti, è attestata da Gai 4.17. L'idea che a partire dall'introduzione della *legis actio per conditionem* per crediti aventi per oggetto *certa pecunia* (cfr. Gai 4.19), avvenuta per effetto dell'emanazione della *lex Silia* in un momento che non è possibile datare – v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit. (nt. 11), 180 s., nt. 631, e 189 – si facesse ricorso a questo *modus agendi* può argomentarsi sulla base del fatto che nel

2. Secondo Lenel in età adrianea il programma di giudizio della *formula arbitraria* doveva essere concepito, con riferimento all'interdetto *Quod ui aut clam*, nei seguenti termini:

*Quod opus ... ui aut clam factum est, si arbitrato iudicis non restituetur, quanti ea res erit, et rel.*²¹

Come si può notare, questa *conceptio uerborum* si apre con una clausola costruita come una *demonstratio*,²² seguita da una clausola restitutoria ('*si ... non restituetur*'), cui si riconnette direttamente la *condemnatio* al *quanti ea res erit*, in quanto quella al *quanti ea res est* attestata in Gai 4.163 sarebbe «impensabile».²³

processo formulare l'*actio ex sponsione tertiae partis* si faceva valere con la formula di una *condictio certae pecuniae*, che era l'erede della *legis actio per conditionem ex lege Silia*. Ciò risulta con sicurezza dalla prima delle due formule tramandate in TPSulp. 31 (= TP. 34), cui è anteposta una *praescriptio* 'EA RES AGETVR DE SPONSIONE', sulla quale v. ora F. LA ROSA, *Brevi note esegetiche*, in IVRA, 60, 2012, 125-127, la quale tenta di rinverdire la tesi a suo tempo sostenuta da Sturm, secondo cui la *praescriptio* in questione sarebbe «una semplice étiquette de dossier», con un'argomentazione che dimentica però la chiara testimonianza di Gai 4.137 (che attesta una funzione 'mista' della *praescriptio*, limitativa e determinativa insieme) e non tiene conto, a tacer d'altro, delle osservazioni formulate in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 178-182. Sulle analogie e sulle differenze fra la *sponsio* e la *restipulatio* (che avevano carattere penale, ma non pregiudiziale) cui si ricorreva quando si agiva con *actio certae creditae pecuniae* e quelle dell'*agere ex interdicto cum periculo* (che avevano carattere penale e pregiudiziale insieme), v. M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio nella Tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in AUPA 47, 2002, 396-403, con letteratura, cui adde K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 252 s.

²¹ O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 449. In questo senso v. già le prime due edizioni: *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, 359; *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig 1907, 433.

²² O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 449, in effetti, parlava al riguardo di una clausola che poteva essere intesa tanto come una proposizione iniziale simile a una *demonstratio* («demonstrationsähnlicher Anfangssatz»), quanto come una vera e propria *demonstratio*.

²³ Così O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 447, nt. 2, secondo il quale sarebbe da credere inoltre che nel caso di interdetti per la protezione di luoghi sacri e religiosi la formula avesse una *condemnatio in bonum et aequum concepta*. Generalmente quanti seguono la ricostruzione del modello formulare suggerita da Lenel ne accettano anche, senza discuterla, la formulazione della *condemnatio* al QVANTI EA RES ERIT: v., per esempio, G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1968, 148; G. PUGLIESE, *Istituzioni*³, cit. (nt. 3), 337. Solamente pochi autori, prestando fede al chiaro dettato di Gai 4.163, hanno preferito continuare a pensare che la *condemnatio* fosse al

Lenel basava una formulazione di questo genere sul presupposto che fossero «sicuramente errate»²⁴ le proposte precedentemente suggerite in relazione ad alcuni interdetti esibitori o restitutori da Rudorff.²⁵ Questo studioso aveva pensato a *formulae in factum conceptae* nelle quali la clausola arbitraria, introdotta da 'NISI', trovava posto fra una *intentio* introdotta dalle parole 'SI PARET' e una *condemnatio* al 'QVANTI EA RES EST'. Per fare un esempio, può ricordarsi come per il caso di procedimento *sine poena* da instaurarsi a seguito dell'emanazione dell'interdetto *Quod ui aut clam* Rudorff aveva immaginato una formula così concepita:

*Iudex esto. Si paret in hoc anno, cum experiundi potestas esset, prohibente (clam) A^o A^o in solo illo opus quo de agitur (a N^o N^o) factum esse, nisi id opus arbitrato tuo restituatur, quanti Aⁱ Aⁱ interest id opus factum non esse, tantam pecuniam (aut noxae dare – dumtaxat quantum ad N^m N^m pervenit) iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*²⁶

QVANTI EA RES EST: v. G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, cit. (nt. 3), 114, e M. LEMOSSE, *Ad exhibendum*, in IVRA 34, 1983, 71, nt. 15; R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 57. In proposito può ricordarsi che ad avviso di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, cit. (nt. 10), 200, la determinazione della *condemnatio* a mezzo di *ius iurandum in litem* di cui si discorre in D. 43.24.15.9 (Ulp. 71 *ad ed.*), più su trascritto nel testo (§ 1), costituirebbe un'attestazione del fatto che in età classica la condanna al *quanti ea res est* «comprende ogni sorta di condanna, qualunque sia il procedimento di stima dell'interesse dell'attore.»

²⁴ O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 448 s. [= *EP*², cit. (nt. 21), 432]: «Wie lautete die formula arbitraria? Hierauf ist zu antworten, daß wir über deren Fassung nicht unterrichtet sind und daß daher der Versuchung, sie für die einzelnen Interdikten zu rekonstruieren, zu widerstehen ist. Sicher unrichtig sind Rudorffs Rekonstruktionen, die durchweg mit einem vorangestellten „Si paret“ die Voraussetzungen des Restitutions- oder Exhibitionsbefehls ausdrücklich zum Beweis stellen (z. B. si paret ... prohibente A^o ... opus factum esse).» (la spaziatura riproduce quella dell'originale).

²⁵ A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit. (nt. 6), 204-206; 219; 225; 228; 235 s. Come è noto, la ricostruzione dell'editto di Lenel fu effettuata per partecipare a un concorso bandito dalla *Savigny-Stiftung*, le quale aveva messo in palio per il vincitore la somma di 6900 marchi. Il bando, pubblicato in SZ 1, 1880, XX, riguardava la realizzazione di un'opera di ricostruzione dell'editto di età adrianea che avrebbe dovuto basarsi sui commentari editi dei giuristi romani e rimeditare criticamente i risultati proposti da Rudorff. L'opera di Lenel fu premiata dalla *Königliche Bayerische Akademie der Wissenschaften* e il premio in denaro fu corrisposto ad avvenuta pubblicazione dell'opera.

²⁶ A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit. (nt. 6), 225 (§ 257).

Un programma di giudizio di questo genere avrebbe imposto all'*arbiter* di accertare, innanzi tutto, la sussistenza dei presupposti del rilascio dell'interdetto indicati in una *intentio in factum concepta*, e, in caso di verifica positiva, avrebbe subordinato la condanna del convenuto alla condizione che costui non avesse effettuato la *restitutio arbitrata iudicis*.

Anche Jousserandot aveva ricostruito in modo analogo i programmi di giudizio delle *formulae arbitrariae* che dovevano trovare applicazione nel caso di procedimento *ex interdicto sine poena*.²⁷ Nello stesso senso si erano espressi Girard, per il quale nella *formula* di cui si tratta a una *intentio* che enunciava la questione «se l'attore si trovi nelle condizioni dell'interdetto» sarebbero seguite la clausola arbitraria e la *condemnatio*;²⁸ e Ubbelohde, secondo cui la *formula arbitraria* avrebbe avuto una *intentio in factum concepta*.²⁹

Lenel, invece, credeva che la *conceptio uerborum* dovesse cominciare non già con un *intentio* che esprimesse una condizione da verificare, bensì con una *demonstratio* introdotta da un QVOD.³⁰ Tale convinzione era fondata su quanto si legge in

Gai 4.163 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 196]: ...sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit denegandum calumniae iudicium ei qui arbitrum postulauerit, quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere de-

²⁷ L. JOUSSERANDOT, *L'Édit perpétuel restitué et commenté*, II, Paris 1883, 667 s. e 677 s., che per il caso dell'interdetto *Quod ui aut clam* riproponeva senza varianti la ricostruzione di Rudorff.

²⁸ P.F. GIRARD, *Manuale elementare*⁴, cit. (nt. 3), 1071.

²⁹ A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 571.

³⁰ La ricostruzione della formula con una *demonstratio* suggerita da Lenel è stata accettata, oltre che da Arangio Ruiz (*infra*, § 3, e *ivi* nt. 45), anche da G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano 1941, 92, nt. 2; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 313, nt. 17; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 70 s.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in Ostraka 5.1, 1996, 104 s.

b e r e. sed alio iure utimur, et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

Secondo quanto riferito da Gaio, l'attore, a differenza del convenuto, avrebbe avuto il vantaggio di litigare *sine poena*, solamente se non gli fosse stato opposto da parte del convenuto il *iudicium calumniae* nella misura di un decimo del valore della controversia.³¹ A tale proposito viene ricordato il parere di Proculo, secondo cui tale *iudicium* doveva essere denegato dal magistrato a colui che avesse richiesto il rilascio della *formula arbitraria*.³² Ai tempi in cui Gaio scrive, tuttavia, era già prevalsa, e a ragione (*et recte*), l'opinione contraria.

³¹ Che in questo punto della trattazione Gaio stesse operando una contrapposizione fra la posizione dell'attore e quella del convenuto risulta dall'impiego della congiunzione aversativa 'sed'. Nel palinsesto veronese (fol. 120r: cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae 1874, 241, r. 4), in realtà, sembra leggersi SETACTOR, dove SET, come anche in altri passi di questo manoscritto, sta per *sed* (si veda l'*Index orthographicus* in G. STUEMUND, *Apographum*, cit., 323, sub voce *sed*). L'integrazione 'sed et' suggerita da alcuni editori, come per esempio P. KRUEGER-G. STUEMUND, *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum studemundianum novis curis auctum*⁷, Berolini 1923, 196, è ben plausibile in base alla considerazione che la congiunzione 'et' potrebbe essere caduta per omoteleuto dopo il SET che lo precede (SET <ET> ACTOR). Si potrebbe anche ipotizzare, comunque, che nella *scriptura inferior* del palinsesto dovesse leggersi S'εΤ, dove S' sarebbe abbreviatura da sciogliere in 'sed' (cfr. l'*Index notarum* in G. STUEMUND, *Apographum*, cit., 300), come per esempio avviene poco dopo per ben due volte nella medesima pagina del manoscritto (G. STUEMUND, *Apographum*, cit., 241, rr. 10 e 16). Purtroppo la pagina in questione è una di quelle *bis rescriptae* che hanno sempre determinato notevoli difficoltà di lettura della *scriptura inferior*, e la cui decifrazione risulta oggi gravemente compromessa dagli effetti devastanti dei reagenti chimici cui il palinsesto è stato sottoposto a più riprese nel corso dell'Ottocento; in argomento v. M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308*, in SCDR 22, 2009, spec. 448; 502-505 e 510-513; ID., *Una lettera inedita di Bluhme a Göschen*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, 417-420 (= IAH 1, 2009, 250-253), con letteratura; ID., *Wilhelm Studemund e il «martire illustre della paleografia»*, in SCDR 25, 2012, 281-318. In ogni caso, la lezione 's(ed) et' ben potrebbe accordarsi con il senso generale del discorso, nel quale si dice che 'anche' l'attore agisce *sine poena* tranne nei casi in cui non gli venga opposto il *iudicium calumniae decimae partis*.

³² La storiografia non si è mostrata concorde in relazione alla questione che concerne l'autonomia del *iudicium calumniae* rispetto all'azione principale. Sul punto v., diversamente fra loro, gli autori citati in S. SERANGELI, *C. 7, 16, 31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR 71, 1968, 217 s., e ivi nt. 50-51.

Il *iudicium calumniae* era, come questo giurista avrebbe spiegato poco dopo, uno degli strumenti ai quali si poteva far ricorso in via generale, solitamente nella misura di un decimo del valore della controversia,³³ per reprimere la *calumnia actoris*.³⁴ Il convenuto avrebbe potuto scegliere di farvi ricorso in alternativa alla richiesta che l'attore prestasse il *ius iurandum non calumniae causa agere*,³⁵ in tutti quei casi in cui la *calumnia actoris* non fosse repressa a mezzo di *restipulatio*³⁶ o con *iudicium contrarium*.³⁷ Tuttavia, nel caso dell'*actio ex restipulatione* la condanna dell'attore sarebbe stata automaticamente riconnessa alla sua soccombenza nel giudizio principale, cui l'azione *ex*

³³ Sembra, infatti, che nelle liti di libertà il *iudicium calumniae* fosse dato nella misura di un terzo contro l'*adsertor*, sempre che si accetti la lezione di Gai 4.175 oggi generalmente proposta dagli editori delle Istituzioni, il cui testo è riferito nella nt. seguente secondo l'edizione di P. KRUEGER-G. STUEMUND, *Gai Institutiones*⁷, cit. (nt. 31), 200. In argomento v. da ultimo E. BIANCHI, *La «temerarietà» nelle Istituzioni di Gaio (Gai, 171-182)*, in SDHI 67, 2001, 298-300, con letteratura.

³⁴ Gai 4.174-175 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 200]: [174] *Actoris quoque calumnia coerchetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*. [175] *Et quidem calumniae iudicium aduersus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod aduersus adsertorem tertiae partis est*. Al riguardo v., in breve, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 285, con letteratura, cui *adde* U. BRASIELLO, v. '*Calumnia (dir. rom.)*', in Enc. dir. 5, Milano 1959, 814; S. SERANGELI, *C. 7, 16, 31*, cit. (nt. 32), 202; D. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calumnia nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in SDHI 66, 2000, spec. 174-177; J. GARCÍA CAMIÑAS, *Régimen jurídico del iudicium calumniae decimae partis*, in Anuario da Facultade de Dereito 4, 2000, 227-239; E. BIANCHI, *La «temerarietà»*, cit. (nt. 33), 291 ss.; A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in Studi Urbinati 69 (2001-2002), 199-238.

³⁵ Gai 4.176 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 200]: *Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, non calumniae causa agere*.

³⁶ Cfr. Gai 4.181 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 201]: *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est*. Si trattava delle ipotesi in cui il procedimento prevedeva la prestazione *in iure* di una *sponsio* e di una *restipulatio*, come nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae* e dell'*actio constitutae pecuniae* (cfr. Gai 4.13 e 4.171) e nel caso del procedimento *cum periculo* diretto ad accertare la sussistenza dei presupposti per il rilascio di un interdetto (cfr. Gai 4.165-166).

³⁷ A differenza del *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium* poteva trovare applicazione solamente *ex certis causis* (Gai 4.177), in regime di concorso elettivo con il *iudicium calumniae* e il *ius iurandum non calumniae causa agere* (Gai 4.179).

restipulatione era legata da un vincolo di pregiudizialità,³⁸ e dunque indipendentemente dal suo atteggiamento soggettivo di buona fede o malafede.³⁹ A ricordarlo è ancora una volta Gaio, quando precisa che, come nelle ipotesi in cui si faceva luogo al *iudicium contrarium*, l'attore avrebbe dovuto pagare la *poena* a prescindere dalla sua consapevolezza di avere agito *recte* oppure no:

Gai 4.180 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 201]: *Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quamadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si uincere non potuerit.*

Le cose stavano diversamente, invece, quando si faceva ricorso al *iudicium calumniae*, come si apprende dalla lettura di

Gai 4.178 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 201]: *...nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnatur nisi qui intellexit non recte se agere, sed uexandi aduersarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore uel iniquitate uictoriam sperat quam ex causa ueritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. contrario uero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*

Mentre nel caso di *iudicium contrarium* e di *restipulatio* il fatto

³⁸ Sul punto v. quanto osservato in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit. (nt. 20), spec. 181 s. Per i giudizi nascenti dalle *sponsiones* e dalle simmetriche *restipulationes* nel procedimento *ex interdicto* in cui si agiva *cum poena* v. Gai 4.166. Al riguardo si può congetturare con buon fondamento che anche le formule delle azioni nascenti da *restipulatio* fossero precedute da una *praescriptio* enunciata nei termini 'EA RES AGETVR DE RESTIPVLATIONE', così come quelle nascenti da *sponsio* fossero munite di una *praescriptio* enunciata nei termini 'EA RES AGETVR DE SPONSIONE', analoga per funzione a quella attestata nelle prima delle due formule giudiziali tramandate in TPSulp. 31 (= TP. 34) per l'azione nascente da una *sponsio tertiae partis* prestata *in iure* nel caso di esercizio di un'*actio certae creditae pecuniae*.

³⁹ Poiché in questo caso la configurazione della *calumnia* prescindeva da ogni indagine relativa all'atteggiamento soggettivo, sembra che la sua nozione corrispondesse a quella di *temeritas*; sul punto v. M. LAURIA, v. 'Calumnia', in NNDI 2, Torino 1958, 677.

stesso di soccombere nel giudizio principale avrebbe comportato per l'attore l'eposizione al pagamento della *poena* (*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit*), nel caso del *iudicium calumniae decimae partis* la condanna dell'attore per *calumnia* avrebbe richiesto un esame dell'atteggiamento psicologico con cui l'attore aveva proceduto a instaurare il giudizio.

In questa ipotesi, infatti, si richiedeva che il giudice accertasse che egli avesse consapevolmente agito *non recte*, allo scopo di vessare l'avversario⁴⁰ e con la speranza di ottenere la vittoria per errore o per iniquità del giudice.⁴¹

3. Se si tiene presente quanto si è fin qui ricordato, si può capire in quale ordine di idee Proculo doveva aver espresso l'opinione secondo la quale chi aveva richiesto la nomina di un *arbiter* aveva quasi confessato, per ciò stesso, di essere tenuto alla *restitutio* o alla *exhibitio*.

Lenel era convinto che il programma di giudizio della *formula arbitraria* del procedimento *ex interdicto* non poteva essere concepito nei termini immaginati da Rudorff, perché altrimenti Proculo non avrebbe mai potuto pensare che la richiesta dell'*arbiter* andava interpretata come una sorta di *confessio*. Per questa ragione aveva preferito proporre una ricostruzione alternativa di questa formula che, a suo modo di vedere, si sarebbe potuta conciliare sia con l'orientamento espresso da Proculo, sia con quello forse sostenuto dai sabiniani.⁴² A

⁴⁰ La storiografia ha già rilevato come l'idea della *calumnia* sia riconnessa a quella del *uexare litibus* anche in un altro passo in cui Gaio commenta il noto versetto decemvirale 'Si caluitur'. Si tratta di D. 50.16.233 (Gai. 1 *ad legem duodecim tab.*): 'Si caluitur': et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios uexarent litibus: inde et cauillatio dicta est.

⁴¹ In argomento v. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit. (nt. 2), 148 s.

⁴² Al riguardo va ricordato che la dottrina è incline a leggere anche in questo passo delle Istituzioni un contrasto fra la *secta* dei Proculiani e quella dei Sabiniani. In tal senso v., per esempio, O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 449 [= *EP*², cit. (nt. 21), 433]; E. SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der 'iudicia arbitraria'*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo 1936, 409; A. BISCARDI, *Recensione di Gandolfi, Contributo allo studio del processo interdittale romano*, in *IVRA* 7, 1956, 363; ID., *La tutela interdittale*, cit. (nt. 3), 63. Nondimeno, come rilevato da E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI* 63, 1997, 62, non si deve pensare necessariamente a un contrasto fra le due 'scuole'.

giudizio di Lenel, infatti, il *Quod-Satz* con cui si apriva la *conceptio uerborum* avrebbe potuto essere considerato o come espressione di un punto di vista del pretore, conducendo pertanto alla concezione proculiana; oppure come qualunque altra *demonstratio* relativa a una questione controversa, e dunque soggetta all'onere della prova, giustificando così la tesi che sarebbe poi prevalsa.⁴³

La ricostruzione leneliana della *formula arbitraria* di cui si discorre in Gai 4.163 ottenne l'approvazione di Arangio Ruiz.⁴⁴ Secondo questo studioso nella *demonstratio* sarebbe stato possibile scorgere una confessione della «contravvenzione al comando del pretore», perché altrimenti 'Proculo non avrebbe potuto vedere un confessus nel convenuto che domandasse un arbitro: dicendo «si paret illud aut illud adversus edictum praetoris factum esse».⁴⁵ Tale idea era stata espressa dal romanista napoletano nella più ampia cornice della sua nota ipotesi sull'origine delle formule con *demonstratio*, secondo cui in età più antica queste formule avrebbero riguardato rapporti nei quali il giudice non avrebbe dovuto accertare l'esistenza di un rapporto giuridico, ma occuparsi piuttosto della quantificazione delle conseguenze derivanti da un fatto non controverso espresso in modo assertorio nella *demonstratio*.

L'ipotesi, come è risaputo, non si è sottratta a obiezioni,⁴⁶ e in altra sede abbiamo mostrato l'opportunità di battere nuove strade per cercare di spiegare la presenza del costrutto assertorio tipico della

⁴³ O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 449 s. [= *EP*², cit. (nt. 21), 433 s.]: «Wäre die Formel so gefasst gewesen, so hätte Proculus nimmermehr die von Gai. IV, 163 überlieferte irriige Meinung gewinnen können, in der Erbittung des arbiter liege das Zugeständnis der Restitutions- oder Exhibitionspflicht.»

⁴⁴ Ma, a parte l'inclusione dell'inciso 'aut clam', anche quella di A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. (nt. 3), 65.

⁴⁵ V. ARANGIO RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974 [da cui si cita], 333 s. (v. anche 362; 367 s.), in ciò seguito da V. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit. (nt. 30), 104 s., e da D. MANTOVANI, *Le formule*², cit. (nt. 30), 71, nt. 284.

⁴⁶ In proposito si veda la letteratura citata in M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit. (nt. 4), 22, nt. 66, cui *adde*, per quanto riguarda alcuni aspetti legati alla ricostruzione delle formule dei giudizi divisorii, anche P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISG* 7, fasc. 1, 1932, 12 ss.

demonstratio nelle formule che la contengono.⁴⁷ Quel che ora interessa rilevare, in ogni caso, è che l'interpretazione di Gai 4.163 su cui Lenel faceva perno per ricostruire in modo diverso da Rudorff la *conceptio uerborum* della *formula arbitraria* consente di svolgere alcune osservazioni che sconsigliano di aderire all'idea secondo cui tale formula sarebbe cominciata con un costrutto assertorio, anziché con una *intentio* seguita dalla clausola arbitraria.

La questione non ha una rilevanza circoscritta alla corretta ricostruzione di questo singolo programma di giudizio, perché si riflette indirettamente sull'esatta determinazione del novero di formule in cui era presente una *demonstratio*. Ciò, difatti, induce a riconsiderare la base su cui da circa un secolo si fondano le ricerche sull'origine di siffatti programmi di giudizio, fra cui anche quella di Arangio Ruiz. Per quanto vadano riconosciuti i meriti degli studi appositamente dedicati da Lenel all'editto dell'età adrianea, infatti, non può dimenticarsi che la sua opera costituiva semplicemente, come egli stesso indicava già nel sottotitolo della prima edizione, un tentativo di ricostruzione dell'editto (*Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*). Che i risultati proposti da questo studioso non possano in alcun modo considerarsi definitivi, peraltro, risulta in base alla constatazione che lo stesso Lenel aveva rivisto in alcuni casi le proprie posizioni nelle edizioni della sua opera successive alla prima.

A tacer d'altro, pertanto, dovrebbe tenersi presente che per le formule non direttamente testimoniate dalle fonti le proposte di Lenel non costituiscono da sole basi sufficientemente solide per sostenere ulteriori ipotesi senza che possano ricavarsi *aliunde* idonee conferme.

L'autorità sempre crescente acquisita dall'opera di Lenel, tuttavia, ha fatto sì che le sue ricostruzioni abbiano ottenuto nella storiografia un credito tale da essere poste a fondamento di ulteriori ipotesi, fra cui anche quella di Arangio Ruiz sull'origine delle formule con *demonstratio*, come se esse fossero dotate di un grado di sicurezza

⁴⁷ Al riguardo ci sia consentito rinviare alla spiegazione suggerita in M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit. (nt. 4), 154 ss., in cui ci è sembrato di poter sostenere l'idea che il costrutto contenuto nel cosiddetto *Quod-Satz* della *demonstratio* doveva originariamente dipendere dalle parole 'EA RES AGATVR' quando ancora, in uno stadio più antico della tecnica di redazione delle formule, esso era enunciato in una *praescriptio* premessa alla *iudicis nominatio*.

perfettamente analogo a quello da riconoscersi alle poche formule integralmente tramandate dalle fonti; o da essere spesso ripetute senza essere appositamente discusse o verificate criticamente alla luce dei risultati acquisiti dagli studiosi successivamente alla pubblicazione dell'ultima edizione dell'*Edictum perpetuum* leneliano.

4. Con riferimento alla ricostruzione del programma di giudizio della *formula arbitraria* suggerita da Lenel, e tuttora largamente seguita, va ricordato in primo luogo un punto debole già messo in luce da Fiori. Secondo quanto è stato notato da parte di questo studioso, infatti, se davvero in base all'opinione di Proculo riferita nel passo gaiano si dovesse desumere la presenza di una *demonstratio* nella *formula arbitraria*, bisognerebbe poi escludere che questo programma di giudizio contenesse la clausola assolutoria: il che, però, risulta smentito da quanto si legge sia in Gai 4.163 sia in D. 43.24.22.2 (Venul. 2 *interd.*).⁴⁸

Per conto nostro aggiungiamo che nel passo gaiano non possono cogliersi elementi dai quali trarre la conclusione che la parte iniziale di questo programma di giudizio fosse espressa necessariamente in modo da indicare un presupposto di fatto, anziché un punto controverso da accertare. Quando si dice che secondo Proculo il fatto stesso che il convenuto avesse provveduto a richiedere la nomina dell'*arbiter* sarebbe equivalso a una sorta di ammissione dei fatti che costituivano il presupposto del rilascio dell'interdetto, infatti, si allude a una valutazione che il pretore avrebbe dovuto effettuare *in iure* ai fini della *denegatio* del *iudicium calumniae decimae partis*. Più che ai termini in cui era concepita la *formula arbitraria*, dunque, Proculo doveva pensare al vaglio del pretore in ordine al comportamento processuale del destinatario dell'interdetto, che avrebbe potuto scegliere di litigare senza correre rischi, precludendo in tal modo alla controparte la possibilità di agire *cum poena* nel procedimento caratterizzato dalla prestazione di *sponsio et restipulatio*.⁴⁹

⁴⁸ R. FIORI, *Ea res agatur*, cit. (nt. 23), 58, e ivi nt. 170.

⁴⁹ In senso analogo v. già P. KOSCHAKER, Rec. a ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in SZ 34, 1916, 436; E. SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der 'iudicia arbitraria'*, cit. (nt. 42), 409.

In altre parole, quello che a Proculo doveva sembrare una sorta di confessione del convenuto,⁵⁰ tale da poter escludere la *calumnia actoris*, era la richiesta di un *arbiter* da parte del destinatario dell'ordine contenuto nell'interdetto, e non già il tenore della *formula arbitraria*. Come si è ricordato, difatti, nel *iudicium calumniae decimae partis* assumeva rilevanza la circostanza che l'attore avesse agito scorrettamente, al solo scopo di vessare l'avversario.⁵¹ La sussistenza della *calumnia* in questo caso andava valutata con riferimento al comportamento di chi, pur sapendo che tali presupposti sicuramente non sussistevano, aveva nondimeno determinato l'emanazione dell'ordine magistratuale, costringendo perciò l'intimato a mettere in moto un procedimento appositamente diretto ad accertarne giudizialmente la fondatezza. È in questo contesto che la richiesta di una *formula arbitraria* da parte del convenuto avrebbe potuto essere considerata dal magistrato, sia pur di riflesso, ai fini della valutazione del *recte agere* dell'attore. Il punto di vista di Proculo, dunque, riguardava propriamente la questione della valutazione del comportamento delle parti in causa in relazione alle possibili conseguenze derivanti dall'esercizio di un'azione temeraria, e non può essere perciò utilizzato ai fini della ricostruzione dei termini della *formula arbitraria*.

Peraltro, se la *demonstratio* di questo programma di giudizio avesse davvero contenuto «una affermazione non controvertibile», come creduto da Arangio Ruiz,⁵² l'esito del procedimento sarebbe stato predeterminato nel momento stesso in cui il pretore rilasciava la *formula arbitraria*; sicché il convenuto, non avendo alcuna speranza di essere assolto, avrebbe dovuto già in quel momento scegliere se obbedire al *iussus* o subire la condanna. La richiesta della *formula arbitraria* da parte del destinatario dell'interdetto, invece, non si configurava come un'ammissione circa l'effettiva sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'interdetto, ma si risolveva semplicemente nella scelta di procedere a una loro verifica in giudizio senza dover correre i rischi

⁵⁰ Al riguardo è stato correttamente precisato da P. KOSCHAKER, Rec. a ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit. (nt. 49), 436, che, a differenza di quanto ritenuto da Arangio Ruiz, Proculo non pensava affatto a una «confessione» in senso tecnico, bensì a un atteggiamento che poteva essere inteso in senso analogo.

⁵¹ *Supra*, § 2, nel testo.

⁵² V. ARANGIO RUIZ, *Le formule con «demonstratio»*, cit. (nt. 45), 334.

connessi all'*agere cum poena*. È proprio questa la ragione per cui Gaio può affermare, subito dopo, che a ragione era prevalsa l'opinione contraria a quella sostenuta da Proculo, sulla base della considerazione che chi sceglie di chiedere il rilascio della *formula arbitraria* lo fa non già perché confessa, quanto allo scopo di litigare *modestiore uia* (*potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur*). Di fronte all'alternativa di procedere a un accertamento in un giudizio *cum poena* o *sine poena*, il destinatario di un interdetto restitutorio o esibitorio avrebbe potuto optare per la seconda possibilità, consistente nella richiesta di un *arbiter*, non tanto perché fosse sicuro che tali presupposti fossero esistenti, ma – più semplicemente – perché, potendo trovarsi in una situazione di incertezza, preferiva accertarla giudizialmente senza andare incontro al rischio di dover poi pagare una *poena*. Tale accertamento doveva corrispondere a una verifica da effettuare nel corso del procedimento che seguiva l'emanazione dell'interdetto, e che ben poteva essere espressa da uno schema di giudizio che si risolveva nell'alternativa 'SI PARET ... CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO'. L'arbitro, infatti, veniva richiesto non per effettuare una stima, bensì per giudicare.⁵³ Ciò, peraltro, ben si comprende se si torna a riflettere sulla circostanza che l'interdetto era un ordine condizionato, sicché il giudice della *formula arbitraria* avrebbe dovuto anzitutto verificare la sussistenza delle condizioni espresse nella *formula interdicti*.⁵⁴

Sotto questo profilo, pertanto, non vi è motivo di seguire Lenel nel giudicare errate le ricostruzioni delle *formulae arbitrarie* immaginate da Rudorff per il procedimento *sine poena*.

5. Che anche in questo tipo di procedimento la formula fosse strutturata in modo da affidare all'organo giudicante il compito di

⁵³ A tale proposito M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, cit. (nt. 3), 365, nt. 108, aveva opportunamente notato che «Der Arbiter wird *rei iudicandae*, nicht bloß *rei aestimandae causae* bestellt.» Pure E. PFERSCHKE, *Die Interdicte*, cit. (nt. 3), 98, riteneva che la *formula arbitraria* che si ricollegava all'interdetto contenesse «einen wahren Rechtsstreit.»

⁵⁴ In questo senso v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, cit. (nt. 3), 366.

accertare se fosse stato compiuto qualcosa contro l'ordine contenuto nell'interdetto emanato dal magistrato, inoltre, risulta dalla lettura di

Gai 4.141 [KRUEGER-STUEDEMUND⁷, 191]: *Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit, uel an factum non sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, ueluti cum per sponsonem agitur, sine poena, ueluti cum arbiter petitur rell.*

Nel brano appena trascritto si ricorda che, in seguito all'emissione dell'ordine di fare o di non fare che era oggetto dell'interdetto, si poteva procedere ad accertare, una volta effettuata l'*editio* delle *formulae*, se fosse stato compiuto o meno qualcosa contro quanto stabilito dal pretore.⁵⁵ Immediatamente dopo si aggiunge che si agiva ora *cum poena*, ora *sine poena*. Poiché prima dell'indicazione di questa duplice possibilità il discorso è condotto chiaramente in una prospettiva unitaria, se ne può dedurre che tutte le formule alle quali si allude, compresa quella impiegata nell'*agere sine poena*, dovevano avere un programma di giudizio che avrebbe imposto all'organo giudicante – giudice unico o *recuperatores*⁵⁶ – di effettuare tale accertamento.

⁵⁵ Sulla questione che riguarda la presenza, in questo passo gaiano, del termine *edictum* in luogo di *interdictum* v., per tutti, A. BISCARDI, *La tutela interdittale*, cit. (nt. 3), 64 s. Contro l'idea di W.B. LEIST, *Die Bonorum possessio*, I, cit. (nt. 3), 340 s., nt. 1, secondo cui il termine '*edictum*' del passo gaiano deriverebbe da una corruzione di *interdictum*, che sarebbe stato originariamente abbreviato in '*tdictum*', v. K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 241, nt. 8, e A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario*, XLIII-XLIV, cit. (nt. 3), 463-466. Dal punto di vista paleografico va notato che, a differenza di quanto sostenuto da Reinach in *Gaius, Institutes. Texte établi et traduit par Julien Reinach Conseiller d'État*, Paris 1950, 175 s., nt. 1, proprio dall'esame della riproduzione fotografica in bianco e nero del verso del *folium singulare de praescriptionibus et interdictis* pubblicata in calce all'apografo di Studemund risulta chiaramente che, come esattamente riprodotto da G. STUEDEMUND, *Apographum*, cit. (nt. 31), 236, alla fine del rigo 9 dopo le lettere '*Ris*' si legge chiaramente una '*e*', e non un segno abbreviativo rappresentato da una '*ʒ*' da sciogliere in '*inter*'. Per questa ragione, come già correttamente rilevato da H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 10, nt. 24, non si può seguire J. REINACH, *Introduction*, in *Gaius Institutes*, cit. (*supra*), XIII, quando sostiene che proprio questo sarebbe un grave errore di lettura da parte di Studemund.

⁵⁶ Come rilevato da K.A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren*, cit. (nt. 3), 252, in ciò

Il modo stesso in cui Gaio si esprime in questo passo delle Istituzioni, allora, può far ritenere che pure nel caso in cui si fosse richiesta la nomina di un *arbiter*, questi avrebbe dovuto giudicare in base a una *formula* che, in quanto diretta a verificare ‘*an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit, uel an factum non sit*’, doveva essere congegnata nei termini ‘SI PARET ... CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO’.

Doveva trattarsi, pertanto, non già di una *formula in ius concepta*, nella quale *de iure quaeritur*,⁵⁷ bensì di una *formula in factum concepta* avente una *intentio* enunciata in modo analogo a quella addotta da Gaio come esempio paradigmatico di questo genere di programmi di giudizio in

Gai 4.46 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 167]: *Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, <sed> initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendiue potestas datur: qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius uocauit; || nam in ea ita est RECUPERATORES SVNTO. SI PARET ILLVM PATRONVM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECUPERATORES ILLVM LIBERTVM ILLO PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE rell.*

seguito da O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 452, mentre nel caso di *agere cum poena* si può essere sicuri del fatto che il procedimento si svolgeva di fronte a un giudice unico (l'*arbiter*, in relazione al quale nelle fonti si discorre anche di *officium iudicis*: v., per esempio, Gai 4.163; con riferimento all'interdetto *Quod ui aut clam*, Ulp. 71 *ad ed.* in D. 43.24.7.3 e D. 43.24.15.7), quando si trattava di procedimento *cum poena* non siamo in grado di dire, allo stato delle fonti, quando il procedimento si svolgeva innanzi a un giudice unico, come si deduce da Gai 4.166, e quando, invece, innanzi ai *recuperatores*, come nel caso attestato nell'orazione pronunciata da Cicerone in difesa di Aulo Cecina in un anno che non può identificarsi con sicurezza (probabilmente il 69 o il 68 a.C.: su questo punto v. da ultimo G. D'ANGELO, *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*, Torino 2007, 100, e la letteratura ivi citata alla nt. 3). Per un quadro delle tesi relative alla questione della scelta dei *recuperatores* in alternativa al *iudex unus* v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, 1, Milano 1963, 196-206, e spec. 201, nt. 113, con riferimento ai criteri da adottare in caso di procedimento *ex interdicto*.

⁵⁷ Cfr. Gai 4.45 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 167]: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus rell.*

Al pari della *formula arbitraria* del procedimento *ex interdicto*, infatti, anche la formula dell'azione con cui il patrono avrebbe potuto agire contro il proprio liberto che lo avesse citato in giudizio senza aver preventivamente ottenuto l'autorizzazione del pretore⁵⁸ imponeva all'organo giudicante di condannare o di assolvere dopo aver verificato se fosse stato compiuto qualcosa *contra edictum*. Sulla base di questo parallelo, allora, bisogna concordare con quegli studiosi che avevano manifestato la convinzione che la *formula arbitraria* di cui Gaio parla a proposito dell'*agere ex interdicto* avesse una *intentio in factum concepta*.⁵⁹ In una *intentio* così concepita, infatti, si sarebbe posta al giudice la questione che riguardava la verifica di un *factum* consistente nell'avvenuta violazione di quanto ordinato dal magistrato che aveva emesso un interdetto restitutorio o esibitorio.

6. La ricostruzione della *formula arbitraria* proposta da Lenel, peraltro, risulta poco convincente anche da un altro punto di vista di carattere generale. Essa, infatti, non tiene conto del modo in cui erano strutturati i programmi di giudizio delle azioni cosiddette arbitrarie.

Il meccanismo in virtù del quale il convenuto avrebbe potuto evitare la condanna pecuniaria conformandosi all'*arbitrium de restituendo* o *de exhibendo* non era esclusivo della *formula arbitraria* del procedimento *ex interdicto*, perché operava – è noto – anche in altre azioni che contenevano una clausola comunemente chiamata arbitraria. In virtù di tale clausola il giudice,⁶⁰ una volta verificata la fondatezza della *intentio*,⁶¹ avrebbe potuto invitare il convenuto a ef-

⁵⁸ In proposito v. D. 2.4.4.1 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Praetor ait: 'parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis uocet'*; cfr. Gai 4.187 [KRUEGER-STUEDEMUND⁷, 202]: *Quas autem personas sine permissu praetoris inpune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inuitas obligare possumus praeterquam si praetor aditus permittat.*

⁵⁹ Cfr. *supra*, § 2.

⁶⁰ In origine, probabilmente, un *arbitrator*: cfr. M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit. (nt. 3), 95, nt. 77. Circa la qualificazione dell'*arbitrium* del giudice delle azioni arbitrarie v. ID., v. *Rivendicazione (dir. rom.)*, in Enc. dir. 41, Milano 1989, 23, nt. 132 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 407, nt. 132).

⁶¹ Sulla cosiddetta *pronuntiatio* come elemento strutturale del processo formulare

fettuare la *restitutio* o la *exhibitio* in base al suo *arbitrium*, in forza del quale ne avrebbe anche determinato portata e modalità,⁶² eventualmente imponendo la prestazione di *cautiones iudiciales*. Nel processo formulare si veniva così a introdurre un temperamento al principio della condanna pecuniaria che lo dominava.⁶³ In questo modo il convenuto avrebbe potuto evitare la condanna pecuniaria, il cui importo, salvo casi particolari,⁶⁴ sarebbe stato determinato con *ius iurandum in litem* dallo stesso attore per sanzionare la *contumacia* del convenuto. L'attore, dal canto suo, avrebbe potuto vedere soddisfatto in seno all'azione il proprio interesse concreto alla *restitutio* o alla *exhibitio*, anziché al pagamento di una somma di denaro.

Erano sicuramente munite di clausola arbitraria, oltre alla formula della *rei vindicatio* e delle altre azioni *in rem*,⁶⁵ anche le formule di alcune azioni *in personam*, come l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*, l'*actio aquae pluviariae arcendae*, l'*actio redhibitoria*, l'*actio Fabiana*, e quella del *iudicium Cascellianum* (o *secutorium*).⁶⁶ Pure la *conceptio*

nelle azioni 'arbitrarie' v. M. MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołokkiewicz*, Varsovie 2000, 497-506 (= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 737-746); v. già ID., v. 'Rivendicazione (dir. rom.)', cit. (nt. 60), 17, nt. 91 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 401, nt. 91).

⁶² Cfr. D. 50.16.246 (Pomp. 16 *epist.*): *tota restitutio iuris est interpretatio*. Sul punto v. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 338 s., con indicazione di fonti e di altra letteratura.

⁶³ Così P.F. GIRARD, *Manuale elementare*⁴, cit. (nt. 3), 1036; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 335; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit. (nt. 3), 95.

⁶⁴ Come si ricorderà, si tratta dei casi nei quali la mancata *restitutio* non poteva farsi dipendere da dolo del convenuto: v. M. MARRONE, v. 'Rivendicazione (dir. rom.)', cit. (nt. 60), 24 (= *Scritti giuridici*, I, cit., 408), con citazione di fonti e di bibliografia alla nt. 141.

⁶⁵ Sulla presenza della clausola arbitraria nelle formule della *actiones negatoriae* di servitù v., diversamente fra loro, gli autori citati da E. NICOSIA, 'Actio in rem' e 'actio in personam' nella impostazione di Gaio, in L. GAROFALO (a cura di), 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2012, 63, nt. 18.

⁶⁶ Arg. ex Gai 4.165-166 [KRUEGER-STUEDEMUND⁷, 196 s.]: [165] ...sed actor sponsonis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut si sponsione uicerit nisi ei res exhibeatur aut restituatur || (24 uersus in C legi nequeunt) || [166] ...et hoc amplius, si apud aduersarium meum possessio est, quia is fructus licitatione uicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur. La ricostruzione della formula con clausola arbitraria è pacifica in dottrina: v. [A.F.] RUDORFF, *Bemerkungen über dasselbe Interdict*, in *ZgRW* 11, 1842, 359; K.A. SCHMIDT,

uerborum dell'*actio ad exhibendum* conteneva una clausola che avrebbe consentito di assolvere il convenuto ove costui, *arbitrio iudicis*, avesse effettuato la *exhibitio*.⁶⁷

Tutte le formule delle azioni arbitrarie ricostruite da Lenel⁶⁸ presentano invariabilmente una *intentio* che esprime una condizione enunciata in una protasi introdotta dalle caratteristiche parole 'SI PARET', cui poi si riconnette la condizione negativa della clausola arbitraria, enunciata in una proposizione che, come la prima, esprime una ipotesi. Sarebbe davvero strano, allora, che dal punto di vista della struttura la *formula arbitraria* impiegata nel procedimento *ex interdicto* non seguisse questo medesimo schema, in cui la clausola arbitraria si riconnetteva come una seconda protasi (negativa) a quella (positiva) espressa nella *intentio*, tanto da costituirne una sorta di appendice.⁶⁹

Questo aspetto risulta ancor più evidente se si considera il modo in cui sono enunciate le clausole arbitrarie tramandate con sicurezza nelle nostre fonti⁷⁰ in relazione tanto a una formula *in ius concepta*, come

Das Interdiktenverfahren, cit. (nt. 3), 258; O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 450, nt. 4; cfr. anche gli autori citati da B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie*, cit. (nt. 9), 8, nt. 1.

⁶⁷ In proposito si veda l'elenco di azioni arbitrarie fornito a titolo esemplificativo in I. 4.6.31, dove si dice espressamente che pure l'*actio ad exhibendum* 'ex arbitrio iudicis pendet'; cfr. le ricostruzioni della formula suggerite da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit. (nt. 6), 97 (§ 86); G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Graz 1872, 36; L. JOUSSERANDOT, *L'Édit perpétuel restitué et commenté*, I, Paris 1883, 216; O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 220; v. anche M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957, 493. In questo caso il meccanismo doveva essere analogo a quello della *formula arbitraria* di cui Gaio parla a proposito degli interdetti esibitori.

⁶⁸ Si vedano, per esempio, O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 185 s. (*rei uindicatio per formulam petitoriam*); 171 (*actio Publiciana*); 177 (*hereditatis petitio*); 190 (*uindicatio ususfructus*); 187 s. (*actio de fundo uectigali*); 189 (*actio de praedio stipendiario uel tributario*); 494 s. (*actio Seruiana*); 115 (*actio de dolo malo*); 112 (*actio quod metus causa*); 376 (*actio aquae pluuiarum arcendae*); 559 s. (*actio redhibitoria*).

⁶⁹ Così C.A. CANNATA, v. 'Formula', in NNDI 7, Torino 1961, 584 s.; ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II: *Il processo formulare*, Torino 1982, 107; in argomento v. anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 311, nt. 2.

⁷⁰ Non può considerarsi sicura la presenza di una clausola restitutiva anche nella formula dell'*actio depositi in ius ex fide bona* in base a quanto si legge nel passo del fol. 51v del palinsesto veronese corrispondente a Gai 4.47 – per cui v. G. STUDEMUND, *Apographum*, cit. (nt. 31), 204, r. 16 – dove le lettere 'NR' che precedono le sigle con cui è stata

quella della *rei vindicatio per formulam petitoriam*,⁷¹ quanto a una formula *in factum concepta*, come quella dell'*actio quod metus causa*.⁷² Tali clausole, introdotte dalla congiunzione 'NEQVE', che ha il significato di 'et non',⁷³ esprimono una ipotesi che si ricollega a quella già formulata nella *intentio*, ricalcando un costrutto non estraneo al lessico giuridico.⁷⁴

Una struttura formulare congegnata in questo modo, peraltro, risulta in armonia con quanto si sa con assoluta sicurezza sul modo in cui il giudice avrebbe dovuto procedere a giudicare nelle azioni arbitrarie, perché l'emissione del *iussus de restituendo* o *de exhibendo* avrebbe sempre postulato un accertamento preliminare della fondatezza della pretesa dell'attore enunciata nella *intentio* in forma di protasi. Solamente quando tale accertamento fosse risultato positivo, infatti, il giudice avrebbe proceduto a invitare il convenuto a effettuare la *restitutio* o la *exhibitio*, perché ove la *intentio* fosse risultata infondata o fosse stata neutralizzata dalla *exceptio*, si sarebbe senz'al-

abbreviata la clausola assolutoria (SI NON PARET ABSOLVITO) sono state sciolte da alcuni editori in 'N(ISI) R(ESTITVAT)'. Oltre al fatto che una clausola del genere non conterrebbe alcuna allusione all'*arbitrium iudicis*, infatti, farebbe comunque difficoltà la circostanza che essa risulterebbe inserita nel corpo della *condemnatio*, e per di più in uno dei *bonae fidei iudicia*, che non erano azioni cosiddette *stricti iuris* e pertanto non avrebbero avuto alcun bisogno di una clausola del genere per autorizzare l'organo giudicante a tenere conto di una eventuale *restitutio post litem contestatam* ai fini dell'assoluzione. In argomento v. O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 288, nt. 12, ove la letteratura più antica, cui adde gli autori richiamati in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit. (nt. 11), 185, nt. 496.

⁷¹ Cic. *Verr. II*, 2.12.31: ...*Lucius Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servili esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur* rell. Cfr. O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 186, nt. 2.

⁷² D. 4.2.14.11 (Ulp. 11 *ad ed.*): ...*et hoc fit his uerbis [edicti] <formulae> 'neque ea res arbitrio iudicis restituetur'* rell. Per l'interpolazione v. O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 113, e nt. 2.

⁷³ Cfr. J.B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, 448.

⁷⁴ Per un esempio tratto dal lessico legislativo dell'ultima età repubblicana si può vedere *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap. XXI, 4-6: ...*sei is eam pecuniam in iure apud eum, qui ibei i(i)ure d(e)icundo p(rae)erit, ... neque id quo confessus erit soluet satisue faciet*, cap. XXI, 7-9: ...*se ius ibei d(e) e(a) r(e) in iure non responderit, neque d(e) e(a) r(e) sponsonem faciet neque iudicio ut ei oportebit se defendet*, v. anche il cap. XXII della stessa legge.

tro proceduto ad assolvere il convenuto, senza invitarlo a *restituere* o a *exhibere*. Per ragionare in termini di logica formulare, la clausola arbitraria esprimeva una condizione (negativa) della *condemnatio* direttamente connessa a quella (positiva) espressa nella *intentio*. Essa, difatti, non veniva neppure in considerazione ove la prima non fosse stata accertata.

Da questo punto di vista, allora, può dirsi che la condizione contemplata nella clausola arbitraria, dipendendo da quella espressa nella *intentio*, differiva da quella contenuta nella *exceptio* quanto ai presupposti. Ciò vale a spiegare perché anche dal punto di vista sintattico la *exceptio*, che enunciava una condizione autonoma rispetto a quella della *intentio*, era espressa in una protasi introdotta da 'SI'⁷⁵ che era del tutto indipendente da quella enunciata nelle parti della formula che la precedevano.

Inoltre, la condizione contenuta nella *exceptio*, che riguardava

⁷⁵ Si vedano gli esempi di *exceptiones* testualmente riferiti in Gai 4.119 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 186]: ...SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTVM SIT NEQVE FIAT ... SI INTER A. AGERIVM ET N. NEGIDIVM NON CONVENIT, NE EA PECVNIA PETERETVR; Gai 4.126 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 188]: ...SI NON CONVENERIT, NE EAM PECVNIAM PETEREM. Lo stesso può dirsi per la *replicatio*; v. Gai 4.126 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 188]: ...SI NON POSTEA CONVENIT, VT MIHI EAM PECVNIAM PETERE LICERET. In senso contrario non varrebbe replicare che anche la clausola arbitraria poteva essere espressa in un'autonoma protasi introdotta da 'SI', perché nessuna delle citazioni testuali presenti nelle fonti di cui disponiamo suffraga tale ipotesi. D'altra parte, le diverse ricostruzioni con 'SI ... NON' – per cui v., per esempio, A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit. (nt. 6), 71: *hereditatis petitio*; O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 171: *actio Publiciana*; 177: *hereditatis petitio*; 376 s.: *actio aquae pluviae arcendae* – sono state proposte dagli studiosi senza alcun appiglio testuale sicuro e sono state giustamente ritenute «stilistisch hart» da parte di M. KASER, *Zum Ediktstil*, in *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar 1951, 45, nt. 6. Né appare persuasivo quanto sostenuto in senso contrario, nel discutere appositamente tale questione, da E. SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der 'iudicia arbitraria'*, cit. (nt. 42), 407, sulla base di quanto si legge in D. 4.2.14.3 (Ulp. 11 *ad ed.*) con riferimento all'*actio furti manifesti* (*non statim quadrupli est actio, sed si res non restitatur*) e in D. 38.5.5.1 (Paul. 42 *ad ed.*) con riferimento all'*actio Fabiana* (*in actione Fabiana si res non restitatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iurauerit*). Entrambi questi passi del Digesto, infatti, non tramandano citazioni testuali, ma alludono alla condizione espressa nella cosiddetta clausola arbitraria senza che essa sia posta in rapporto con una precedente parte del programma di giudizio che esprimesse una condizione; sicché si capisce come in questo contesto, diverso da quello della formula, fosse necessario far cominciare la protasi che esprimeva la condizione con un 'SI'.

eventi precedenti o coevi al momento della *litis contestatio*,⁷⁶ avrebbe potuto essere esaminata, talora, anche prima di quella enunciata nella *intentio* (come nel caso delle eccezioni pregiudiziali), e, se verificata, avrebbe portato all'assoluzione del convenuto senza che il giudice neppure considerasse quanto dedotto nella *intentio*.⁷⁷ La condizione contemplata nella clausola arbitraria, che era espressa al futuro (*restituetur* o *exhibebitur*), riguardava invece un evento successivo alla *litis contestatio*,⁷⁸ e poteva essere valutata ai fini dell'assoluzione, come si è osservato, solamente dopo che il giudice avesse esaminato la sussistenza della condizione enunciata nella *intentio*.

Anche per questa ragione, dunque, si può ritenere che, a differenza di quanto creduto da Lenel e da Arangio Ruiz, la *conceptio uerborum* della *formula arbitraria* di cui si discorre in Gai 4.163 seguisse un andamento che, come quello dei programmi di giudizio di tutte le altre formule arbitrarie, si articolasse secondo uno schema in cui a una condizione introdotta nella *intentio* dalle parole 'SI PARET',⁷⁹ si connettesse quella espressa nella clausola arbitraria, cui poi seguiva la *condemnatio*.

Benché quel che si legge in Gai 4.165 potrebbe fornire uno spunto per ipotizzare che tale clausola fosse espressa in una proposizione introdotta da 'NISI',⁸⁰ appare preferibile pensare che, a differenza da quanto immaginato da Rudorff, essa fosse introdotta dalla congiun-

⁷⁶ Si consideri ancora una volta, a titolo di esempio, il testo della *exceptio doli mali* riferito in Gai 4.119 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 186]: ...SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. AGERII FACTVM SIT NEQVE FIAT.

⁷⁷ In tal senso si veda quanto osservato in M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit. (nt. 4), 63-67.

⁷⁸ Cfr. E. LEVY, *Zur Lehre*, cit. (nt. 9), 70 (= *Gesammelte Schriften*, I, cit., 368); M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 337; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit. (nt. 3), 95, nt. 77.

⁷⁹ Preceduta da una nomina dell'arbitro che avrebbe dovuto decidere la controversia, e che forse in età più antica, prima che si obliterasse la distinzione tecnica fra *arbiter* e *iudex*, per cui v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit. (nt. 56), 192-194, doveva essere ancora enunciata nei termini: '*Lucius Titius arbiter esto*'.

⁸⁰ Gai 4.165 [KRUEGER-STUEMUND⁷, 196]: ...*nisi ea res exhibeatur aut restituetur*; v. anche Gai 4.166a [KRUEGER-STUEMUND⁷, 198]: ...*nisi restituat mihi possessionem* rell. Sul valore di '*nisi*' e sulle differenze rispetto a '*si non*' v. J.B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*, cit. (nt. 73), 667.

zione 'NEQVE'.⁸¹ In questa direzione, infatti, spinge la testimonianza che riguarda il modo in cui era enunciata la clausola restitutoria in seno alla formula dell'*actio quod metus causa*, che, come la *formula arbitraria* del procedimento *ex interdicto*, era *in factum concepta*.

7. Sulla scorta delle riflessioni sin qui svolte è possibile concludere suggerendo una nuova ricostruzione della *conceptio uerborum* di una *formula arbitraria* in un procedimento *sine poena* diretto ad accertare la violazione di un interdetto *Quod ui aut clam*, nella quale a una *intentio* formulata al 'SI PARET' seguono la clausola restitutoria introdotta da 'NEQVE' e la *condemnatio* al 'QVANTI EA RES EST':⁸²

Lucius Octavius iudex esto. Si paret in hoc anno, cum experiundi potestas esset, prohibente (clam) Aulo Agerio in solo illo opus quo de agitur a Numerio Negidio factum esse, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam Lucius Octavius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolutio.

⁸¹ In questo senso v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit. (nt. 56), 190, nt. 96. Per la formulazione introdotta da 'NEQVE' propende anche M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit. (nt. 3), 336. Appaiono sprovviste di solidi appigli testuali, infatti, anche le ricostruzioni con 'NISI' proposte dagli studiosi: v., per esempio, A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit. (nt. 6), 75: *actio Publiciana*; 76 s.: *actio de fundo uectigali id est emphyteuticario*; 78: *actio confessoria e prohibitoria usufructus*; 79: *actio confessoria seruitutis*; 164: *actio aquae pluuiarum arcendae*; 201: *actio Pauliana*; G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, cit. (nt. 67), 36: *actio ad exhibendum*; O. LENEL, *EP*³, cit. (nt. 3), 190: *actio confessoria e actio negatoria usufructus*; 223: *actio ad exhibendum*; 494 s.: *actio Seruiana*.

⁸² Per le ragioni che inducono a preferire questa formulazione v. *supra*, § 2, nt. 23.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

