

GIOVANNI GULINA

Contributo allo studio della
satisfactio pro praede litis et vindictiarum

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

(AUPA)

Volume LVI
(2013)



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 Mazzarella	Palermo
Enrico Mazzaresse 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

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. D'ANGELO, Sulla <i>lex Scribonia de usucapione servitutum</i>	9
M. DE SIMONE, P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale d'udienza.....	27
G. GULINA, Contributo allo studio della <i>satisfatio pro praede litis et vindiciarum</i> ..	65
E. NICOSIA, <i>Promissio iurata liberti?</i>	101
S. SCIORTINO, La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del <i>Codex</i>	113
F. TERRANOVA, Riflessioni su D. 50.16.130. (Ulp. 2 <i>ad leg. Iul. et Pap.</i>).....	159
A. TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto	181
M. VARVARO, Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone.....	215

NOTE

G. FALCONE, Il rapporto <i>ius gentium - ius civile</i> e la <i>societas vitae</i> in Cic., <i>off.</i> 3.69-70	259
G. NICOSIA, <i>Possessio</i> e <i>res incorporales</i>	275
J.G. WOLF, <i>Religio</i> in den Juristenschriften	285

VARIE

M. VARVARO, La compravendita di animali appartenenti alle <i>res Mancipi</i> in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen	299
--	-----

GIOVANNI GULINA

Contributo allo studio della
satisfatio pro praede litis et vindiciarum

ABSTRACT

Gai 4.88-93 explains two *in rem* defendant's *satisfactiones* (*iudicatum solvi* and *pro praede litis et vindiciarum*) like one. Because the difference between *formula petitoria* and *agere in rem per sponsionem* is great, *satisfactiones iudicatum solvi* et *pro praede* can not be the same. Paper proposes a new reconstruction of *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, not based, as usual, on *cautio iudicatum solvi*, but regarding *duplione damni decisio* of XII tab. 12.3 about *praedes litis et vindiciarum* in *legis actio sacramenti in rem*.

PAROLE CHIAVE

Azione di revindica; garanzie del convenuto; *agere in rem per sponsionem*; *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

SOMMARIO: 1. Posizione del problema.. – 2. La ragione generale della garanzia richiesta al possessore interinalmente costituito della *res litigiosa*. – 3. La novità implicata dall'*agere in rem per sponsionem* prima, dalla *formula petitoria* dopo. – 4. Il regime restituito da Gai 4.88-95. – 5. La specialità dell'*agere in rem per sponsionem*: il giudicato indiretto. – 6. Dubbi sull'equivalenza funzionale di *cautio* e *satisfatio*. – 7. La *satisfatio pro praede* quale succedaneo della *praedialtura*. – 8. Conclusione. – 9. Epilogo.

1.- *Posizione del problema*. Queste pagine contengono il frutto composto di una riflessione che, da qualche tempo, ho cominciato a svolgere, nel tentativo di superare quella viva insoddisfazione, che provavo ogni volta che mi misuravo con il tema, tutt'altro che secondario, delle garanzie richieste al convenuto nella fase introduttiva del giudizio *in rem*. Giunto alle conclusioni che dirò in fine, ho creduto utile fermare per scritto le tappe e i risultati del mio ragionamento, che – non senza qualche pudore – propongo adesso, quale contributo allo studio dell'argomento.

Come sempre, in materie del genere, la fonte di principale riferimento sono le Istituzioni di Gaio; se, tuttavia, abitualmente la piana lezione del giurista classico rappresenta per l'interprete una sorta di porto sicuro, dove armare la propria tesi e farla forte dell'autorità della lettera veronese, nel caso delle garanzie (pre)processuali, è proprio quella lettera a porre il problema, invece che a risolverlo. L'insoddisfazione che dicevo nasce tutta dall'esegesi del passaggio racchiuso nei paragrafi da 88 a 91 del quarto commentario.

Ai termini della fonte, la garanzia è prevista:¹

Gai 4.89: *...ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi...*

A me è sempre parso – forse per un eccesso di dogmatismo – che la *potestas agendi* nei confronti della controparte soccombente nel compiuto giudizio di accertamento (e di condanna) derivasse all'attore vittorioso dalla sentenza definitiva della controversia e non – come sembra doversi ricavare dal passo – dalla garanzia preprocessuale; mi è sempre parso che – cioè – l'agire dell'attore vittorioso fosse l'atto di deduzione dell'*obligatio iudicati*, non della situazione di soggezione creata con l'impegno paranegoziale pregiudizialmente costituito. Del resto, che l'iniziativa esecutiva segua quella di accertamento e di condanna, in essa titolandosi, è molto concretamente ricavabile già per l'antico processo da:²

¹ Riporto, qui e altrove, le Istituzioni di Gaio secondo l'edizione di E. SECKEL, B. KÜBLER (cur.), *Gaii Institutionum commentarii quattuor*⁷, Stuttgart 1935 (rist. 1968). Nel corso di questo studio non affronterò peraltro problemi di lezione del palinsesto. Una precisa eco delle parole di Gaio si legge in apertura del titolo XI, *de satisfationibus*, delle Istituzioni di Giustiniano.

² Si veda anche Gai 4.21: '*per manus iniectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum*'. Per la lezione del testo decemvirale seguo, anche nel prosieguo, G. BAVIERA, *Fontes iuris romani anteiustiniani*, 1², Firenze 1941, 23 ss., 32. In argomento, da ultimo, C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 1 ss., con letteratura, *ibidem*, nt. 3.

XII tab., 3.1 *aeris confessis rebusque iudicatis xxx dies iusti sunt*. 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*.

Stando a Gaio, invece, l'attore avrebbe trovato il titolo dell'iniziativa materialmente esecutiva – *potestas agendi* –, non nella sentenza che lo dichiarava vincitore, ma nell'impegno di garanzia preliminarmente ricevuto: '*cavere, ut ... sit mihi potestas*'.

Poiché tuttavia quella facoltà egli doveva – a mio avviso – rinvenirla altrove, ecco che si profilava il presupposto della insoddisfazione, laddove la posizione giuridica attiva creata con la costituzione della garanzia appariva un perfetto duplicato di quella recata dalla sentenza di condanna.

Considerato che la previsione della prestazione della garanzia dovette sopravvenire alla maturità del sistema indiziato dal versetto decemvirale, non era – e non è – ragionevolmente ipotizzabile l'introduzione per via onoraria o giurisprudenziale della richiesta di un impegno palesemente inutile. Si dovrebbe quantomeno affermare che, nel passaggio dalle *legis actiones* al processo formulare, la sentenza aveva perso l'attitudine a costituire titolo esecutivo: il che non è effettivamente possibile (possibile semmai è il contrario) per una sentenza, la quale sia diretta esecuzione di un *iussum iudicandi*, espressamente forgiato in termini di *si paret, condemna(to)*: il (*con*)*damnas* non può infatti non essere titolo idoneo all'esperimento della *manus iniectio* – prima –, delle soluzioni esecutive onorariamente sopravvenute – poi.³

Le cose cambiano parecchio, ragionando in termini non più di formula petitoria, ma di *agere in rem per sponsionem* e di giudicato reso in quella forma caratteristicamente indiretta, di cui dirò dettagliatamente nel prosieguo. La pronuncia che infatti afferma la spettanza della somma *praeiudicialis* non è titolo esecutivo per il conseguimento dell'equivalente della cosa pregiudicata: dunque ben soccorre l'impegno preprocessuale di rilasciare la cosa in favore della controparte vittoriosa (o di *sufferre litis aestimationem*), la quale, in mancanza, avrebbe potuto al più vantare il vuoto credito *ex sponsione*.⁴

Il punto è che, a una distinzione tanto netta tra il modo della esecuzione del giudicato scaturito dall'esperimento della formula petitoria e quello derivato dall'*agere in rem per sponsionem*, non fa eco come dovrebbe la struttura formale della parte delle Istituzioni che ne tratta, posto che l'uno e l'altro modo di agire sono richiamati in parallelo e in parallelo (e con piena fungibilità di attitudine e di presupposti) sono dette le forme di garanzia preprocessuale. In altre parole, la tanto radicale distinzione ora prospettata tra la funzione dei due modi di garanzia accessori dell'una e dell'altra forma di deduzione processuale della pretesa *in rem* non è ammissibile a fronte dell'insegnamento di Gaio, il quale è forgiato nei termini contrari di un piuccheperfetto parallelismo tra gli impegni richiesti al convenuto che volesse resistere tanto alla revindica formulare, quanto alla iniziativa *per sponsionem*: identici presupposti; identica finalità.

³ L'emersione dell'attitudine condannatoria del giudicato nel passaggio dalle *legis actiones* alla formula petitoria è evidenziato benissimo, con riferimento al problema della garanzia preprocessuale, da F. LA ROSA, *La struttura della cautio iudicatum solvi*, in *Labeo* 2, 1956, 169. Come si vedrà proseguendo, dell'autrice citata sono debitore per i molteplici spunti da costei evidenziati nel mettere a fuoco la reciproca inassimilabilità di *cautio iudicatum solvi* e *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

⁴ Ciò facilmente argomentando da Gai 4.94.

Da qui il senso di insoddisfazione, che – lo dicevo – ogni volta mi accompagna nella lettura di quel, tutto sommato, breve squarcio delle Istituzioni.

La soluzione congetturale che ho creduto di poter ricavare muove da relativamente lontano e impegna campi almeno apparentemente non prossimi a quello specifico delle garanzie in oggetto. È pertanto necessario avviare una non brevissima introduzione, nella quale potrò svolgere appieno le premesse del mio ragionamento. Motivi ineluttabili di equilibrio e concisione, mi costringeranno a muovermi, spesso e in maniera formalmente acritica, sul filo di quella che generalmente è detta *communis opinio*, senza poter riferire – specie per gli istituti del tempo più antico – le molte e autorevoli voci contrarie o difformi, che nel tempo si sono registrate nella letteratura romanistica.⁵

2. – *La ragione generale della garanzia richiesta al possessore interinalmente costituito della «res litigiosa».* Nell'antico processo delle *legis actiones* le controversie sulla appartenenza dei diritti reali venivano avviate alle soluzioni codificate che, all'alba di Roma, avevano gradualmente sostituito – secondo quanto per lo più si ritiene – l'arbitraria autotutela primordiale, introducendo al suo posto un procedimento funzionalmente imperniato sul provocato collegamento tra la verità della attribuzione controversa, vantata in termini identici da ciascuna delle parti, e la verità di un giuramento che doveva confermarla. Le ragioni che generalmente si allegano per spiegare l'origine di un simile fenomeno giuridico sono così note che posso ometterne per brevità un qualsiasi richiamo.⁶ La promozione del rito contenzioso produceva dunque una sorta di elevazione dei termini della controversia, che si arricchivano di un elemento sacrale, rappresentato dal giuramento di conferma che ho detto: accanto e in aggiunta all'opposizione

⁵ Una pur rapida lettura del corso di G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 1, *Le origini*, Torino 1986 (rist.), 27 ss., darà l'impressione della gravità del solco che, in una letteratura ormai plurisecolare, ha separato e separa le opinioni dei romanisti circa articolazioni fondamentali della ricostruzione del fenomeno processuale nell'antica Roma. Di tanta (problematica) ricchezza non potrò evidentemente dare conto in queste pagine; seguirò per brevità, dove una più approfondita disamina non sia specialmente richiesta, la *communis opinio*, per la quale considero valido riferimento l'ultima grande produzione manualistica della romanistica italiana e, segnatamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 286 ss. (nonché ID., v. 'Processo civile (diritto romano)', in *Enc. dir.* 36, Milano 1987, 1 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 68 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 334 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, 73 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Napoli 1994, 671 ss.

⁶ Notorietà che certamente non vuol dire pacificità. Rinvio agli autori che ho richiamato studiando l'antica *rei vindicatio* in relazione alla forma negoziale di trasferimento della proprietà che su quel modello è coniata: G. GULINA, *In iure cessio e mancata vindicatio contraria nella legis actio contenziosa*, in *Iuris antiqui historia* 3, 2011, 113 nt. 1, 116 nt. 2. Ivi anche la considerazione dell'effetto costitutivo della *legis actio*, come in origine percepito. In queste prime pagine seguirò gli orientamenti che in argomento sono stati prevalentemente assunti in letteratura, senza dare conto delle pur molte e importanti letture che se ne sono seriamente discostate. E ciò perché l'introduzione del tema di cui voglio occuparmi non finisca per assorbire energie sproporzionate. Stesso discorso per l'inquadramento istituzionale delle garanzie preprozessuali: oltre che agli ultimi manuali della nostra letteratura ricordati alla nota precedente, posso senz'altro rinviare alle lezioni autorevolissima di M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 210 s. Segnalo anche lo speciale saggio di G.I. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS* 73, 1956, 29 ss. (v. anche ID., *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati* 28, 1959/60, 3 ss.) e il recente studio di M. FUENTESECA DEGENEFEE, *La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*, in *RIDA* 53, 2006, 237 ss.

iniziale e sostanziale corrente tra la pretesa dell'una e dell'altra parte circa la spettanza esclusiva a sé del medesimo diritto reale, si formava un'opposizione tutta processuale (a tacer della sostanza sacra, che – presto impercetta – andò conseguentemente perdendosi), costituita dalla tensione tra i due giuramenti, i quali rispecchiavano e traducevano sul piano metagiuridico (e metaprivatistico) l'impossibilità della conciliazione delle posizioni vantate dalle parti.⁷

Elevata – e trasformata – nel modo che ho brevemente richiamato, la controversia era matura per la decisione da parte del magistrato, che – come suggestivamente si ritiene – riasumeva allora in sé la comunità cittadina, la quale forse, depositaria della funzione di quello che oggi si chiama controllo sociale, era stata il primo giudice, secondo il modo che ormai si dice correntemente di *Volksjustiz*.⁸

Come è noto, questi sono i prodromi storici (o, se si preferisce, sociali) della nascita in antico del rito della *legis actio sacramenti in rem*, i cui termini aggiornati di svolgimento si leggono schematicamente ai paragrafi 16 e 17 del quarto commentario delle Istituzioni di Gaio.⁹ Non è tuttavia questa la parte del manuale che interessa le garanzie processuali implicate dal rito (ovvero il tema su cui mi avvio a concentrarmi), quanto piuttosto quella che, a mo' di introduzione, la precede:

⁷ Ho obliterato in questa breve premessa ogni cenno alla fase primordiale di elaborazione dei *verba* e dei *gesta* che poi sarebbero stati di *lege agere*: fase nella quale il rito aveva attitudini costitutive, le quali si muovevano – in assoluto principio – su di un piano irrazionale, se non addirittura magico (ordalico, per G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 70), e che prescindevano da considerazioni assimilabili a quelle che ho adesso svolto e che sono frutto della (esatta, ritengo) lettura che del fenomeno processuale antico gli storici del diritto hanno successivamente ritenuto di poter offrire. Il senso più vero del primitivo *lege agere* è restituito, con ampiezza di riflessioni e discussione di letteratura, specialmente in R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Palermo 1967, 287 ss. (le citazioni sono riferite alla impaginazione di AUPA 30, 1967, 103 ss.); felicissima anche la sintesi precisa di C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 1, *Le legis actiones*, Torino 1980, 13 ss., 23; prezioso il corso di G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 98 ss. Frutto di una diversa sensibilità sono invece le considerazioni svolte sulla meccanica sacramentale da E. BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, in RISG 56, 1915, 1 ss., dove non mancano – 30 ss. – spunti preziosi per una riflessione sull'origine dell'*agere in rem per sponsionem*.

⁸ È più che mai evidente l'impossibilità di soffermarmi adesso, entro questa introduzione, in termini minimamente dettagliati, sui punti delicatissimi e controversi dell'origine del processo privato, della genesi sua entro o fuori del potere magistratuale di *iurisdictio*, della iniziale non bipartizione). Punti, ognuno dei quali, da solo, ha generato studi complessi, di cui non posso che richiamare i principali: F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 3 ss.; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris 1949, 72 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Le très ancien procès romain*, in SDHI 18, 1952, 3 ss.; ID., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 24 ss., 106 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 1, *Le legis actiones*, Roma 1962, 27 ss.; C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 4, Milano 1983, 160 ss.; G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 27 ss.; M. TALAMANCA, v. *Processo civile*, cit., 4 ss.; M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 17 ss. (con ampio richiamo di letteratura). Circa la bipartizione, recentissimamente, S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 1, Padova 2012, 48 ss., con discussione di letteratura, *ibidem* e ntt. 15 ss., 53 ss.

⁹ Sull'origine del rito sacramentale contenzioso si vedano fondamentalmente, tra i moltissimi che hanno scritto in argomento, gli autori che ho citato alla nota precedente e quelli che ho richiamato in G. GULINA, *In iure cessio*, cit., 113 nt. 1.

Gai 4.13: *sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. eaque proinde periculosa erat falsi convictis atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat.*

Si tratta della prima spiegazione del *sacramentum* che Gaio offre ai suoi lettori: l'istituto si è ormai completamente laicizzato (al tempo del giurista era, oltre tutto, pressoché scomparso),¹⁰ e si risolveva per le parti che lo prestavano in una sorta di scommessa, come tale *periculosa*. Colui che infatti giurava il falso (o meglio: ciò che all'esito del giudizio tale sarebbe risultato) era soggetto al pagamento di una *poena* pecuniaria, destinata all'erario pubblico:

Gai 4.13: *nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poene nomine, eaque in publicum cedebat,*

Con il che l'antico rito mostrava un profilo affittivo diverso da quello proprio dell'*actio certae creditae pecuniae*, che il giurista aveva preso a esempio di che cosa dovesse intendersi per *periculum*. Gaio in effetti lo precisa immediatamente, quando – passando (un po' illogicamente) dal rapporto sostanziale del debito a quello processuale della garanzia – specifica senz'altro che:

Gai 4.13: *praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii qui vicerit.*

In chiusura del paragrafo si affacciano pertanto i *praedes* offerti da ciascuna delle parti giuranti in garanzia del fatto che, soccombendo, sarebbe stata puntualmente versata la *poena sacramenti*, nella misura di cinquanta o cinquecento assi, secondo il valore della controversia e come subito illustrato nel successivo paragrafo 14.

Di seguito alla introduzione del *sacramentum*, le Istituzioni passano all'esame delle due forme dell'unica *legis actio* che vi era articolata: per prima quella *in personam*, trattata a cavaliere delle pagine 192 – purtroppo illeggibile – e 193 del codice veronese (resta nel paragrafo 15 la traccia delle modalità procedurali successive alla prestazione del *sacramentum*); quella *in rem*, trattata a seguire nei paragrafi 16 e 17 (quest'ultimo mutilo in fine).

Rileva in punto di garanzie la porzione che di seguito riproduco:

Gai 4.16: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat.*

¹⁰ Fatta naturalmente eccezione per le *duae causae* ricordate in Gai 4.31, su cui G. GULINA, *Lege agere e pignoris capio. Egesi e logica di Gai. 4.31*, in *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi*, 3, Napoli 2008, 1157 ss. = *Rivista di Diritto romano* 6, 2006. Sul punto, con ben altra autorevolezza, G. NICOSIA, *Processo privato*, 1, cit., 123 ss.

nella quale Gaio spiega come, introdotto il rito contenzioso e prestatò da ciascuna delle parti il giuramento uguale e contrario che è caratteristica dell'antico processo, il pretore disponesse per la custodia della cosa controversa per il tempo necessario al giudizio, costituendo un possessore interinale di essa, scelto tra le parti in lite, il quale doveva garantire il fatto della futura eventuale restituzione della cosa alla controparte, nel caso in cui questa fosse risultata vittoriosa nel giudizio: ciò che avveniva con la dazione di uno o più *praedes* speciali, costituiti in diretto favore dell'avversario e non del magistrato (che invece – Gaio lo aveva detto già in 4.13 e lo ripete in 4.16 – riceve da entrambi garanti del versamento della *summa sacramenti* da parte di colui che sarà riconosciuto in sentenza essere spergiuro).¹¹

La ragione per la quale dunque vengono costituiti i *praedes* è di garanzia in ordine all'adempimento della prestazione di pagare la *poena*, quanto ai *praedes sacramenti*; di restituire la cosa ricevuta in possesso interinale con i frutti prodotti nel frattempo, quanto a quelli *litis et vindictiarum*. Non è possibile spiegare adesso perché, in entrambi i casi, si ricorra – almeno nell'età di introduzione del rito – a una eterogaranza, e non invece alla responsabilità personale del debitore che, giurando, dovrebbe assumere le conseguenze dell'atto e che, ricevendo interinalmente la cosa in custodia, dovrebbe costituirsi quasi custode.¹² Il problema non è infatti di

¹¹ Secondo R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 593, l'attribuzione di quello che poi sarebbe divenuto per affinata sensibilità il possesso interinale doveva essere in origine l'applicazione di una decisione sommaria di merito, destinata eccezionalmente ad essere sovvertita nel prosieguo del giudizio, con conseguente – si ripete: eccezionale – ricorso alla escussione dei garanti per la restituzione della *vindictia* già *dicta* in favore dell'avversario. Come si vedrà nel prosieguo, l'intuizione dello studioso palermitano consente un disegno di coerenza suggestiva, laddove la *falsa vindictia* di XII tab. 12.3 sarà intesa con riferimento alla situazione possessoria costituita *in iure* dal magistrato in favore di colui sarà poi *falsi convictus*. Verosimilmente – così, da ultimo, G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 146 – non si faceva luogo all'attribuzione del possesso interinale nel tempo in cui le controverse giungevano a definizione entro il giorno in cui erano state promosse, secondo la regola vigente fino alla introduzione *ex lege Pinaria* dell'aggiornamento necessario della procedura. La cosa doveva allora permanere presso il *ius* magistratuale, donde l'avrebbe infine tratta (o ritratta) la parte risultata vittoriosa.

¹² Sicuramente hanno concorso all'effetto l'alta antichità della *legis actio* e la difficoltà di concepire in termini sufficientemente versatili una soggezione solo eventuale, derivante per giunta da un fatto allo stato incerto. Il punto trova una spiegazione considerando la vicenda che – per l'opinione oggi comunemente ritenuta – ha portato all'origine di quello che sarebbe poi stato il vincolo obbligatorio dalle *pactiones*, cui si ricorreva per regolare le conseguenze di un *delictum* e scongiurare la vendetta privata dell'offeso o dei suoi congiunti (così la fortunata tesi di F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, in *Études de droit romain*, 1, Paris 1928 (estratto), 46 ss., ove sono richiamate le tesi contrarie di Emilio Albertario, Silvio Perozzi, Pietro Bonfante, Emilio Betti; si veda anche M. TALAMANCA, v. 'Obbligazioni (diritto romano)', in *Enc. dir.* 29, Milano 1979, 2, con – ivi, nt. 7 – copiosa citazione di letteratura). L'impegno conobbe per prima una forma di garanzia ante-litteram, nel senso che il vincolo colpiva un soggetto diverso da colui che in prosieguo di tempo sarebbe stato l'obbligato, il quale anzi restava fuori dal rapporto pattizio, avvertendo egli la sola *necessitas* di procurare l'affrancamento di coloro che per lui si erano vincolati e dunque di adoperarsi perché fosse adempiuto quanto pattuito. Né devono trascurarsi le penetranti osservazioni di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 162, per le quali è evidenziata, nell'antico giudicato delle *legis actiones*, l'assenza di ogni attitudine condannatoria e dunque il difetto del presupposto stesso di una *obligatio iudicati* concretamente passibile di essere intesa quale *vinculum iuris* in senso stretto (la presenza in età classica della *cautio iudicatum solvi* è quindi giustificata – p. 168 – come conseguenza della natura condannatoria del sopravvenuto giudicato formulare *in rem*, assistito – come ogni giudicato condannatorio – dalla *manus iniectio* esecutiva, contrastabile per mezzo di un *vindex* e prevenibile – ecco il punto, p. 170 – rilasciando una garanzia anticipata di impegno del terzo, quasi *vindex* in-pectore, a liberare il *reus* dalla responsabilità in cui questi avesse dovuto incorrere, *solvendo* il garante il *iudicatum*). Nel

semplice soluzione e non voglio affrontarlo, anche perché nelle manifestazioni che mi interessano ai fini di questo studio, la garanzia *pro* (e sottolineo il *pro*) *praede litis et vindiciarum* è finalmente – lo si vedrà – prestata in proprio da colui che è confermato interinalmente nel possesso della cosa controversa, salvo doverla cedere all'avversario nell'ipotesi in cui questo sarà vittorioso nell'iniziativa svolta.¹³

3. – *La novità implicata dall'«agere in rem per sponsionem» prima, dalla «formula petitoria» dopo.* Con il tempo – è noto –, l'antico processo quiritario divenne insopportabile ai *cives*, che finirono per abbandonarlo, preferendogli il rito nel frattempo introdotto per la soluzione delle controversie nelle quali le parti, o una di esse, fossero state sprovviste della cittadinanza romana, che era requisito imprescindibile per lo svolgimento della *legis actio*.¹⁴ Anche le pretese relative alle posizioni reali furono attratte al nuovo rito: forse per ultime, data la resistenza che si può immaginare all'estensione della innovazione alle situazioni dominicali assolute; forse per prime, considerata la speciale onerosità della *legis actio sacramenti in rem* (giuramento prestato da entrambi, relativi garanti, costituzione del possesso interinale, ulteriore garante) e visto l'espedito astutamente introdotto dell'*agere in rem per sponsionem*, con il quale la situazione reale era contrabbandata in un giudizio *in personam*, quale presupposto di una obbligazione che ad esso era stata pretestuosamente condizionata.¹⁵

pensiero dell'autrice citata infatti, l'alterità del *praes* rispetto al garantito deriva geneticamente dall'alterità del *vindex* rispetto all'esecutato e dunque non discende dalla incapacità di configurare in termini obbligatori la condizione di soggezione del garantito: sul punto ritornerò alla nota 30.

¹³ Curiosamente la garanzia da prestarsi a cura di terzi tornerà in chiusura dello sviluppo dell'istituto, quando la *cautio iudicatum solvi* sarà generalmente prestata da fideiussori, al punto che – ove eccezionalmente costituita dalla parte – si riterrà *tamquam non esset* l'impegno *de re iudicata*, salvi quelli *de dolo* e *de re defendenda* [così D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*), su cui avrò occasione di tornare alla nota 29]. Nel senso della precipua funzione di garanzia prestata da soggetti terzi al rapporto principale d'obbligazione già si era espressa convincentemente F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 168. Le Istituzioni di Giustiniano – 4.11 – confermano tuttavia la lettera di Gaio, ricordando l'antico regime delle garanzie *si in rem agebatur* e riferendo esplicitamente che il '*possessor compellebatur, ut ..., potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fideiussoribus suis*'.

¹⁴ Rinnovo l'avvertimento relativo alla necessità di serrare questa introduzione e di muovermi perciò sulla linea delle opinioni prevalentemente ritenute in letteratura, tacendo le voci significativamente discordi che pur si sono registrate. Se infatti imponente è la mole degli studi circa l'origine del processo *tout-court*, non da meno è quella sulla invenzione del processo formulare e sulla introduzione di questo nella *iurisdictio urbana*, per derivazione – si ritiene – dalla *iurisdictio inter cives et peregrinos*. Mi giovo ancora una volta dell'insegnamento di M. TALAMANCA, v. *Processo civile*, cit., 25 ss., e M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 107 ss., cui faccio rinvio anche per l'esauritivo richiamo della letteratura fino ad allora formatasi; voglio comunque ricordare G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, 3, *La genesi del processo formulare*, Bologna s.d., ma 1949 e G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, Roma 1963, 19 ss.; nonché – circa la *lex Aebutia* e la sussunzione del processo formulare nel *ius civile* – M. WLISSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, 1, Leipzig 1888, 103 ss.; M. KASER, *Die lex Aebutia*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1, Milano 1953, 25 ss. = *Ausgewählte Schriften*, 2, Napoli 1976, 443 ss., e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno di Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 65 ss.

¹⁵ Sull'origine dell'*agere in rem per sponsionem* sono state in letteratura espresse idee molto diverse. Caposaldo tuttora fondamentale degli studi in argomento resta F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 2, Milano 1930, 591 ss., soprattutto per la critica svolta delle letture allora correnti (segnata-

Fatto sta che, dopo la riforma augustea del processo privato, le azioni *in rem* erano dedotte o *per formulam petitoriam* o *per sponsionem*; né giova adesso mettere a fuoco le tappe che portarono a tale risultato, dovendomi concentrare semmai sul tempo successivo (e sul tema delle garanzie), quando si è formato infine il regime classico,¹⁶ restituitoci dalle Istituzioni veronesi nei termini che seguono:

Gai 4.88: *videamus nunc quibus ex causis is cum quo agitur vel hic qui agit cogatur satisfacere. 89. igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.*

Caduto il *sacramentum* è caduta anche la *poena* connessa alla soccombenza e, conseguentemente, la necessità di garantirne la prestazione da parte di chi sarebbe stato indicato responsabile dello spergiuro. Gaio avvia infatti la trattazione generalissima delle garanzie richieste alle parti occupandosi subito di quella che una volta era la seconda garanzia processuale (*litis et vindiciarum*), imposta dopo la prima (*sacramenti*), per ragioni diverse da questa e in favore di un soggetto diverso (la controparte e non il pretore).¹⁷

mente 592 ss., 603 ss.); e ciò, nonostante i rilievi fondati che all'autrice citata sono stati opposti, specialmente in punto della correlazione pretesamente necessaria tra *agere in rem per sponsionem* e giudizio centumvirale, soprattutto da G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano 1953, 173, 176 ss. Prima della studiosa citata, avevano trattato il tema Jobbé-Duval, Stintzing, Perozzi (ulteriore letteratura in F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ntt. 2 e 4, cui fondamentalmente deve aggiungersi G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., 1.357 ss.). Nonostante l'impressionante corrispondenza del cuore della *sponsio praeiudicialis* con l'*intentio* della formula petitoria (E. BETTI, *Lantitesi storica*, cit., 30, addirittura legge nell'*agere in rem per sponsionem* «l'ultimo rudimento storico della *pronuntiatio de sacramento*»), propendo per escludere – così già G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., 1.359 – un nesso di derivazione dall'una verso l'altra, accontentandomi della meno impegnativa congettura per la quale l'*agere in rem per sponsionem* maturò nell'ambito della *legis actio*, allo scopo immediato di convertire in obbligatorie le pretese reali (*rectius*: consentire la cognizione di queste nella forma propria di quelle: sul punto soprattutto A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli 1960, 43 ss.; F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614, 628) e per il fine ultimo di giovare del più agile regime processuale della *legis actio in personam* (tale lo stadio testimoniato da Gai 4.95, il quale sarebbe divenuto eccezionale al tempo in cui scriveva giurista). Vantaggio poi accentuatosi, quando la *summa sponsionis* poté essere richiesta con la *legis actio per conditionem* prima, attraverso la *condictio* formulare poi (sempreché non già fosse sopravvenuta in effettività escludente la formula petitoria). Più recentemente, ha profilato una rapporto di derivazione tra il *sacramentum in rem* e l'*agere per sponsionem*, A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi Urbinati*, 49, 1990-91, 218.

¹⁶ Classico è forse troppo, se davvero il sistema binario perfetto dei modi dell'*agere in rem* che si legge in Gaio, già non risultava nell'editto giuliano, in ipotesi formato della sola formula petitoria e, *in parte qua*, delle garanzie a questa connesse: così M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana 84-85-89: nuovi spunti per un riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in *Testimonium amicitiae. Scritti in onore di F. Pastori*, Milano 1992, 142.

¹⁷ Ricavo il carattere generalissimo del passaggio in commento dalla maniera di confezione formale di 4.90 ss., che sembra forgiato in modo da chiudere progressivamente i *genera in species*, secondo la consueta regola diairetica. Più oltre – al numero 7 – proverò a leggere diversamente la struttura del passo, rinvenendovi la giustapposizione (*ceterum*) di una parte sull'altra, piuttosto che l'ordinamento logico apparente che proprio adesso ho rilevato. Il punto ha una sua importanza, nella misura in cui una più rigorosa sequenza diairetica importa

Il motivo della garanzia è connesso esplicitamente alla concessione del possesso interinale e rappresenta un onere a questo correlato: all'effetto pratico, uno dei vantaggi del nuovo rito *in rem* era costituito dalla eliminazione del rischio per colui *cum quo agitur* di perdere la disponibilità della *res litigiosa* nel tempo necessario alla definizione del giudizio;¹⁸ il che è vero, sebbene il titolo vantato sulla cosa in pendenza di giudizio non sia più quello sostanziale opposto in resistenza alla iniziativa avversaria, quanto piuttosto quello processuale e provvisorio costituito interinalmente a scopo di custodia, come la garanzia esatta in relazione di esso dimostra con grande evidenza (il vantaggio detto si conserva dunque nei suoi limiti meramente materiali).¹⁹

Garanzia che assume due forme, in conseguenza del modo processuale intrapreso per l'iniziativa svolta, passibile di deduzione mediante la *formula petitoria*, oppure agendo (*in rem*) *per sponsionem*:

naturalmente la riferibilità, per ogni *species*, dei caratteri già indicati per i *genera*. Né sono io il primo a dubitare del rigore logico della successione delle parti che si leggono ai paragrafi 88 ss. del quarto libro delle Istituzioni veronesi: contro l'opinione benigna che sarebbe poi stata di LUZZATTO, *Spunti*, cit., 181, già F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614, restava colpita dal fatto che «Gaio, mentre parla di chi deve *satisfare* nell'*actio in rem*, passa istantaneamente a discorrere della duplicità dell'*actio* stessa, della definizione della formula petitoria, del modo come si agisce *per sponsionem*...». La sistematica delle Istituzioni veronesi ha trovato spesso (talvolta anche facilmente) i suoi detrattori. Per il commentario Quarto rinvio alle considerazioni svolte in G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 104 ss. e nt. 224.

¹⁸ Non diversamente, G. FALCONE, *Per la storia della indefensio nella rivendica. Agere in rem per sponsionem e interdictum quem fundum*, in AUPA 43, 1995, 556 s., svolge il proprio ragionamento collegando funzionalmente le garanzie esatte dal convenuto con l'emersione di un suo speciale ruolo processuale, caratterizzato da una condotta di resistenza finalizzata alla conservazione della posizione possessoria già vantata e goduta. Ho riferito alla nota 12 della lettura di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 169 ss., per la quale la *cautio iudicatum solvi* sarebbe stata invece introdotta a corredo dell'azione *in rem*, nel momento in cui questa fu vestita della formula petitoria, risolvendosi la funzione dell'impegno in una sorta di preassunzione di corresponsabilità in punto di *iudicatum solvi*, da parte di garanti, i quali con ciò anticipavano, per così dire, la funzione di *vindex* – p. 188 – che avrebbero potuto svolgere allorché, resa la condanna e formatasi perciò l'*obligatio iudicati*, avessero ritualmente soccorso il condannato entro il procedimento della *manus iniectio*, esecutivo – appunto – dell'obbligazione di giudicato, che consegue all'esperimento formulare *in rem* e non invece a quello *per sponsionem* o per *legis actionem* in senso stretto. Tornerò in argomento alla nota 30; per adesso è sufficiente limitarsi alla precisazione che Gaio identifica esplicitamente la ragione della garanzia, quale calmiera del vantaggio accordato al *reus*, che si conserva nel godimento interinale della *res litigiosa*.

¹⁹ Forse tuttavia, per il tempo più antico, non valeva una distinzione tanto sottile, da certamente non interessare coloro che si misuravano – ripeto: in antico – con l'esperimento della *legis actio*. Sempre attento in argomento, R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 593, aveva in effetti ricostruito il (primitivo) *vindicium dare*, come attribuzione del possesso in senso stretto alla parte risultata vittoriosa nel merito, pure all'esito di una valutazione sommaria del fondamento della posizione vantata, costituendosi i *praedes* per la sola ipotesi eccezionale in cui, nel prosieguo del rito, quella valutazione sommaria fosse ribaltata e dunque la cosa già attribuita all'uno dovesse assegnarsi invece all'altro. Merita credito la lettura dello studioso palermitano, per la sicura sensibilità sua agli aspetti sostanziali implicati dalle forme processuali. Sensibilità certamente affine a quella – notoriamente concreta – dei giuristi romani, i quali probabilmente non si interrogarono troppo sull'effetto che il provvedimento magistratuale di assegnazione del possesso interinale spiegava sul titolo del possesso medesimo, come vantato dalla parte che ne era beneficiaria. Eppure da tale profilo forse impercetto, seguì il presupposto fondamentale e caratteristico dell'azione *in rem* del diritto classico (richiamo ancora FALCONE, *Per la storia*, cit., 556 s.), unilateralmente rivolta da un attore verso un convenuto in senso stretto, al punto che il pretore concedeva, nei casi dubbi, una *possessio* insostanziale e meramente ordinatoria o – come si dice specialmente in ambito di *hereditatis petitio* – *sine re*.

Gai 4.91: *ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur IUDICATUM SOLVI, si vero per sponsionem, illa quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM.*

Che cosa sia la *formula petitoria* è presto detto:

Gai 4.92: *petitoria autem formula haec est, qua actor intendit REM SUAM ESSE.*

Più complessa, l'alternativa procedimentale dell'*agere in rem per sponsionem*:²⁰

Gai 4.93: *per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUM EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES?; deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis DARE OPORTERE; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

L'ordine cronologico di confezione delle soluzioni che hanno soppiantato il *sacramentum in rem* è inverso a quello logico seguito da Gaio nella rassegna delle soluzioni: in prima battuta fu infatti escogitato dalla giurisprudenza l'espedito su cui si fonda l'*agere in rem per sponsionem*,²¹ ossia la creazione di un pretestuoso collegamento di pregiudizialità tra una situazione obbligatoria artatamente costituita e la situazione reale effettivamente controversa, di talché – è spiegato bene nelle Istituzioni – non sia possibile decidere la prima senza avere risolto la seconda. Alla mediatezza logica che aggrava il rito fa riscontro e compenso la sua vestizione in forma di iniziativa *in personam*, invece che *in rem*, come avrebbe dovuto essere ove fosse stato dedotto in giudizio immediatamente il diritto reale conteso e non l'obbligazione formata sul presupposto dell'esistenza di questo in capo al sedicente creditore.²²

Il vantaggio perseguito è già concretamente apprezzabile entro l'ambito dell'antico processo delle *legis actiones*, dove l'espedito avrebbe consentito la deduzione indiretta della pretesa reale

²⁰ Secondo M. RIZZI, *Spunti interpretativi in tema di agere per sponsionem*, in *Iura* 54, 2003, 161, la maggior diffusione di Gaio circa l'*agere in rem per sponsionem* sarebbe dovuta al fatto che mai prima l'argomento era stato toccato nelle Istituzioni; per contro la formula petitoria appare succintamente illustrata in 4.92, per il fatto di essere già stata spiegata ampiamente in 4.39.

²¹ Non è mancato tuttavia chi ha ipotizzato un'origine postebuita per l'*agere in rem per sponsionem*, come gli autori citati da F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 603 nt. 43, e dalla stessa – 603 ss. – combattuti con argomenti pienamente condivisibili (sulla datazione in generale del rimedio, ancora F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ss., nonché M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., 142).

²² In verità, si conserva in letteratura la traccia della questione, discussa un poco oziosamente, se il procedimento *per sponsionem* fosse un *agere in rem* o un *agere in personam* (ne riferisce con succinta puntualità F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 591, 615 ss.): la questione nasce, a mio avviso, dal voler leggere l'*in rem*, che Gaio riferisce all'*agere per sponsionem*, in senso strettamente tecnico, come di azione di deduzione di una posizione *erga omnes* (mentre il credito *praeiudicialis* sostanzia evidentemente una posizione *in personam*). *In rem* e, dunque, *erga omnes*, è piuttosto la posizione quiritaria che l'attore assume di poter vantare sulla cosa; e ciò a prescindere dall'astuto modo di sua deduzione in forma di una iniziativa processuale che, se guardata nei suoi termini essenziali, è effettivamente *in personam*, giacché è costruita sulla *obligatio verbis contracta*.

mediante il più agile *sacramentum in personam* invece che *in rem*.²³ Introdotta successivamente, anche per i *cives*, la possibilità della iniziativa *per formulam*, il vantaggio crebbe ulteriormente, potendo da quel momento le parti guadagnare la soluzione delle loro controversie dominicali senza ricorrere all'odiato processo quiritario, anche prima che questo fosse finalmente abolito nel quadro riformatorio augusteo. L'attestazione dell'*agere in rem per sponsionem* nella materia che la *lex Iulia* conservò per sempre all'antico processo, dimostra da sola la realtà storica del primo gradino della evoluzione che ho adesso tratteggiato (*sponsio* e *sacramentum in personam*), per cui l'espedito fu introdotto e utilizzato prima della concessione onoraria della possibilità per i cittadini di litigare *per formulam* (*sponsio* e *condictio* formulare):²⁴

Gai 4.95: *ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramentum enim reum provocamus.*

La persistenza dell'*agere in rem per sponsionem* nel tempo successivo al passaggio nodale della deduzione dell'impegno obbligatorio pregiudicato dal *sacramentum in personam* alla formula dimostra – *ad abundantiam* – la precedenza storica dell'*agere in rem per sponsionem* sulla *formula petitoria*.²⁵

²³ Successivamente alla introduzione della *legis actio per conductionem*, il vantaggio crebbe ulteriormente per via dell'abbandono tout-court del *sacramentum* comunque necessario nelle prime applicazioni dell'*agere in rem per sponsionem*, come peraltro è attestato da Gai 4.95. Ragioni di brevità mi impongono di trascurare l'esame delle tesi che sono state elaborate circa i tempi e i modi dell'origine dell'*agere in rem per sponsionem*, (il rinvio è – come sempre – a F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ss.) la quale è stata riferita ora all'età più antica, ora quella di trapasso alla procedura formulare (talvolta perfino al tempo successivo alla *lex Aebutia*: letteratura in F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 603 nt. 43). Una latitudine analoga separava anche le posizioni in punto di applicazione, che taluni hanno visto limitata ai casi di esperibilità dell'azione *in rem* (o della sola *hereditatis petitio*: così F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 608 ss.), talaltra estesa senza soluzione di continuità alle più varie applicazioni della *sponsio* in genere. Ampilissimo era, ad esempio, lo spettro per M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., 109 ss., 128, che, sulla scia di R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, in SDHI 55, 1989, 419 ss., e di J. CROOK, *Sponsione provocare: its place in Roman litigation*, in JRS 66, 1976, 132 ss., legge l'istituto in termini generalissimi, che non si contengono entro quelli dell'azione *in rem*. Termini che anch'io ho parzialmente ritenuto, quando – altrove – ho ipotizzato un collegamento tra il *sacramentum* introdotto nel 149 a.C. dalla *lex Calpurnia repetundarum* e le *sponsiones* pregiudiziali in genere (nel senso di *sponsiones* utili alla confezione di una situazione passibile di deduzione processuale): G. GULINA, *Sacramentum e lex Calpurnia*, in *Iura* 51, 2000, 114 ss., 120. Alla possibilità di ricorrere alla *sponsio praeiudicialis* per «risolvere in modo indiretto le più differenti controversie», nell'ambito anche della evoluzione e semplificazione del *lege agere sacramento*, accenna peraltro A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 185. In argomento anche A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem*, cit., 209.

²⁴ Nel medesimo senso depone l'argomento evidenziato da G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 560. Diversamente – l'ho detto – per F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 608 ss.: l'*agere in rem per sponsionem* sarebbe nato allo scopo di consentire la deduzione della *hereditatis petitio* presso il collegio centumvirale, senza che altre applicazioni potessero essere vestite di quella forma. In senso contrario, già G.I. LUZZATTO, *Spunti critici*, cit., 179 ss.

²⁵ *Ad abundantiam*, giacché in letteratura la medesima conclusione è raggiunta per motivi ulteriori a questo in esame: segnatamente per la forte corrispondenza dei termini verbali della *sponsio praeiudicialis* con quelli che saranno poi della formula, entrambi impostati condizionando l'esito processuale al ricorrere o meno del fondamento della pretesa vantata dall'attore. E poi per la «funzione pregiudiziale» dell'*agere in rem per sponsionem*, la quale denuncia, per E. BETTI, *L'antitesi storica*, cit., 30, la natura di «succedaneo storico» del processo delle *legis actiones*.

4. – *Il regime restituito da Gai 4.88-95.* Con il superamento del *sacramentum* sono dunque cadute le eterogaranzie connesse alla somma dovuta dalla parte che – invertito l'ordine del ragionamento giudiziale formale –, in quanto poi soccombente, sarebbe stata perciò solo convinta spergiura.²⁶ Viceversa si sono conservate le esigenze cautelari connesse alla attribuzione del possesso interinale (ora destinato a radicarsi sempre presso la parte resistente), le quali sono però mutate di forma: come si è visto, Gaio parla infatti di due modalità alternative, da scegliersi in ragion del modo procedimentale con il quale è stata dedotta la pretesa: la *cautio iudicatum solvi*, in caso di *formula petitoria*; la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, in caso di *agere in rem per sponsionem*.²⁷

Alla luce di quanto sopra, è necessario per prima cosa ridimensionare quella felice novità, comunemente ascritta all'*agere per sponsionem* prima, alla *rei vindicatio* formulare poi, per la quale – agli occhi del possessore resistente – sarebbe venuto meno il rischio, caratteristico invece della *legis actio in rem*, rappresentato dalla possibilità della attribuzione interinale del possesso della cosa controversa al *prior vindicans*; e ciò secondo un criterio sconosciuto, il quale, non troppo sensibile alla conservazione di per sé della situazione – *mittite ambo hominem!* –, si muoveva verosimilmente tra la delibazione del *fumus boni iuris* e l'apprezzamento della solidità delle garanzie di restituzione offerte dall'una e dall'altra parte.

La lettura di Gaio conferma – è vero – che la situazione possessoria iniziale materialmente si conservava per il tempo necessario alla decisione della questione, ma impone altresì di considerare come il titolo di quella situazione venisse incisivamente toccato dalla offerta (coatta) della garanzia di restituzione della *res litigiosa*, a discrezione di un terzo, che poi sarebbe il giudice: ritengo che, in questi termini, si possa ben dubitare della effettiva conservazione del possesso in capo a chi lo poteva vantare precedentemente, alla luce anche della circostanza – indicativa – che la eventuale restituzione della cosa avrebbe investito anche i frutti di essa, nel frattempo percepiti.

Questo è un primo dato che si ricava dalla fonte e del quale occorre tenere conto: colui che subisce l'iniziativa avversaria *in rem* viene costituito in una situazione sostanzialmente diversa da quella vantata precedentemente: situazione che infatti ricorda da vicino quella caratteristica del detentore sequestratario, piuttosto che quella propria del possessore, dallo stesso attinta fino alla prestazione della *cautio iudicatum solvi* o della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.²⁸

²⁶ Dapprima, pure agendo *per sponsionem*, le parti avrebbero dovuto ciononostante costituire i *praedes sacramenti* in relazione al giuramento previsto nell'antico rito *in personam*. Solo quando la pretesa pregiudiziale fu esatta *per conditionem* (e poi in via formulare) cessò effettivamente la necessità di offrire tali garanti (salvo sempre il caso di Gai 4.95, in cui si agisse *apud centumviro*s).

²⁷ In maniera sostanzialmente convenzionale uso in queste pagine i segni *cautio* e *satisfatio* per gli impegni, rispettivamente, *iudicatum solvi* e *pro praede litis et vindiciarum*: ciò mi consentirà di indicare precisamente l'una o l'altra garanzia, senza appesantirmi ogni volta con la riproduzione dell'intera sequenza. I due termini non sono peraltro sinonimi, come ha sottolineato anche F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 180: se è vero che la *satisfatio* è una *species* di *cautio* (impegno assistito da garanti la prima; impegno tout-court la seconda), è altrettanto vero che Gaio usa in 4.88-93 soltanto il segno *satisfatio* (e *satisfare*), oltretutto il genericissimo *stipulatio*. Ad ogni modo, la scelta mia sopra detta è meramente convenzionale e non vuole importare alcuna delibazione del significato dell'un termine e dell'altro.

²⁸ In effetti l'avviamento del rito contenzioso comporta l'interruzione della *possessio ad usucapionem*: a ben vedere, tale effetto non deve ascriversi all'esigenza ordinamentale di temperare le conseguenze che

C'è però un secondo dato che, sia pure non immediatamente, si può ricavare dalla fonte: per coglierlo è necessario allargare per un momento la prospettiva, fino a comprendervi la *rei vindicatio* nel suo complesso e non più soltanto l'aspetto delle garanzie preliminari al suo svolgimento, di cui finora mi sono esclusivamente occupato. Allo scopo voglio pormi al capo opposto del procedimento, così da poterlo osservare non in chiave avvenire (come è stato per il discorso condotto sugli adempimenti di procedibilità esatti *in iure*, e sulle finalità preventive di questi), ma in chiave compiuta: voglio cioè calarmi nella situazione di colui che abbia vittoriosamente dedotto la propria pretesa reale e ottenuto perciò un giudicato di pieno accoglimento circa la *intentio* della *formula petitoria*; di colui che dunque dovrebbe poter affermare senza timore di essere smentito '*REM SUAM ESSE*'.

Come è noto, la sentenza che gli consente più che mai di vantare la propria situazione *erga omnes*, gli apre una strada speciale ed esecutiva verso colui che, turbando positivamente il legittimo suo godimento, ha occasionato l'esperienza di revindicare: del resto il giudice aveva con la sentenza sciolto l'alternativa logica importata dalla *formula* nel senso ultimo della condanna dell'avversario a corrispondere all'attore vittorioso la *litis aestimatio* della cosa. E questo è il punto: sfugge quale possa essere la funzione propria e speciale della *cautio iudicatum solvi*, quando il medesimo risultato di obbligazione – '*si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas tecum agendi*' – è raggiunto in via principale con la sentenza definitiva della causa, previa formazione di un titolo di giudicato, che è diverso e più forte di quello negoziale che consegue alla prestazione, pur coatta, della garanzia preliminare.²⁹ Sotto un diverso profilo, il punto si risolve nel dubbio circa l'utilità

il divieto generale dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni potrebbe avere in punto di tempestività ed efficacia della reazione del titolare del diritto controverso: costretto quest'ultimo alla soluzione processuale e perciò interinalmente conservato il possesso avversario, iniquamente si consentirebbe la progressiva maturazione del tempo di usucapione connesso al possesso medesimo. A ben vedere – dicevo – il riferimento della trasformazione in detenzione del possesso preventato dal convenuto alla deduzione della pretesa *in rem* (ovvero alla intervenuta delibazione preliminare di procedibilità: '*mittite ambo hominem*') consente di leggere un facile sistema, il quale fonde in armonia, da un lato, l'esigenza pubblicistica della confluenza necessaria delle pretese private nel processo; dall'altro, l'istanza equitativa per la quale l'aggravamento della forma consentita di tutela – in specie del maggior tempo richiesto dal rito contenzioso rispetto alla più spicciola ragion fattasi – non nuoccia a colui che diligentemente si fa carico dell'onere in cui si risolve il processo.

²⁹ Il che potrebbe dar luogo a difficoltà in punto di concorso di azioni: se infatti, di primo acchito, si affermasse la reciproca consumazione loro, si trascurerebbe il fatto della specialità dalla funzione penale del *duplum* dell'*actio iudicati*, che ingiustamente sarebbe precluso dall'esperienza *ex cautione*. Il sistema troverebbe ben altra armonia, se l'impegno pre-processuale fosse in capo ai soli eterogaranti, come è in Ulpiano, D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*): la soluzione potrebbe in effetti essere nel senso di un impegno *de re iudicata*, che promiscuamente compreso con gli altri, nella *cautio iudicatum solvi*, non vale per il convenuto, ove costui sia compreso tra quanti hanno prestato l'impegno di garanzia *in iure*: '*si ex fideiussoribus, qui iudicatum solvi caverant, existat defensor, placuit ob rem iudicatam stipulationem non committi ceteraque eadem esse, atque si extraneus defensor existat*'. Il passo ulpiano lascia immaginare una struttura principale di eterogaranzia per l'impegno in esame: struttura che, suggestivamente, ricolleggerebbe la *cautio iudicatum solvi* all'esigenza anticamente soddisfatta con la *praediatura* di soggetti terzi alla lite. Indubbiamente il pensiero ulpiano veste l'istanza per cui l'obbligazione *de re iudicata* stipulata preliminarmente in garanzia dal *reus* e poi assunta una seconda volta per *litis contestatio* non può essere esatta due volte, giacché l'adempimento dell'una estingue anche l'altra per l'identità oggettiva della prestazione. Certo è che la testimonianza di Gai 4.88 non sembra confermare l'impianto di una garanzia pensata principalmente per la prestazione da parte di un fideiussore

effettiva per l'attore vittorioso del credito formatosi *in iure* per la *cautio*, considerato che lo stesso è spendibile da parte sua solo e soltanto quando gli sarà disponibile anche il credito *iudicati*, il quale, oltre tutto, è assistito dalla sanzione processuale della litiscrescenza, che aggrava la situazione di chi voglia *temere* opporsi ancora una volta alla soddisfazione del proprietario conclamato, più di quanto non possa in tal senso – giusta Gai 4.13 – la '*sponsio, qua periclitatur reus*' nell'*actio certae creditae pecuniae* di deduzione dell'obbligazione di garanzia *iudicatum solvi*.³⁰

(ipotesi invece tenuta per principale dai compilatori giustiniani): nelle Istituzioni veronesi si legge infatti di una *potestas agendi* dell'attore verso il convenuto ('*tecum ... aut cum sponsoribus tuis*') in punto di esecuzione del giudicato ('*nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas*') e non solo *de re defendenda* e *de dolo malo*, come sembrerebbe potersi ricavare dal passo ulpiano sopra citato. Il punto è complesso e cela forse un'evoluzione impercetta dell'istituto, laddove per Gai l'impegno consente una '*facultas agendi tecum*' ('*aut cum sponsoribus tuis*'), mentre in Ulpiano [D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*)] esso proprio non vale, se a prestarlo è la parte (già tenuta per il giudicato) e non il fideiussore: l'evoluzione sembrerebbe avallata dalle Istituzioni di Giustiniano, dove si legge – 4.11.2 – della cessazione al tempo di quell'imperatore di ogni garanzia *propter litis aestimationem*. Epperò sempre le Istituzioni postclassiche avevano ribadito in *principium* del titolo Undicesimo del libro Quarto che, in passato – *olim* –, la garanzia preprocessuale dell'azione *in rem* era richiesta affinché il vincitore potesse poi agire '*cum eo ... aut cum fideiussoribus eius*'.

³⁰ È necessario richiamare con maggiore diffusione la lettura di F. LA ROSA, *La struttura* cit., *passim*: ivi un tentativo importante di soluzione del dubbio circa la concreta utilità della *cautio* (contro la impressione di inutilità sua che ho detto), nonché molti argomenti corollariamente deponenti nel senso del mio ragionamento (o, almeno, della *pars destruens* di questo); l'autrice ritiene infatti che la *cautio* sia sempre stata un elemento naturalmente accessorio delle azioni aventi funzione di condanna – p. 182 – e che perciò sia stata introdotta nei giudizi *in rem*, non appena questi assunsero tale funzione o attitudine – p. 188 –: e dunque nel tempo in cui fu concessa la formula petitoria (prima di allora, si agiva *in rem* o per *legis actio* o attraverso la *sponsio*: nel primo caso, senza l'accessorio della garanzia preprocessuale; nel secondo con quella garanzia, avente però attitudine non sussidiaria della funzione obbligatoria della condanna di giudicato, che ne era caratteristicamente privo, ma costituente essa garanzia il titolo di coercibilità, indispensabile alla effettività del giudicato reso *per sponsonem*). La *cautio iudicatum solvi* deriverebbe infatti dalla prassi di prevenire l'esecuzione *per manus iniectioem* dei giudicati obbligatori, preconstituendo già al tempo dell'introduzione del giudizio di merito – p. 183 – il rapporto di garanzia che, ai termini stretti della *legis actio*, si sarebbe eventualmente manifestato solo in estrema prevenzione della *addictio* del *reus*, sottoforma dell'intervento del *vindex* in adempimento o in opposizione. *Cautio iudicatum solvi* e *satisfatio pro paede litis et vindictiarum*, a dispetto della sistematica gaiana che le vuole fungibili in (pressoché) tutto, sarebbero in realtà istituti aventi storia e funzione radicalmente diverse: fin qui le considerazioni che depongono nel senso della tesi che sto mettendo a fuoco. Il ragionamento dell'autrice si misura poi con il tentativo di superamento dello stallo indotto dalla apparente inutilità di una *cautio* meramente accessoria, sia pure in anticipo, di un giudicato perfettamente condannatorio: superamento che la stessa procura legando l'impegno direttamente alla fase esecutiva, ovvero predisciplinandone lo svolgimento (e prevenendo, ora per allora, la possibilità dell'opposizione del *vindex*: in ciò però il ragionamento si espone alla critica che svolgerò in chiusura di questa nota e poi alla nota 38). Con la *cautio* le parti getterebbero infatti un ponte verso la successiva fase esecutiva della *manus iniectio*, che ne sarebbe perciò preventivamente disciplinata, con progressiva riconduzione – aggiungo io – della materiale *infirmitas* del *vindex* verso un più costruttivo modello di accertamento pieno del merito dell'opposizione all'esecuzione. Per il che sarebbe evidentemente spianata la strada verso la patrimonializzazione della responsabilità del *vindex* prima, del condannato poi. A me pare tuttavia improbabile tale costruzione, essenzialmente perché l'iniziativa del *vindex* perderebbe, mutandosi – in tesi – da intervento successivo a partecipazione preventiva, quel caratteristico profilo passivo di afflittività *adversus infirmitatem*, che invece sappiamo essersi (altrove) conservato con nettezza (Gai 4.9: '*...adversus infirmitatem*

5. – *La specialità dell'«agere in rem per sponsionem»: il giudicato indiretto.* Qualunque sia la spiegazione che si ritiene del dubbio che ho evidenziato chiudendo il numero che precede, il fatto stesso del presupposto del dubbio, ossia la duplicazione del titolo di soddisfazione che si forma in capo all'attore all'esito della definizione per lui favorevole della controversia, si ripercuote nello studio dell'*agere in rem per sponsionem*, dove è conseguentemente resa meno facile la congettura per la quale – in quest'ultimo rito – la garanzia preliminarmente costituita (nella forma dedicata della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*) fosse servente il superamento della speciale insufficienza condannatoria del giudicato caratteristicamente reso in forma indiretta.

Potrò spiegarmi meglio dopo che mi sarò soffermato più in generale sul procedimento *per sponsionem*. Ciò che farò prendendo le mosse ancora dalle Istituzioni di Gaio, nella parte che parzialmente ho già ho riprodotto – 4.93 –, introducendo il meccanismo processuale articolato sulla *sponsio praeiudicialis* e sull'azione *ex sponsione*, e in quella immediatamente successiva – 4.94 –:

Gai 4.93: *per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITUM MEUM EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES?; deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis DARE OPORTERE; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. 94: non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur, unde etiam is cum quo agitur non restipulatur. ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET*

in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati...'). Né può dirsi che ciò sia stato il frutto di una progredita sensibilità, per la quale si era dismesso un così forte deterrente alla pur legittima opposizione del condannato, poiché quella stessa afflizione condizionata – lo dicevo pocanzi – si conserva classicamente intatta, in danno di colui che intenda resistere all'iniziativa *iudicati* avversaria. Ne consegue che un nesso forte, evidente e perciò verosimile, lega l'azione mista di giudicato (e, segnatamente, la posizione di rischio assunta dal convenuto *infitians* nel giudizio per essa apertosi) alla *legis actio per manus iniectioem* (e alla posizione parimenti rischiosa, ivi propria del *vindex* che si opponga), più di quanto gli indizi evidenziati dall'autrice citata non vi accostino la *cautio iudicatum solvi* (si veda peraltro, nel senso deell'avvicinamento funzionale di *manus iniectio* e *actio iudicati*, F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano 1963, 64 ss., dove purtuttavia – *ibidem*, 65 – è ribadito il legame dell'antica esecuzione con la *cautio iudicatum solvi*, giusta il richiamo anche di Gai 4.25). Dunque mi pare che sia piuttosto l'*actio iudicati*, e non la *cautio*, ad avere assicurato nel processo formulare la funzione già svolta nelle *legis actiones* dalla *manus iniectio iudicati*, posto che – in ogni caso – questa finiva con il tempo meramente soppiantata dalla preferenza di fatto accordata dagli interessati alle modalità di esecuzione sul patrimonio offerte dal pretore in sostituzione di quelle antiche sulla persona (sul punto, fondamentalmente, F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., 102 ss., 105; in argomento si sofferma anche C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 5 ss., con citazione di letteratura, *ibidem*, ntt. 18 ss.), e considerato che – comunque – la nuova *bonorum venditio* si innestava sulla *indefensio* o sulla *confessio* maturate *in iure*, nell'azione di giudicato (sul punto, F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., 59 ss., con richiamo e discussione di letteratura), che era conseguita alla deduzione esecutiva del titolo-sentenza. Titolo il quale poteva astrattamente essere rappresentato tanto dal giudicato sulla pretesa *in rem*, quanto da quello sulla pretesa *ex cautione*. Con il che il cerchio si chiude in un identico esito, sia partendo dalla sentenza definitiva dell'iniziativa *in rem*, che di quella definitiva dell'iniziativa *in personam*: ciò che finalmente dimostra in maniera – per così dire – geometrica la superfluità di una garanzia prestata in proprio in ordine all'adempimento di un giudicato avvenire, che – forgiato in termini esplicitamente condannatori – già di per sé obbliga colui il quale lo subisce.

VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur.

Il giudicato di accoglimento della pretesa svolta *in rem per sponsonem* consiste evidentemente nella pronuncia della sussistenza del credito alla *summa sponsonis*; credito che però non rileva per il proprio contenuto economico nominale (né per esso era stato in effetti dedotto), quanto piuttosto per l'implicito suo derivare dal fatto che la cosa *qua de agitur* appartiene *ex iure Quiritium* al creditore di esso, come benissimo scrive Gaio: '*et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*'.³¹

In questo quadro un po' curioso, la prima soluzione che si profila agli occhi dell'interprete è – lo dicevo in apertura di questo numero – quella di imputare la necessità della *satisfatio pro praede* a una qualche insufficienza della sentenza in punto di attitudine alla esecuzione, nel senso di dotare dal principio il procedimento di una soluzione (pre)esecutiva negozialmente costituita: il dubbio infatti sulla modalità della spendita di una sentenza favorevolmente resa sul credito *praeiudicialis* (e non sulla questione pregiudicata) induce nel senso di ritenere quella insufficienza.³²

Poiché tuttavia, sotto il profilo dell'accedere di una garanzia paranegoziale alla sentenza favorevole, i due modi della deduzione del diritto reale – *formula petitoria* e *agere in rem per sponsonem* – si mostrano nella medesima situazione, entrambi essendo assistiti dalla pur variabile *cautio* o *satisfatio*, non sembra così facile coltivare la suggestione rappresentata dalla pretesa insufficienza pratica della sentenza indiretta *ex sponsonem*, considerato che – ormai l'argomento è chiaro – anche la sentenza, per così dire, perfetta resa in forma esplicitamente e direttamente condannatoria sulla *formula petitoria* dedotta è assistita dalla *cautio iudicatum solvi*, precostituita negozialmente *in iure*, sia pure sotto la minaccia di sanzioni onorarie che sono facilmente immaginabili.

³¹ Ricordo lo studio recente di M. RIZZI, *Spunti interpretativi*, cit., 176 ss., 181, dove per una diversa lezione di Gai 4.95 – 168 – l'autore giunge a riferire l'importo dei centoventicinque sesterzi previsto dalla *lex Crepereia* non alla *summa sponsonis* ma a quella *sacramenti (in personam)*, che perciò – '*cum ad centumviros itur*' – sarebbe sempre stato *quingenarium* (centoventicinque sesterzi corrispondendo a cinquecento assi). Diversamente ritengono coloro che, conservato il legame tra la *lex Crepereia* e la *sponsio praeiudicialis*, affermano un'originaria funzione penale di questa: difficilmente altrimenti sarebbe intervenuta una legge a fissare un importo che fosse solo nominale o – appunto – *mere praeiudicialis*. In tal senso, soprattutto G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 553. Nel solco di tale ultima tesi, ritengo verosimile una iniziale funzione penale della *sponsio*, in ragione di una *summa* dalla misura variabile prima, fissata *ex lege* poi. Al più, mi pare, la legge Crepereia potrebbe – nel tempo in cui anche l'*agere per sponsonem* era ancora *periculosum* – avere modulato l'importo dell'impegno (auto) affittivo sul metro dei cinquecento assi previsti nell'alternativo rito sacramentale, sempreché tale cifra coincida con i centoventicinque sesterzi, secondo la tesi richiamata in apertura di questa nota.

³² Ferma semmai la considerazione che sul meccanismo del giudicato indiretto si era – credo efficacemente – retto per secoli il sistema della *legis actio generalis*, dove la statuizione sulla sussistenza della situazione giurata era implicito presupposto dell'identificazione del *sacramentum iustum* e dove a quella identificazione faceva – o poteva fare – esplicito seguito una iniziativa di soddisfazione che, titolata in essa, non poteva dirsi essere arbitraria: probabilmente il problema si risolve apprezzando la sopravvenienza della insufficienza del giudicato indiretto, alla luce della progressiva emersione della (consapevolezza della) natura economica dei beni controversi, in una con la pecuniarizzazione della responsabilità, che si accompagna alla formazione del sistema della condanna per equivalente, il quale caratterizzerà il successivo processo formulare.

Forse però questa, della equivalenza delle garanzie processuali e della perciò conseguentemente eguale attitudine condennatoria dei giudicati formulari e *per sponsionem*, è una conclusione affrettata.³³

6. – *Dubbi sull'equivalenza funzionale di «cautio» e «satisfatio»*. Certo è tuttavia che il modo della confezione, perfettamente parallela della parte delle Istituzioni veronesi che tratta delle garanzie preprocessuali, non può essere negato. Apparente com'è già alla prima lettura del testo, esso rappresenta un argomento importante per il sostegno della equivalenza tra gli impegni (mutevoli per sole ragioni di migliore aderenza all'uno e all'altro modo di azione *in rem*). Chi volesse coltivare la tesi contraria della loro invece eterogeneità, dovrebbe intanto assolvere l'onere di vincere il portato sostanziale dell'impianto formale gaiano e provare così a spezzare la strettissima relazione che altrimenti ne deriva, in punto di meccanica e funzione di *cautio* e *satisfatio*.

Come è ormai evidente, mi accingo a svolgere il prosieguo del mio ragionamento separando funzione e natura dei due impegni di garanzia. Devo pertanto affrontare subito il problema rappresentato dall'impianto formale di Gai 4.89 ss., in quanto deponente questo – l'ho detto poco fa – per una piena (e contraria) fungibilità dei due modi di impegno. La strada è obbligata: perché sia impedito di ricavare dal parallelo della struttura formale di esposizione dei due istituti un parallelo sostanziale tra i medesimi (con la denegata reciproca mutazione di finalità), occorre dimostrare come l'impianto delle Istituzioni sia il frutto della semplice e non troppo avveduta giustapposizione di proposizioni, collocate nella sequenza in esame per via della sola riferibilità del contenuto recato al tema comune dell'azione *in rem* e degli impegni richiesti alla parte che si accingeva a subirla. Il criterio sequenziale non esclude, naturalmente, una coerenza logica del costruito che ne risulta; una coerenza non però assolutamente pregnante, come sarebbe stato se il ragionamento si fosse sviluppato diaireticamente, nel senso della progressiva specificazione di premesse generiche, come tali valide per ogni *species* poi precisata.³⁴

³³ Già ho richiamato la tesi di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., *passim* e 164 ss., 169, che nega tale equivalenza, laddove rivendica per la *cautio iudicatum solvi* una funzione specialmente connessa ai profili esecutivi che sarebbero scaturiti dal giudicato dell'azione formulare *in rem* (funzione dunque diversissima da quella della *satisfatio pro praede*, di configurazione per il vincitore di un addentellato esecutivamente spendibile, il quale assicurasse effettività all'altrimenti ineffabile giudicato indiretto formatosi *per sponsionem*). Faccio naturalmente tesoro di tanto preziose considerazioni, che potrò utilizzare ai fini del sostegno della mia tesi, quando – lo si vedrà presto – marcherò ulteriormente il segno della distinzione tra gli impegni paralleli di Gai 4.88, ipotizzando anche per la *satisfatio pro praede* una propria e diversa (da quella della *cautio*) funzione speciale.

³⁴ Né mancano esempi, nelle Istituzioni veronesi, di casi in cui porzioni di testo sono giustapposte nel modo che ho detto. Senza troppo allontanarsi dalla parte in esame, un buon saggio è rappresentato dal paragrafo 90, il quale è sicuramente finito dove lo si legge per l'opera non troppo felice, e certo un poco pedante, del compilatore del manuale di Gaio: sfugge infatti quale fosse la ragione di aggravare il ragionamento aperto al paragrafo 89, circa le garanzie richieste al convenuto nell'azione *in rem*, con la precisazione gratuita del fatto che chi agiva *alieno nomine* avrebbe dovuto ulteriormente garantire (gratuita, perché dell'impegno aggiuntivo di costui nulla di utile è detto; gratuita, perché l'esperienza processuale per conto d'altri – quando consentito – è sempre naturalmente assistito da garanzia, come avviene per esempio con la *cautio ratam rem dominum habiturum*, di cui dice sempre Gaio al paragrafo 84). Non che espunto dell'evidentemente eterogeneo paragrafo 90, il discorso svolto in 88 ss. finisca per ciò solo a filare senza difficoltà: a ben vedere,

Una simile tesi non è nuova in letteratura, dove alle frequenti incongruenze logiche del ragionamento gaiano è stata negli ultimi anni riservata un'acribica (talvolta perfino ingenerosa) attenzione.³⁵ Fuori tuttavia dei termini generali del problema – e dunque riconcentrato il discorso sul passo che adesso mi interessa –, una prima possibile conferma concreta dell'impressione di lettura, che spezza la riferibilità delle (apparenti) *species* di garanzia alla premessa generale sulla ragione per cui questa veniva esatta, si ricava da una attenta disamina del paragrafo 89 e dal rilievo che, quanto in esso riferito, non si applica genericamente alle speciali *cautio iudicatum solvi* e *satisfactio pro praede*, ma vale piuttosto – contro il portato della lettura formale del passo – per la sola garanzia richiesta a colui che resisteva nell'*agere in rem per sponsonem*. Sol che si dimostri quanto ora detto, è vinta per sempre l'attitudine della sistematica gaiana (non della lettera, è inteso) a far prova *ex se*.

Gaio insegna che scopo dell'impegno è la precostituzione di un titolo per il quale:

Gai 4.89: *si victus sis nec rem restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsonibus tuis.*

Già ho notato il fatto che questo titolo poco o niente aggiunge alla posizione dell'attore vittorioso nel giudizio formulare, giacché il credito che gli deriva da quel giudicato è – oltreché identico – processualmente più forte, perché assistito da azione mista. Anzi: il credito paranegoziale può creargli per giunta talune difficoltà, in relazione alla consumazione delle azioni, laddove egli magari deduca la pretesa *ex cautioe* invece che quella *iudicati*, perciò perdendo l'aspettativa al *duplum* affittivo che l'ordinamento pone in capo all'*infittians* soccombente.

È – mi pare – incontestabile il fatto che, delle tre (apparenti) condizioni di esperibilità dell'azione che nasce dalla *cautio iudicatum solvi*, non una ha senso specifico e pregnante alla funzione di garanzia, se questa la si misura sulla posizione del condannato nell'azione formulare: '*si victus sis*' è il presupposto anche dell'azione di giudicato; '*nec*

l'intero tratto 89-93 è infatti frutto di un accostamento alluvionale che, pur con evidenza variabile, mai passa inosservato all'occhio attento del lettore. Nelle pagine seguenti – nel testo di questo stesso numero – proporrò una sorta di scomposizione del *collage*, con riconduzione congetturale di alcune parti pretesamente generali (che cioè sarebbero tecnicamente in grado di *genus* se il costruito fosse coerentemente improntato a struttura diairetica) a una soltanto delle due *species*, che pure vi sono parallelamente innestate.

³⁵ Sul passo concretamente all'esame esprimeva il proprio stupore già F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614 (ho riportato un breve passaggio alla nota 17, dove ho richiamato l'opinione contraria di G.I. LUZZATTO, *Spunti*, cit., 181: «in realtà, non mi riesce di vedere una tale sovrapposizione. L'esposizione di Gaio è perfettamente logica e continuata»); anche F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 168 ss., che pure non si sofferma sul punto, sostiene la tesi di una marcata specialità della *cautio*, la quale presuppone in certa maniera l'improprietà dell'impianto gaiano, che pone le due garanzie in pieno e incondizionato parallelismo. Certo è che il paragrafo 91 introduce la distinzione tra i modi concorrenti dell'azione *in rem* senza proseguire il 90 (chiaramente parentetico), né il precedente 89, il quale pure sembra introdurre, in termini generali, l'argomento delle garanzie, poi specificato: la successione materiale che si riscontra tra i paragrafi 89 e 91 (il 90 è saltato per le ragioni esposte alla nota che precede) non può tuttavia essere intesa nei termini di specificazione di un premesso generico. Errato sarebbe pertanto abbracciare la conclusione per la quale si collegasse al presupposto generale della garanzia richiesta a colui che resiste all'azione reale (4.89), la partizione speciale dei modi dell'azione *in rem*, e di quelli dell'impegno preprozessuale (4.91).

rem restituas’ pure, ancorché in forma negativa, giacché l’azione formulare *in rem* porta una clausola arbitraria, per cui la restituzione (anche postuma: ‘*omnia iudicia absolutoria*’) vale assoluzione.³⁶ Nel ‘*nec litis aestimationem sufferas*’ si sublima poi il non senso più tangibile, considerato come l’azione di giudicato vesta precisamente la deduzione alla pretesa della somma di condanna liquidata dal giudice,³⁷ e come perciò – sotto questo profilo – i due rimedi si mostrino l’uno il pieno duplicato dell’altro. A riprova, potrei chiedermi che cosa mai sarebbe accaduto all’attore vittorioso con la *formula petitoria* che non avesse a suo tempo ricevuto la *cautio iudicatum solvi*: nulla, evidentemente (taciuti i profili *de dolo* e *de re defendenda*); egli avrebbe infatti agito *iudicati* se il *victus* non gli avesse restituito nei decemvirali *triginta iusti dies* la cosa, o corrisposto la *aestimatio* di questa.³⁸

Se mai – allora – si è avuto un *reus* il quale si impegnava negozialmente all’osservanza dell’eventuale giudicato condannatorio, in prosieguo di tempo dovette emergere la consapevolezza della inutilità di ciò, se non anche della difficoltà implicata, se è vero che, al tempo di Ulpiano, quell’impegno non gli era più richiesto e – soprattutto – si aveva per non prestato, ove al convenuto fosse stata esatta una *cautio* complessa, che contenesse, oltre alle clausole (opportune) *de re defendenda* e *de dolo*, anche quella *de re iudicata*:

D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*): *si ex fideiussoribus, qui iudicatum solvi caverant, existat defensor, placuit ob rem iudicatam stipulationem non committi ceteraque eadem esse, atque si extraneus defensor existat.*

Non è, alla fine, possibile escludere – epperò nemmeno affermare – che la *cautio iudicatum solvi* sia stata da sempre una forma di eterogaranzia fideiussoria, come è attestato per l’età dei Severi e come potrebbe essere indiziato dallo stesso Gaio, nella parte in cui, costruendo la sequenza dei paragrafi che sto studiando, ha disegnato una struttura forzatamente diairetica,

³⁶ Su Gai 4.114 si veda C.A. CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria in Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico*, Milano 2011, 67 ss.

³⁷ Lo dice espressamente Gai 4.48: ‘*pecuniam eum condemnat*’.

³⁸ F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 183, rinviene una funzione speciale della *cautio*, nell’attitudine non di procurare l’esecuzione del giudicato *in rem* (in effetti auto-esecutivo, se reso *per formulam*), ma di assicurare anticipatamente che il *reus* sarebbe stato al momento debito – ove sconfitto e sottoposto a *manus iniectio iudicati* – soccorso da un *vindex* adempiente per lui (dunque non opponente). La misura *in simplum* dell’impegno di garanzia si giustificerebbe allora in ragione del fatto che il garante è preventivamente impegnato ad intervenire *in solvendo*, rinunciata già dal tempo della promozione del giudizio di accertamento la opposizione (e la possibilità con essa del rigetto con responsabilità dell’opponente *in duplum*). Dietro una forte suggestione si nascondono tuttavia almeno due difficoltà: rappresentate, la prima, dal fatto che l’impegno di Tizio a fare domani da *vindex* non opponente non esclude – mi pare – la possibilità di Caio di promuovere lui un’opposizione all’esecuzione (né Tizio potrebbe – credo – spendere nell’impegno una sorta di esclusiva); la seconda, dal fatto che, così ragionando, si porta prepotentemente la *cautio* fuori dall’ambito delle garanzie richieste al convenuto e verso invece l’insieme delle garanzie prestate da terzi: e per quanto ciò giovi incidentalmente alla coltivazione anche della mia tesi – si veda, subito *infra*, nel testo –, devo tuttavia ricordare – a me stesso, prima che agli altri – come tanto le Istituzioni di Gaio (4.89), che quelle di Giustiniano (4.11 pr.), presentino la *cautio iudicatum solvi*, come quell’impegno che consente all’attore vittorioso di agire contro il convenuto, *aut* contro i garanti di costui.

che gli ha consentito di esporre, con un ordine apparentemente serrato, quanto gli premeva, senza però riuscire a chiudere ogni cosa nello schema.³⁹

Con il che – mi pare – è quantomeno indiziato il guasto logico della sequenza di Gai 4.89-93: guasto per il quale soltanto si imputano a una *species* caratteristiche dell'altra (le tre condizioni sopra dette: la tesi in dimostrazione le vuole esclusive della *satisfatio*, mentre le Istituzioni le estendono anche alla *cautio*); guasto per il quale soltanto si perdono caratteristiche proprie e importanti di una *species* (l'applicazione fideiussoria della *cautio*).⁴⁰

Se intesa nel modo che emerge dalla lettura delle Istituzioni veronesi, la *cautio iudicatum solvi* costituisce una posizione obbligatoria, la cui inutilità per il vincitore nel giudizio formulare è dimostrata dal passo ulpiano che ho sopra riprodotto.⁴¹ Diverso è il caso di chi invece aveva ottenuto un giudicato favorevole *per sponsionem* (diversa è infatti, ai miei occhi, la ragione e la struttura di questo specifico impegno): costui aveva bisogno di un titolo che gli consentisse di pretendere dal *victus*, il quale non restituisse la *res litigiosa*, una *litis aestimatio*, se non proprio la cosa medesima. *Litis aestimatio* che però, da quello che riteniamo di conoscere del procedimento *per sponsionem*, non era liquidata dal giudice (e dunque neppure constava), poiché costui evadeva il proprio compito pronunciando semplicemente sul credito *praeiudicialis*.

Salvo allora ritenere che il paragrafo 89 sia un *collage* davvero sconclusionato, fatto di elementi ora esclusivi dell'*agere in rem* ('*si victus sis nec rem restituas*'), ora della formula petitoria ('*nec litis aestimationem sufferas*'), si deve indagare sul modo per il quale (il versamento di) una *litis aestimatio* poteva essere condizione negativa di esperibilità dell'azione nascente non dalla *cautio iudicatum solvi* (che è fin troppo facile), ma dalla *satisfatio pro praede*.

La congettura che sto vagliando vuole infatti la riferibilità di Gai 4.89 al solo *agere in rem per sponsionem*, cui perciò devono potersi validamente imputare tutte e tre le condizioni dell'impegno di garanzia, senza possibilità di scaricare contraddittoriamente sulla *cautio iudicatum solvi* quella del *litis aestimationem sufferre*, in quanto problematica.

Come ipotesi di lavoro posso assumere allora che il soccombente nel giudizio *per sponsionem* – il *victus* di Gai 4.89 – si espone all'ulteriore iniziativa avversaria *ex satisfatione*, ove per tempo egli non l'abbia prevenuta rilasciando la cosa o versandone il controvalore,

³⁹ Il che potrebbe essere oggetto di un tentativo di dimostrazione, argomentata dalla presenza, per così dire, *extra ordinem* del parentetico paragrafo 90: il compilatore, avrebbe manipolato congiuntamente garanzie prestate in proprio (*satisfatio pro praede*, in tesi) e garanzie prestate in favore di altri (*cautio iudicatum solvi*), impostando un discorso secondo una tassonomia che si appalesa errata, nella parte in cui – in punto di forma – caratteristiche proprie della *satisfatio* sono poste in grado generico ('*si victus sis, nec ..., nec ...*') e finiscono per essere imputate anche alla *cautio*. Per le ragioni dette anche nella nota precedente, non voglio tuttavia addentrarmi nello studio della *cautio*; ai miei fini è sufficiente ricordare la certamente non incauta tesi di Franca La Rosa e sfruttarne in certo qual modo la scia, quando – tratteggiando l'indole propria e distinta della *satisfatio* – potrò opporre a quanti vorranno ricordarmi che Gaio ne tratta nel più pieno e incondizionato parallelo con la *cautio*, che non sono stato il primo a ritenere di dover superare, perché malamente confezionato, il sistema delle Istituzioni veronesi.

⁴⁰ Tanto proprie e tanto importanti che il giurista, avvertita la necessità di non obliterare la parte in questione, ricorre all'inserimento parentetico di 4.90. Con ciò, per paradosso, egli ha aggravato ulteriormente la situazione, giacché l'impianto diairetico di 4.89 e 4.91 è restato e resta impermeabile all'aggiunta, importando per forza l'isolamento di 4.90, in forma di codicillo sostanzialmente eccezionale.

⁴¹ E confermata dalla tesi di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 163, 168, che vi ha letto essenzialmente l'impegno di un soggetto tanto diverso dal convenuto, quanto lo è il *vindex* dall'esecutato nella *manus iniectio iudicati*, prima e dopo della *lex Vallia*.

nell'importo – ulteriore congettura mia – arbitrariamente dallo stesso ritenuto (non consta in effetti un momento di liquidazione giudiziale, come invece è nel parametro formulare). In mancanza, integrate dunque le tre condizioni di esperibilità dell'azione di garanzia, l'avversario avrebbe proceduto deducendo l'impegno preprozessualmente formato con la *satisfatio pro praede*, allo stesso modo in cui – in antico – la parte che fosse stata nella medesima situazione avrebbe ritenuto i *praedes litis et vindiciarum*, già costituiti in suo favore. O meglio (più netto è il parallelo), procedendo con l'*arbitrium* penale che un'antica norma decemvirale prevedeva per colui che, insoddisfatto dell'esecuzione di una sentenza in *rem* e non disposto a ritenere *sine die* i *praedes*, intendesse conseguire per equivalente (e con afflizione in *duplum* dell'avversario) la cosa oggetto del proprio diritto conclamato.⁴²

L'indagine ormai non può che muovere verso la messa a fuoco dell'oggetto dell'obbligazione di garanzia, evaso lo studio delle condizioni si sua deducibilità.

7. – La «*satisfatio pro praede*» quale succedaneo della «*praediatura*». Le forme in cui il convenuto contraeva l'obbligazione accessoria sono, come ho anticipato, oggetto di congettura. L'ipotesi più accreditata è quella che si legge nell'*Edictum perpetuum* di Otto Lenel. Da qui conviene prendere le mosse, sfruttando la rassegna ragionata delle fonti che l'insigne romanista ha premesso ai risultati che ha ritenuto di poter raggiungere circa i *verba* costitutivi del vincolo ora *pro praede litis et vindiciarum*, ora *iudicatum solvi*.⁴³ Scorrendo le non poche pagine dedicate al tema, salta subito all'occhio come le fonti utilizzate per la ricostruzione di entrambi i modelli di garanzia siano sostanzialmente le stesse. Il che non deve stupire: nel Digesto di Giustiniano è presente un titolo – D. 46.7 – dedicato alla sola (*cautio*) *iudicatum solvi*. La *satisfatio pro praede* era infatti andata desueta, insieme all'*agere in rem per sponsionem*, e dunque non ha superato il vaglio dei compilatori. Non si può tuttavia escludere che questi siano intervenuti sui testi classici recanti la menzione della garanzia ora detta, sostituendo le parole *pro praede litis et vindiciarum* con *iudicatum solvi*.

È perciò corretto giovarsi, nella ricostruzione della *satisfatio pro praede*, delle fonti giustiniane formalmente riferite alla *cautio iudicatum solvi*, fintantoché il frutto della ricostruzione dell'una è omologo a quello dell'altra. Quando però sopravviene l'esigenza di diversificare i modelli di impegno, ecco che si apre la strada obbligata delle soluzioni congetturali fondate non – lo dicevo – sulle fonti, ma su più ampi postulati di corrispondenza teorica del modo della garanzia al modo dell'azione *in rem*.

Il punto che mi preme evidenziare è che la diversa articolazione delle garanzie *pro praede* e *iudicatum solvi* circa il rinvio al giudicato *in rem* e il modo di dargli seguito non trova riscontro nelle fonti, ma deriva dalla necessità di raccordare le *stipulationes* in parola con quanto sappiamo o crediamo di sapere sui riti principali: in altre parole, poiché la sentenza

⁴² XII tab. 12.3. Come si vedrà al numero seguente, la palingenesi del versetto e la ricostruzione del rito è fortemente controversa in letteratura, al punto che già il conciso riferimento che ho fatto nel testo alla norma potrebbe essere contrastato, affermando – con motivi tutt'altro che inconsistenti – che l'*arbitrium* decemvirale era subito dalla parte risultata vittoriosa nella *legis actio* e non promosso da questa, o che il procedimento non serviva l'intenzione di conseguire (il *duplum* de) l'equivalente della *res litigiosa*, ma procurava invece la liberazione dei *praedes*, previa individuazione del *duplum* di riscatto loro.

⁴³ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1956), 516 ss., 524; 530 ss., 532.

del *iudex unus* del processo formulare si risolve in una condanna diretta e liquida, la garanzia accessoria potrà chiudersi con un rinvio all'importo così indicato:

D. 46.7.9 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Iudicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur in quantum iudex pronuntiaverit.*

Poiché invece il giudicato dell'*agere in rem per sponsionem* ha natura indiretta e non conosce un momento estimatorio, la chiusa del relativo impegno muterà – si ritiene – facendosi carico della funzione di liquidazione, la quale è imprescindibile in un sistema processuale improntato – giusta Gai 4.48 – alla condanna per equivalente pecuniario.⁴⁴ Questo mutarsi – ecco il punto – deriva esclusivamente dalla congettura dell'interprete, il quale ha ritenuto qui – non prima, né dopo – di sciogliere quel sodalizio, che poco prima aveva tenuto per bordone, nella ricostruzione geminata dell'uno e dell'altro impegno, alla luce delle medesime fonti raccolte dai compilatori giustiniane sotto il titolo unico di *iudicatum solvi* in D. 46.7.

Nel silenzio delle fonti, non è irragionevole supporre la differenza che ho adesso richiamato e ipotizzare per le due garanzie preprozessuali un meccanismo ora di rinvio alla liquidazione operata in una sentenza già coniata in termini di equivalente pecuniario (*cautio iudicatum solvi*), ora di effettiva *aestimatio* della misura economica dell'interesse alla attuazione di un giudicato reso naturalmente *in ipsam rem (satisfatio pro praede)*. Ciò ritenuto, non è imprudente ascrivere la omogeneità di regime che le fonti sembrano attestare per entrambe le forme di garanzia alla preponderanza assorbente della *cautio* sulla *satisfatio*, in parallelo con il soppiantarsi il procedimento di *agere per sponsionem* ad opera del processo formulare.⁴⁵

Così ragionando, si giunge a restituire un regime binario per l'iniziativa *in rem*, per il quale alla scelta del tipo di azione da esercitare – formulare o *per sponsionem* – conseguono specialità che si manifestano già in sede preprozessuale: in un caso, al convenuto sarà chiesto l'impegno ad astenersi da condotte dolose, a *rem defendere*, a dare corso all'eventuale giudicato condannatorio; nell'altro caso, l'impegno del convenuto sarà, oltretché a *rem defendere* e a *purgari dolo*, a rimettersi al *quanti ea res erit* dell'interesse avversario alla esecuzione (man-

⁴⁴ F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 179 ss., 196, ritiene invece che anche nella *cautio* l'impegno fosse al *quanti ea res erit*, perché oggetto di liquidazione giudiziale doveva poter essere, oltre alla responsabilità per il capo *de re iudicata* (facilmente liquidabile con riferimento alla misura della condanna), la responsabilità per i capi complementari (ma non troppo) *de re defendenda* e *de dolo*, evidentemente impassibili di liquidazione *per relationem* al *quantum* della sentenza). Anche D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, 104 s., opina nel senso della ricostruzione del tenore della *cautio iudicatum solvi* con la clausola del *quanti ea res erit*.

⁴⁵ A ben vedere, si può indovinare una sorta di evoluzione o, meglio, di attrazione (o di assimilazione) della *satisfatio* alla *cautio*, di pari passo peraltro con il fenomeno di soppiantamento del rito in cui era prevista la prestazione della prima, in favore di quello che prevedeva invece la seconda: l'ipotetica situazione di partenza – prima tappa –, che vuole due impegni radicalmente diversi da loro, è già obliterata in età classica, come testimonia la omogeneità piena e reciproca, che si legge in Gaio – seconda tappa –, in forza anche dell'impianto formale, il quale importa il parallelo che già ho criticato nel testo. Gli impegni sono pur tuttavia distinti e distinguibili nelle Istituzioni, diversamente da come sono invece nel sistema del Digesto – terza tappa –, che, eseguita (o metabolizzata) ormai irreversibilmente l'assimilazione, tace della *satisfatio* ed espone la sola *cautio*, previa probabilmente manipolazione delle fonti relative alla prima, in modo che siano riferibili alla seconda.

cata) del giudicato, ‘*si victus sis*’. In entrambi i casi – sembrerebbe – l’impegno richiesto in correlazione del giudicato avvenire è nella misura del *simplum*.⁴⁶

Ferma la grave serietà della congettura che porta a questo risultato, è necessario ricordare – l’ho detto poco fa – come non siano però le fonti a deporre nel senso di rinviare *per relationem* la *cautio iudicatum solvi* al *quantam pecuniam* e di importare invece per la *satisfatio pro praede* la liquidazione di *quanti ea res erit*. Le fonti, al contrario, lasciano intendere la più completa identità tra le garanzie: è l’interprete che, indagando, imputa quella identità apparente a ragioni sopravvenute e ne dirompe il portato, laddove questo sia incompatibile con le ragioni di differenziazione che egli va congetturando. Lenel scioglie il sodalizio, quando affronta la misura della responsabilità, optando per un rinvio alla misura della condanna nella *cautio*, contro la rimessione di stima al giudice nella *satisfatio* (dunque avalla per il resto l’omogeneità).

A me pare invece che la rottura debba collocarsi assai più a monte che non al momento della definizione dell’esito economico: l’ipotesi che sto tratteggiando, lungi dal negare la eterogeneità dei due impegni processuali di garanzia, tende infatti ad accentuare le differenze, sottraendo alla ricostruzione della *cautio iudicatum solvi* gli indizi recati in Gai 4.89, i quali finiscono – è la tesi – per riferirsi esclusivamente alla *satisfatio pro praede*. Non basta: separate alla radice le due forme di garanzia, cessa la ragione di imputare alla *satisfatio* il regime che dal Digesto si ricava con riferimento alla *cautio*, compresa la misura *in simplum* dell’impegno.

La forbice che per Lenel si apriva in punto di sola quantificazione della responsabilità assunta (*tantam pecuniam quantam* per la *cautio iudicatum solvi*; *quanti ea res erit* per la *satisfatio pro praede*), per me si apre molto prima, giacché – svuotato nella sostanza il parallelo apparente di Gai 4.89 ss. – professo ormai una radicale eterogeneità di natura e di funzione per *cautio* e *satisfatio*. Per come anzi mi sono un poco anticipato chiudendo il numero che precede, si fa strada in me un ben altro parallelo, il quale collega nella medesima applicazione l’azione *ex satisfatione* dell’esperimento *per sponsionem* e quella *iudicati* del giudizio formulare in senso stretto, relegata al ruolo secondario di garanzia sostanzialmente fideiussoria la *cautio iudicatum solvi*.⁴⁷

Tanto allora vale esplorare oltre la strada perciò imboccata per vedere se davvero questa può portare a una soluzione affidabile; un poco illogicamente, svolgerò il tentativo vagliando ancora una volta i riti in esame, non però dall’inizio del loro svolgimento, ma – adesso – dalla fine: ho detto infatti che molta perplessità desta in me il fatto che al giudicato di condanna, per il quale la cosa controversa dovrebbe attribuirsi al vincitore, acceda l’impe-

⁴⁶ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 532: ‘*quanti ea res erit*’, per la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*; ID., *Das Edictum perpetuum*, cit., 524: ‘*quantam pecuniam tantam*’, per la *cautio iudicatum solvi*. Alla nota 44 ho detto della diversa soluzione proposta da F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 179 ss., 196.

⁴⁷ Quanto, è naturale, alla sola garanzia *de re iudicata*. Restano impregiudicate dal discorso le clausole *de re defendenda* e *de dolo malo*, che sicuramente venivano richieste al convenuto (anzi: la prassi per cui all’impegno del convenuto circa le due clausole dette accedeva spesso la garanzia di un terzo, il quale prometteva, oltre che *de re iudicata*, anche – aggiuntivamente – *de dolo* e *de re defendenda*, dovette portare alla formazione di una formula stilizzata in tre capi, supinamente proposta ogni volta che qualcuno si impegnava a – genericamente – *iudicatum solvi*, senza curarsi di variare il tenore di essa, in relazione al fatto che l’obbligazione venisse assunta dal convenuto o da un fideiussore: da qui la ragione dell’affermazione ulpiana di D. 46.7.5.4, per la quale non valeva la clausola *de re iudicata*, se stipulata dal convenuto che – aggiungo io – nel medesimo senso si sarebbe obbligato con l’*accipere* il *iudicium*).

gno preprocessuale del convenuto a procurare quella attribuzione, che perciò appare non sufficientemente coartata dalla mera condanna. Sul destino del convenuto condannato nel giudizio formulare, il quale non ottemperi al giudicato (né restituisca la cosa) non è il caso di soffermarsi più di tanto: la condanna determina per lui l'obbligazione di versare la somma per essa recata (ogni dubbio si limita alla ragione dell'affiancamento alla *obligatio iudicati* dell'impegno preprocessuale, all'apparenza inutile, se non pensato in forma di eterogaranzia, o fideiussione, come è nel sistema del Digesto).

Meno chiara è la sorte invece del soccombente nell'*agere in rem per sponsionem*, se davvero la pronuncia che definisce il rito non è di per sé titolo idoneo a procurare l'attribuzione della cosa controversa all'avversario vittorioso. Soccorre dunque l'impegno *pro praede*, così come in passato, con la *legis actio* in senso stretto, soccorrevano i garanti *litis et vindiciarum*, appositamente costituiti. Imboccando questa strada, è necessario mettere a fuoco il modo con cui funzionava quella antica eterogaranzia e provare a versare nell'impegno *pro praede* una meccanica quanto più possibile prossima a quella.

Il ragionamento si imbatte subito in una fonte di grave e difficile spessore, che in letteratura ha suscitato vivo interesse, determinando la formazione di interpretazioni suggestivamente variabili. Fonte, che – come ho detto – si riferisce alla *legis actio sacramenti* e dunque al sistema dei *praedes* eterogaranti e che, perciò, può essere spesa solo indirettamente nello studio dell'*agere in rem per sponsionem*.⁴⁸

XII Tab. 12.3: *SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS ...TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO ... FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO.*

Per essa si deduce che, alla non puntuale esecuzione della sentenza,⁴⁹ l'ordinamento reagiva

⁴⁸ Mi affido ancora alla lezione di G. BAVIERA, *Fontes*, cit., 73, avvertendo tuttavia che in letteratura – a partire almeno da F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII tavole*, in AG 44, 1890, 381 ss. – si registrano ipotesi ricostruttive molto diverse, tra le quali voglio ricordare quelle di G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln Graz Bohlau 1957, 127 ss.; M. KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in *Iura* 13, 1962, 22 ss.; R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, in AUPA 30, 1967, 5 ss., ora in ID., *Scritti minori*, 1, Torino 2009, *passim*; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa in diritto romano*, Milano 1967, 58 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 2, *La regolamentazione decemvirale*, Torino 1984 (rist. 1986), 171 ss., 239; B. ALBANESE, *Il processo privato delle legis actiones*, Palermo 1987, 92 ss.; M.H. CRAWFORD (cur.), *Roman Statutes*, 2, London 1996, 718 ss. Per mia fortuna, il ragionamento che vado svolgendo non è troppo pregiudicato dalle variabili di restituzione del testo decemvirale, concentrandosi esso sulla previsione di un esito affittivo *in duplum*, in sanzione di una fattispecie penale, detta *falsa vindicia*. L'eco degli studi ora citati evidentemente risuona in queste pagine, laddove si discute su chi sia il destinatario dell'afflizione o su chi possa avviare il procedimento o – ancora – su chi dia i tre arbitri. Ai miei fini, preme tuttavia il riscontro dell'esistenza della sola *duplio*, che innegabilmente (a prescindere dalla tesi dell'uno o dell'altro autore) emerge dal testo, quale *danni decisio* risolutiva del fatto di *falsa vindicia*. Maggiore rilievo assume – sempre nel limitato ambito di questo studio – la messa a fuoco della fattispecie, di cui dirò brevemente alla nota che segue.

⁴⁹ Così intendo il '*vindiciam falsam tulit*'. La *vindicia*, consistente nella cosa controversa e nei frutti accessori che questa ha nelle more prodotto, ritrae, a mio avviso pertinentememnte, la qualificazione di *falsa* dal falso giuramento reso da chi ne era stato costituito *in iure* possessore interinale (già G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 132). L'accertamento della falsità del giuramento di costui – *falsi convictus*, per Gai 4.13, dove però *convictus* è frutto di un'integrazione mommseniana, oggi generalmente ritenuta – interviene successivamente

consentendo al vincitore la ritenzione dei *praedes* fino all'esatto adempimento del giudicato,⁵⁰ ovvero – in alternativa – la *decisio damni* in ragione del *duplum* della cosa e dei frutti.⁵¹

Se allora è possibile per la parte che, nella *legis actio*, ha ottenuto una sentenza a sé favorevole piegare la resistenza estrema dell'avversario condannato, minacciandogli l'esazione altrimenti del controvalore doppio del diritto vittoriosamente dedotto in giudizio (ovvero effettivamente esigere da costui, *poene nomine*, il *duplum* che ho detto), non si coglie la ragione della previsione, nell'*agere per sponsionem*, di una garanzia accessoriamente costituita *in iure*, quale titolo speciale e astratto di deducibilità per l'attore vittorioso di una somma equivalente – dunque il *simplum* – al controvalore del diritto oggetto della sentenza. Se, infatti, si mutua il regime della situazione costituita con la *satisdatio pro praede* da quello che consegue alla costituzione dei *praedes*, si deve ritenere piuttosto che il convenuto nell'*agere in rem per sponsionem* si ponesse in una condizione di assoggettamento, da cui si liberava o con l'emissione di un giudicato a sé favorevole, o – contraria essendogli la sentenza – con il rilascio della cosa in favore dell'avversario vittorioso, ferma la possibilità per costui di provocargli contro l'*arbitrium* penale, di cui fu antenata la *damni decisio* decemvirale, nel caso in cui la cosa non gli fosse rilasciata o, si può ritenere aggiuntivamente, la cosa non fosse corrispondente per qualità e per quantità a quella precisamente dovuta.⁵²

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 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 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., 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., 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.

⁵⁰ Più verosimilmente, prematura la costruzione dell'efficacia del giudicato in termini di obbligazione (manca una diretta attitudine condannatoria del giudicato), si sarà trattato di ottemperare al tenore dichiarativo della sentenza, forse costituente un titolo spendibile autotutelativamente o autoesecutivamente.

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*', come da ultimo sostenuto da R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 51 ss. (e poi B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 95), contro l'opinione autorevole di M. KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in *Iura* 13, 1962, 33, formatasi sulla scia degli autori richiamati dallo stesso R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 43 nt. 117. Successivamente, ancora nella scuola di Bernardo Albanese, che di tanta sensibilità è stato Maestro, G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 554, ha letto la norma nel senso diverso, della previsione del pagamento – ulteriore alla corresponsione del *quanti ea res erit* – «di una somma pari al doppio del valore dei frutti ... per il caso in cui, riconosciuto proprietario l'attore, il convenuto non avesse effettuato la *restitutio* della *res* e dei frutti». Limitare però l'afflizione del reo al doppio dei soli frutti comporta l'abbandono della possibilità di riferire all'*arbitrium* penale quella imprescindibile funzione estimatoria che manca nel rito di cognizione indiretta: lo stesso Giuseppe Falcone, giustamente ragionava – lo si è visto – in termini di un *quanti ea res erit*, il quale importa di per sé una *aestimatio* (endo)giudiziale.

⁵² Non è però quest'ultima la fattispecie avuta per oggetto principale dalla norma decemvirale, che qua-

Credo che il nesso tra la *satisfatio* e la *praediatura* sia più forte di quanto solitamente si ritiene e che meriti un qualche credito sostanziale il passaggio di Gaio che ricorda quel nesso:

Gai 4.94: ...*ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis ... a possessore petitori dabantur.*

Se allora è vero che la *satisfatio pro praede* teneva fedelmente il luogo dell'antica *praediatura* del rito sacramentale e se è giusta la lettura che succintamente ho dato del versetto decemvirale sulla *falsa vindicia*, posso tentare di chiudere il ragionamento prospettando la possibilità che la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* costituisse negozialmente per l'agere per sponsonem, quel vincolo di garanzia in *duplum*, che la legge delle dodici Tavole imponeva per la *legis actio sacramenti*. E ciò correlativamente alla novità per la quale si passava dalla eterogaranza dell'antico rito, alla garanzia in proprio del nuovo.⁵³

lifica come *falsa* la *vindicia* ingiustamente costituita a favore dell'uno o dell'altro litigante, poi *falsi convictus* nella *legis actio*. Diversamente, il ragionamento affonderebbe nella già rilevata (R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 26 ss.) impossibilità di ricondurre in via diretta quell'aggettivo ai concetti di cosa (e frutti) diminuiti, rovinati o deperiti. Nulla tuttavia esclude che una tale, ulteriore fattispecie possa essere stata risolta per analogia con la previsione decemvirale, ricorrendosi a un *arbitrium* estimativo (del *duplum*) della diminuzione, della rovina, del deperimento. Prima ancora che il processo e la dedotta responsabilità si configurassero nei termini prettamente economici della liquidazione della specifica pretesa dedotta, dovette affacciarsi naturalmente nella prassi la soluzione di offrire il controvalore della cosa, nel caso in cui questa fosse perita, per giungere all'offerta liberatoria del controvalore in ogni caso (quasi un *litis aestimationem sufferre*), nella misura arbitrariamente stimata dal condannato, salva contestazione dell'avversario che non ritenesse congruo il valore riconosciuto. In tal caso si sarebbe aperto, per il tutto o per la parte ulteriore alla somma offerta, l'*arbitrium* penale che ho detto, per il quale sarebbe stato guadagnato quel momento giudiziale di liquidazione che il rito di cognizione non conosceva prima della introduzione della formula petitoria. Né il rischio insito alla liquidazione della propria ragione arbitrariamente operata dalla parte precedente è nuovo nel processo romano se, come sostiene C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 68, una «liquidazione ... fatta direttamente dell'attore, a suo rischio» caratterizzava già l'iniziativa per *manus iniectionem* del derubato nei confronti del *fur manifestus*.

⁵³ In realtà, del versetto decemvirale non ho dato una mia lettura: mi sono, più esattamente (e prudentemente), mosso in margine delle molte e contrastanti ricostruzioni, giovandomi di taluni spunti minimali che, indipendentemente dalle tesi variabili, non sono – mi pare – revocabili in dubbio (o quasi). In effetti la – per così dire – fisiologia della *legis actio sacramenti in rem* voleva che il soccombente *iudicatus*, se possessore interinale, rimettesse *res* e *fructus* all'avversario, il quale per contro rilasciava i *praedes* costituiti presso di lui. La fattispecie oggetto della previsione decemvirale consisteva – a mio avviso – nella ipotesi patologica in cui il soccombente non rimettesse proprio la *vindicia* e i *fructus*; nella ipotesi, cioè, che egli trattenesse bellamente ogni cosa, in palese spregio della sentenza che lo aveva *falsi convictus*. La *vindicia* che si conservava perciò fattualmente presso di lui diveniva (o meglio era da sempre stata) *falsa*, perché attribuita in relazione a un giuramento del pari falso: il che è tanto più verosimile, quanto si dà (meritato) credito alla lettura (R. SANTORO, *Potere ed azione* cit., 593) per la quale, in antico, il possesso che diciamo interinale non era detenzione o custodia con scopo di conservazione, ma godimento (o pre-godimento) sostanziale della cosa controversa. Non si dimentichi che, nel contesto della *legis actio* contenziosa, la *vindicatio* compiuta *omnibus verbis* e con l'ausilio della *festuca* aveva attitudine immediatamente costitutiva, *ex nihilo*, della proprietà o del diritto rivendicato come proprio (mi riporto a quanto scritto in G. GULINA, *In iure cessio*, cit., 147), e che la sentenza, la quale sovvertisse poi la situazione possessoria (interinalmente) costituita *in iure* si risolveva nell'accertamento del fatto che il *sacramentum* era *iniustum* (in proposito, C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., 21, con letteratura

8. – *Conclusionem*. Se la *satisfatio* richiesta alla parte resistente nell'*agere in rem per sponsionem* è il succedaneo della *praediatura* nell'antico *sacramentum* e se la previsione decemvirale di 12.3 – impregiudicato ogni dettaglio – disciplina fondamentalmente il caso di mancata o incompleta restituzione della *vindicia* da parte del soccombente nell'antico giudizio *in rem*, già assegnatario del possesso interinale della cosa controversa, comminandogli una sanzione affittiva *nel duplum*, si può prudentemente opinare nel senso di una funzione parimenti affittiva anche per l'impegno *pro praede et vindiciarum*:

Gai 4.94: *...ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis ... a possessore petitori dabantur.*

La suggestione del passo ora riproposto è innegabilmente fortissima, nel senso di gettare un ponte tra le garanzie antica e recente.⁵⁴ Ponte che tuttavia deve trovare ulteriore sostegno, perché non resti il frutto di una mera ipotesi, ancorché – almeno agli occhi di chi scrive – affascinante.

e fonti, *ibidem*, ntt. 1 e 2) e che perciò il soccombente aveva vindicato *iniuria* (Gai 4.16). Diversamente, ma non troppo, doveva succedere se il soccombente rilasciava cosa diversa da quella controversa (uno schiavo per un altro, ad esempio), ovvero – logicamente accessorio ma, forse, statisticamente più frequente – una cosa incompleta (senza i frutti, oppure diminuita o rovinata: se si pensa al rilascio di un asse ereditario, con le molte cose che potevano comporlo, la questione assume una concretezza facilmente apprezzabile): il vincitore che non si ritenesse soddisfatto dal rilascio della *vindicia* offertagli avrebbe potuto trattenerne, come d'ordinario, i *praedes*, ovvero avrebbe potuto avviare – o avrebbe potuto dover subire: cominciano qui le ardue variabili di interpretazione – una *damni decisio* arbitrata, con attitudine affittiva della controparte (o – per alcuni – dei *praedes*) e concreta condanna, ove fosse stato infine dimostrato che era stata rilasciata una *vindicia* completamente o parzialmente non corrispondente (anche in punto di *fructus*): si poteva cioè fare per la parte (rilascio incompleto) ciò che la norma decemvirale consentiva di fare per il tutto (rilascio rifiutato). Il collegio avrebbe in tal caso liquidato una somma pari al doppio della differenza – *damnum* – tra il controvalore di quanto doveva essere restituito al vincitore in giudizio e quello della cosa (o delle cose) effettivamente offertegli. Dal varco apertosi con il passaggio forzato dalla cosa concretamente controversa al suo equivalente (doppio), ebbe presto a passare l'idea di risolvere la situazione conseguente la sentenza semplicemente liquidando – fuori del contesto affittivo di XII tab. 12.3 – il valore della lite e degli accessori e corrispondendo questo per soddisfazione piena della controparte vittoriosa (un indizio di ciò è forse in Plin. *ep.* 6.33.9, per il quale passo rinvio a quanto ho scritto in G. GULINA, *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inofficiosi testamenti* (Plin., *epist.*, 6.332.6 e 9), in *Studi in onore di Generoso Melillo*, Napoli 2009, 565 ss.). La previsione decemvirale del *duplum* restava a opportunamente presidiare la posizione di colui che avesse prevalso nella *legis actio* contro l'irragionevole, sostanziale *infinitatio* del soccombente in punto di rilascio o comunque di soddisfazione della controparte.

⁵⁴ Si veda, per esempio, M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 73. Ritiene tuttavia F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 36, «la sostituzione e non la derivazione della *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* rispetto ai *praedes* dell'antico processo». La ragione testuale che egli adduce – '*quia in locum praedium successit*' – mi pare poco persuasiva, fermo il ragionamento per il quale i *praedes* si costituivano come tali poiché «si impegnavano affermando una loro posizione personale», mentre lo *sponsor*, nello *spondere*, «non si impegnavano affermando di essere tale, ma promettendo una prestazione». La distinzione, se rileva nell'ambito dell'indagine svolta nella citata monografia, può senz'altro essere qui trascurata, essendo sufficiente l'acquisizione di una successione, non necessariamente genetica, tra i *praedes* impegnati in favore del convenuto nell'antico processo e l'impegno assunto *pro praede* da chi resisteva a una iniziativa *per sponsionem*.

Lo spunto confermativo può essere, a mio avviso, validamente ricercato nella litiscrescenza che assiste l'azione formulare di giudicato che, per la congettura che sto tracciando, rappresenta il vero *alter ego* dell'*actio ex stipulatu (pro praede)*, in luogo della *cautio iudicatum solvi*, di cui ormai è stata metabolizzata la non fungibilità con la garanzia esatta nell'*agere in rem per sponsionem*, contro l'insegnamento apparente di Gaio, ma in conformità del senso complessivamente restituito della sequenza dei paragrafi 89 ss. del quarto commentario. È stato facile ricomporre nelle Istituzioni un sistema che contemplasse congiuntamente i due impegni serventi l'effettività del risultato della pretesa *in rem*, nelle sue due varianti di svolgimento: la ragione pratica della ricomposizione deve però essere tenuta presente dall'interprete, che pure deve ricordare come – qui e altrove – la sistematica del manuale non consente il ricavo di conclusioni troppo ulteriori a quelle della lettera stretta del testo.⁵⁵

Se dunque la materia delle garanzie è stata opportunamente accorpata con gli aggiustamenti formali che si leggono nelle Istituzioni, non per questo gli strumenti hanno abdicato alla loro funzione sostanziale: la *cautio iudicatum solvi*, di garanzia certamente ulteriore e – forse – fideiussoria, se prestata da terzi all'attore in punto di *tantam pecuniam dari*, quanta ne fosse stata *iudicata* in danno del convenuto; la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, di impegno (implicito) del resistente a conformarsi al giudicato indiretto che sarebbe stato reso *per sponsionem* e di auto-assoggettamento espresso, in mancanza, alla sanzione del *duplum*, ritratta direttamente dall'esito affittivo del soccombente (o dei *praedes*, secondo talune ricostruzioni) nell'antico giudizio sacramentale, il quale non avesse dato seguito al giudicato.

Chiaramente, come la *duplio* decemvirale riguardava *res* e *fructus*, così la litiscrescenza che – in tesi – assiste la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* e che facilita l'effettività del giudicato reso *per sponsionem* (proprio) grazie alla afflizione implicata, deve riferirsi al controvalore tanto della cosa che dei frutti. Diversamente ragionando, si torna nello stallo già denunciato, per il quale alla parte che rifiuta di dare corso alla sentenza che lo ha visto soccombente gli si minaccia (e gli si esegue contro) un rimedio che per lui comporta un *dare* identico o, al più, equivalente.

Ciò premesso, il tenore dell'impegno di garanzia accessorio all'*agere in rem per sponsionem* dovrebbe essere, nella sostanza, il seguente:

si ea res qua de agitur secundum me iudicata erit...

protasi introduttiva e principale, che traduce la condizione logicamente fondamentale di soccombenza, resa nelle Istituzioni veronesi con il tratto '*si victus sis*';⁵⁶

⁵⁵ Già un'altra volta mi sono interrogato - per altro in buona ed autorevole compagnia - sull'affidabilità del sistema di Gaio, proprio in punto di tenuta diairetica della successione tra *genus* e *species*: G. GULINA, *Lege agere*, cit., 1199 nt. 103 = *Rivista di Diritto romano*, 27 nt. 103.

⁵⁶ Tale condizione è palesemente superflua, ove apposta all'impegno preconfezionato in vista della promozione dell'iniziativa formulare, posto che l'azione di giudicato che avrebbe consentito in ultima analisi l'effettività della sentenza così ottenuta sarebbe stata anch'essa parimenti condizionata, ex XII Tab. 3.1: '*rebusque iudicatis XXX dies iusti sunt*'. È per via di tale superfluità che – unitamente agli altri indizi via via evidenziati – si è instillato in me il dubbio sulla reale e originaria previsione dell'impegno in esame al di fuori dell'ambito dell'*agere in rem per sponsionem*.

...neque ea res boni viri arbitrato restituetur...

seconda condizione, negativa, dell'impegno, la quale fa salva la possibilità di liberarsi in ogni momento della responsabilità assunta, rilasciando la cosa controversa: Gaio la traduceva nel '*nec rem ipsam restituas*' che si è visto sopra;⁵⁷

...sive litis aestimationem non sufferas...

terza condizione, sempre negativa, di salvaguardia della possibilità di salvezza del soccombente, mediante il rilascio non della cosa controversa, ma del suo equivalente pecuniario, nella misura del *simpulum* arbitrariamente ritenuto: si tratta evidentemente del '*nec litis aestimationem sufferas*' di 4.89;⁵⁸

...quanti ea res erit...

momento implicante la valutazione della lite, la cui necessità sopravviene allorché il resistente che sia stato sconfitto – '*victus sis*' –, non abbia rilasciato la cosa – '*nec rem ipsam restituas*' –, né abbia lui corrisposto la somma ritenuta equivalente – '*nec litis aestimationem sufferas*'. La caratteristica che distingue il rito *per sponsionem* da quello formulare si risolve in effetti nel suo giudicato indiretto e dunque nella non delibazione dei termini quantitativi della lite né, a maggior ragione, del valore di questa.⁵⁹

⁵⁷ Anche tale seconda condizione non può evidentemente attenersi all'esperienza formulare, poiché la procedibilità della relativa azione di giudicato è esclusa nel caso in cui la cosa sia stata restituita, prima o – *omnia iudicia absolutoria*: Gai 4.114 – dopo la sentenza definitiva del merito.

⁵⁸ Nel caso della condanna resa dal *iudex unus* in evasione del *iussum iudicandi* formulare, il *facere iudicatum* consiste esattamente nel corrispondere alla controparte la *litis aestimatio* (ciò che può argomentarsi anche da Gai 4.48). *Restituere rem* è una sorta di *solutio in facultate* del soccombente, a ciò sostanzialmente legittimato per via della clausola arbitraria inserita nel *iudicium* della rivendica (secondo C.A.CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria*, cit., 67 s., nel processo formulare, la possibilità della restituzione *in ipsam rem* sarebbe stata ben più che una mera incidentalità). Condizionare, fuori del solo *agere in rem per sponsionem*, l'impegno preprocessuale al fatto di *ni iudicatum facit* rappresenta davvero una duplicazione priva di senso del presupposto dell'iniziativa esecutiva in senso stretto, *ex XII tab. 3.3*.

⁵⁹ Per il vero c'è stato in letteratura – v. alla nota 44 – chi ha ipotizzato anche per la *cautio iudicatum solvi* un impegno al *quanti ea res erit*. Il fatto che, nell'*agere in rem per sponsionem*, diversamente che per l'alternativa formulare, il momento di liquidazione della pretesa sia rinviato alla deduzione dell'impegno di garanzia, importa un problema pratico, laddove il soccombente intenda dare seguito al giudicato indiretto, secondo una quantità che la controparte ritiene insufficiente. L'arbitrarietà di ogni liquidazione giudiziale comporta in effetti di per sé la possibilità e il rischio di una controversia sul *quantum*, pacifico l'*an*. Se dunque il rito formulare porta a una sentenza di merito nella quale la pretesa riconosciuta è già liquidata, il rito *per sponsionem*, come già quello *sacramento*, procurano un giudicato illiquido, rimettendo ad una parallela vicenda processuale (che non è l'esecuzione) la eventualmente necessaria liquidazione: l'*arbitrium* penale di XII tab. 12.3 per la *legis actio*; l'azione *ex satisfatione pro praede* per l'*agere in rem per sponsionem* (solo in ulteriore prosieguo, se del caso, l'azione esecutiva per *manus iniectioem* o per *bonorum venditionem*, commisurate alle quantità finalmente definite in modo liquido).

tantae pecuniae duplum dari spondesne?

All'estimo rimesso al giudice in ragione del *quanti ea res erit*, fa riscontro l'impegno di auto-afflizione a versare il doppio, quale deterrente prima e pena poi, circa il fatto della non ottemperanza del giudicato indiretto, così come avveniva nel caso della *praediatura* (dove però l'afflizione *in duplum* derivava dalla legge e non dalla volontà delle parti) e come pure avviene nell'azione di giudicato del processo formulare, nel quale la funzione di coazione indiretta all'ottemperanza è resa quanto mai evidente dalla meccanica dell'azione mista, per la quale la litiscrescenza affittiva matura nel solo caso della *infittatio* del *reus*.⁶⁰

Vista nell'insieme e purgata delle parti logicamente accessorie, la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* avrebbe dunque dovuto essere prestata in una forma non troppo lontana dalla seguente:

si ea res qua de agitur secundum me iudicata erit, neque ea res boni viri arbitrato restituetur sive litis aestimationem non sufferas, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum dari spondesne? spondeo.

Applicando la conclusione della misura doppia di responsabilità al modello di impegno ricostruito da Lenel per l'iniziativa *per sponsionem* di avviamento del giudizio centumvirale secondo la testimonianza di Gai 4.95,⁶¹ si ottiene questo risultato:

si ea res qua de agitur a centumviris secundum me heredemve meum iudicata erit, neque ea res boni viri arbitrato restituetur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemve tuum mihi heredive meo decidere oportet, uti e lege oportet, decideretur, sive ea res a te herede cognitore procuratore sponsoribus tuis adversus me heredem cognitorem procuratorem meum boni viri arbitrato defensa non erit, cuive rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum dari spondesne? spondeo.

La sola modificazione insiste in chiusura, laddove ho sostituito al *quantam pecuniam* il *tantae pecuniae duplum* in tondo,⁶² che ritengo necessario per dare corso alla funzione affittiva che ho ritenuto di poter ascrivere all'azione *ex satisfatione*, sul tratteggiato parallelo funzionale di questa con l'*actio iudicati* di esecuzione della sentenza resa *per formulam petitoriam*.⁶³

⁶⁰ Giova osservare come, anche per l'azione di garanzia *ex satisfatione*, l'esito di afflizione *in duplum* maturi al momento della *litis contestatio* circa la formula *ex stipulatione (pro praede)*: fino ad allora è infatti impregiudicata la possibilità per il convenuto di salvarsi dalla condanna, rilasciando la cosa all'avversario o versarsandogliene il controvalore. La *potestas condemnandi* del giudice privato sarebbe stata infatti condizionata al non essere ricorsa l'una o l'altra circostanza precedentemente alla maturazione dell'effetto fissativo connesso all'*acceptio iudicii* da parte del *reus*.

⁶¹ O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 516 ss., 524.

⁶² Ho evidentemente ritratto il '*tantae pecuniae duplum*' dalla formula dell'azione di giudicato ('*de sententia in duplum reuocanda*'), come ricostruita in O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 443 s., così corroborando il parallelo sostanziale, con il quale ho inteso legare l'iniziativa *ex satisfatione pro praede litis et vindiciarum* all'*actio iudicati*.

⁶³ Parimenti modificato potrà essere il modello della *cautio iudicatum solvi* (mi riferisco ancora alla rico-

9. – *Epilogo*. Come ho scritto in apertura di queste pagine, la tesi che ho finito per abbracciare non è altro che una congettura, elaborata nel tentativo di guadagnare la soluzione del problema, che mi pareva (e mi pare) presupposto della spiegazione del senso delle linee in cui Gaio tratta delle garanzie richieste al convenuto nell'azione *in rem*. Senso che, per le ragioni che ho anticipato introducendomi e che ho poi meglio evidenziato nel prosieguito, mi sembrava davvero mancare, già alla luce di una primissima esegesi. Non è, infatti, possibile dare corso alla lettera del codice veronese e sostenere fino in fondo il confronto tra la struttura ivi pienamente geminata degli impegni di garanzia e la radicale diversità dei modi di agire *in rem*, che pure il giurista tiene a evidenziare in quelle stesse linee, sottolineando le modalità attraverso le quali l'uno e l'altro *modus agendi* procurano il giudicato, ora diretto, ora indiretto.

Ordinata un poco e messa per scritto, questa mia congettura vuole adesso essere un piccolo contributo allo studio generale delle garanzie preprocessuali nell'azione *in rem* e particolare della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

La tesi che propongo spezza alla radice – come già altri hanno fatto – il parallelo costruito nelle Istituzioni e muove perciò verso il superamento di quella difficoltà o – come ho detto – insoddisfazione, che si nutrivà riflettendo sulle parole che compongono il passo in questione. Le sicure ragioni di non senso che affliggono la lettera di Gaio, nella parte in cui è apparentemente configurato, per l'azione formulare, un impegno di garanzia inutile e duplicato, sono tanto incontestabili, da avere aperto (e giustificato) la strada di un'interpretazione che, quasi trasfigurata nell'effetto, finisce per violare la lettera cui è applicata.

L'ipotesi che ho messo a punto non si giova della mera lettera interpretata, trovando in ciò al contempo ragione di forza e di debolezza. A suo vantaggio depone comunque la capacità di procurare il superamento dello stallo, in cui si adagia altrimenti ogni lettura, se chiusa nel parallelo formalmente invincibile delle garanzie previste per riti aventi invece meccanicamente reciprocamente irrudicibili. E ciò, sciogliendo in larga misura l'impegno *pro praede litis et vindiciarum* dalla *cautio iudicatum solvi*, cui il giurista l'aveva strettamente legato.

Il punto di arrivo (la separazione delle due garanzie) è diventato, come spesso accade, punto di partenza di un più lungo (e ambizioso) percorso: avviate infatti *cautio* e *satisfatio* verso destini reciprocamente diversi, mi sono incamminato nella coltivazione di un'affinità

struzione di O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 530 ss., 532), restituendo dapprima una versione schiettamente fideiussoria, in cui l'impegno sia assunto da un garante in relazione all'esito di una controversia avviata dal garantito con altri ('*qua de re ego cum L. Titio acturus sum, quantam pecuniam ob eam rem iudicatus L. Titius erit, tantam pecuniam dari eamque rem boni viri arbitrato defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne?*'); successivamente tratteggiando il modo di impegno diretto del convenuto, circa le sole clausole a costui riferibili, secondo l'insegnamento di D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 ad ed.) ('*qua de re ego tecum acturus sum, eam rem boni viri arbitrato defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne?*') e dunque espungendo l'impegno a *iudicatum solvi* che, poizore nella più frequente manifestazione dell'impegno complesso – quella fideiussoria – ha finito comunque per imprimersi nella denominazione della *cautio*. Con ciò si accentua la separazione del destino di questa dalla *satisfatio*, stemperandosi ulteriormente la pregnanza del costruito logico gaiano, che voleva invece due *stipulationes* pressoché gemelle, arrivando ad imporre ad entrambe la triplice condizione – '*si victus sis, nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas*' – che però, come più volte ho detto e come benissimo si vede anche riprovandosi adesso sulla *cautio*, non trova riscontro per il caso in cui '*per formulam petitoriam agitur*'.

obliterata e diversa da quella formalmente suggerita nelle Istituzioni, quale è la corrispondenza di finalità e funzione tra l'iniziativa *ex satisfatione pro praede* e l'azione di giudicato tout-court, la quale assiste la posizione dell'attore vittorioso nell'esperienza formulare.

Mosso questo secondo passo (avvicinamento dell'*actio ex satisfatione* all'azione di giudicato), ne ho compiuto un terzo: ho infatti chiuso il cerchio del ragionamento, rinvenendo un possibile riscontro della nuova affinità congetturata tra azione di garanzia (*ex satisfatione*) e azione di giudicato, nella caratteristica di affittività che – in tesi – è comune alle due iniziative dette: il pacifico *duplum* di litiscrescenza per l'azione (mista) di giudicato per il caso della *infirmitio* del convenuto già condannato nella revindica formulare; la *duplio damni*, già propria dell'*arbitrium* penale decemvirale, e da questo – sempre in tesi – derivata nell'impegno *pro praede*, che ne ha preso il posto ed ereditato la funzione, secondo il nesso genetico enfatizzato dallo stesso Gaio, in 4.94.

Quel nesso genetico rende – a mio avviso – verosimile la possibilità che l'azione *ex satisfatione pro praede* condividesse l'applicazione affittiva, la quale già era propria dello strumento (*duplione damni decisio*) che l'aveva preceduta nel tempo, tenendone luogo e – lo dicevo – funzione. Tale indizio, utile a ipotizzare l'affittività e, quindi, la natura penale, dell'azione che nasce dalla *satisfatio pro praede*, si sposa bene con l'indizio, parimenti deponente verso una (non troppo dissimile) affittività, che può trarsi dal parallelo instaurato con l'*actio iudicati* promossa dal vincitore nella revindica formulare, contro il convenuto che, pur *victus*, non gli avesse restituito la cosa né versato la *litis aestimatio*. A ben vedere, tanto l'azione *ex satisfatione* che quella *iudicati*, rinvergono il loro fondamento in fatto nel ricorrere delle tre circostanze di Gai 4.89: '*si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas*'.

La tesi – è vero – si discosta dalle letture importanti e autorevoli che ho ricordato. Lo fa tuttavia nella parte in cui queste si allungano, a loro volta, nelle congetture necessarie al riempimento degli spazi rimasti vuoti all'esito della rassegna delle fonti disponibili. Otto Lenel – per tutti – aveva proposto la ricostruzione della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* secondo il modello che si è visto nel numero precedente,⁶⁴ in ragione della ipotesi (ritenuta forse proprio sulla scorta del parallelo che si legge in Gaio), per la quale quell'impegno in tutto e per tutto mutuava il calco della *cautio iudicatum solvi*, salvo discostarsene nella sola parte di quantificazione della responsabilità assunta, che doveva essere necessariamente al *quanti ea res est*, contro il *quantam pecuniam tantam* della *cautio*.⁶⁵

Nel determinarmi diversamente, io ho invece, in prima battuta, sciolto il nesso tra i due impegni, criticando il passaggio di Gaio, che quel nesso sembrava voler dimostrare a gran voce, ma che un'esegesi neppure troppo sottile ha potuto escludere. Emancipata perciò la *satisfatio* dalla *cautio*, ho successivamente evidenziato le ragioni di una diversa, possibile attrazione, che ho quindi tentato di mettere a fuoco, riprovandola infine attraverso la congettura dell'affittività in *duplum* della garanzia *pro praede* che, nel mio disegno, ha – come ho detto – chiuso definitivamente un cerchio diverso da quello che in Gaio accomunava i due impegni preprozessuali.

L'incontro tra l'affittività in *duplum*, che ho congetturato per la *satisfatio pro praede*, in ragione del nesso genetico che la vuole derivata dalla *duplio rei et fructus* di XII tab. 12.3, e

⁶⁴ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 516 ss., 524 s.

⁶⁵ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 530 ss., 532.

l'affittività, sempre *in duplum*, che si riscontra (o si può riscontrare) per l'effetto della litiscrescenza nell'*actio iudicati* promossa dall'attore vittorioso nella revindica formulare, ha fatto il resto, inducendo infine la congettura compiuta che propongo: con la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, colui che si accinge ad *agere in rem per sponsionem* ottiene un titolo paranegoziale, il quale gli consentirà non tanto di dare corso sostanziale al giudicato indiretto che egli avrà guadagnato prevalendo in giudizio, quanto di ottenere l'afflizione *in duplum* dell'avversario che, pur sconfitto, non si sarà poi conformato allo sfavorevole giudicato indiretto, o rilasciando la cosa al vincitore, o corrispondendogli l'equivalente pecuniario di questa.

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 2013
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

