MANLIO SARGENTI

STUDI SULLA « RESTITUTIO IN INTEGRUM »

I.

PREMESSE GENERALI AD UNA RICERCA STORICA INTORNO ALLA « RESTITUTIO IN INTEGRUM »

1. Una nuova ricerca sulla *restitutio in integrum*, dopo la fioritura recente di indagini particolari e l'apparizione di due ampie monografie su questo tema (1), potrà sembrare prematura e superflua.

A dire il vero, l'idea di questo studio era nata ed aveva cominciato a tradursi in atto prima che quelle monografie vedessero la luce. Avrei potuto, naturalmente, lasciare ciò che avevo scritto fra gli abbozzi incompiuti. Ma mi è sembrato che il tema presentasse ancora, nonostante quei recenti contributi, un ampio campo d'indagine e ciò mi ha indotto ad insistere nella ricerca ed a tentare una diversa ricostruzione della storia dell'istituto.

È un fatto che il ricorrente interesse degli studiosi per la *restitutio* si è andato sempre più concentrando su un aspetto particolare della ricca problematica che l'argomento offre, vale a dire sul tema della trasformazione subita dall'istituto nel passaggio dal diritto classico al diritto postclassico e giustinianeo. L'individuazione delle cause di questo fenomeno e la sua collocazione nel tempo sono sensibilmente mutate nel corso degli ultimi trent'anni, dagli studi del Carrelli a quelli del Cervenca e del Raggi. Mentre il primo, pur non nascondendosi che uno dei presupposti della trasformazione, cioè la caduta del pro-

(1) Per il panorama bibliografico rinvio senz'altro al diligente quadro offerto da una delle accennate monografie, quella del Cervenca (CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano, 1965), a cui va aggiunto il successivo lavoro del RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965.

cesso formulare, trovava cospicui addentellati nell'età classica e precisamente nel processo provinciale, poneva però l'accento soprattutto sulla parte avuta dall'adeguamento delle fonti legislative, svoltosi, questo, interamente in età postclassica e concretatosi, in sostanza, in una serie numerosa di interventi compilatori; con lo studio del Levy e ora con quelli del Cervenca e del Raggi si sono via via anticipati i tempi della trasformazione, ponendo in luce da prima le modificazioni introdottesi nel modo di concepire la *restitutio* e nella sua disciplina durante il 4° e soprattutto il 5° secolo d. Cr., e da ultimo rivalutando l'importanza di una fase ancora precedente e la funzione della *cognitio extra ordinem*, dell'attività imperiale e della giurisprudenza della tarda età classica.

Ma proprio per il concentrarsi dell'attenzione degli studiosi su un momento e su un aspetto particolari della storia dell'istituto, ne sono rimasti in ombra altri aspetti di non minore interesse.

Uno è quello relativo alle origini. In passato a questo problema fu dedicata un'attenzione, si potrebbe dire, strumentale e polemica, in funzione del contrasto fra la tesi che, vedendo nella *restitutio* un mezzo ancora imperfetto di tutela dei diritti individuali, ne affermava l'alta antichità (2), e quella che ne sosteneva, invece, la nascita relativamente tarda, quale mezzo complementare di più progrediti mezzi di difesa (3). Ma si trattava, appunto, di una divergenza dettata da criteri aprioristici ed astratti, non dall'esame e dalla valutazione di dati testuali.

L'abbozzo di una ricerca più concreta fu compiuto dallo Charvet (4), il quale, raccogliendo ed allargando spunti offertigli da precedenti studi particolari (5), giunse non solo ad offrire un fondamento più preciso alla tesi dell'antichità dell'istituto, ma anche ad intuire l'importanza che nella sua nascita e nel suo sviluppo rivestiva l'attività svolta dai magistrati e dal Senato nella organizzazione e nel governo dei territori provinciali.

(2) Tesi, com'è noto, sostenuta dal SAVIGNY, *Sistema*, 7, §§ 315-317.

(3) Tesi che risale al BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in dem vorigen Stand*, Göttingen 1831, 323 ss., e viene ripresa in varia forma da numerosi autori; fra gli altri SCHLIEMANN, *Die Lehre vom Zwange*, 1861, 9 e 93; SPALTENSTEIN, *Die Wiedereinsetzung in dem vorigen Stand*, Berlin 1873, 129 s., 155 s.; GIRARD, *Manuel él. de droit rom.*, Paris 1929[8]; BETTI, *Sull'opposizione della «exceptio» all'«actio» e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, 46.

(4) CHARVET, *Évolution de la restitution des majeurs en droit privé romain*, Grenoble 1920, 8 ss.

(5) Soprattutto quello del DUQUESNE, *Cicéron Pro Flacco, chap. 30-32 et l'in integrum restitutio*, in «Annales de l'Un. de Grenoble», 20 (1908).

Le poche pagine dello Charvet non sono, tuttavia, sufficienti ad esaurire lo studio della *restitutio* nel periodo repubblicano. Nè questo studio interessa solo per stabilire, con maggiore o minor precisione ed attendibilità, in quale momento l'istituto può considerarsi apparso nell'ordinamento romano, il che potrebbe presentare, tutto sommato, un interesse piuttosto ristretto, ma perchè, come già s'intravede dai sommari cenni dello Charvet, può giovare ad individuare, per quanto è consentito dalla limitatezza dei dati testuali e dall'incertezza della loro interpretazione, il terreno su cui l'istituto è sorto e le forme delle sue prime applicazioni.

Precisazione, questa, che interessa non come mera curiosità storica, ma in quanto può contribuire a determinare più esattamente la natura e la funzione dell'istituto, nonchè ad illuminare i tempi ed i modi delle sue successive trasformazioni.

Sembrerà che, a questo riguardo, tutto sia stato già detto quando si è rilevato che la *restitutio* trova il suo fondamento nell'*imperium* del magistrato. Viceversa, benchè sia questo un dato così noto da costituire un luogo comune, l'istituto non ha cessato, per questo, di essere collocato in una prospettiva prevalentemente processualistica.

Ciò appare chiaro nella sistemazione che ne facevano gli scrittori meno recenti, che lo ponevano accanto alla sentenza ed ai suoi surrogati (6), e che, pur riconoscendone la particolare natura, come espressione dell'*imperium* del magistrato, identificavano, peraltro, questo con il sommo potere giurisdizionale e facevano della *restitutio* ancora uno strumento di risoluzione di controversie, *extra ordinem*, ma sempre, in definitiva, di natura processuale (7).

Nè si dica che questo era solo il frutto di un'imperfetta valutazione del processo storico, e dell'influenza esercitata, attraverso le fonti giustinianee, dalla configurazione più tarda dell'istituto. Chè la visuale prevalentemente processualistica si è conservata anche nella letteratura più moderna.

Basti pensare alla sistemazione manualistica (e non solo manualistica) della *restitutio* fra i mezzi complementari del processo, sistemazione che non è solo di comodo (8), ma indica la costante prevalenza

(6) Sentenza a più elevata potenza la chiama il SAVIGNY, *Sist.*, § 316, p. 97. Come lui ne collocano la trattazione nel quadro degli istituti processuali parecchi altri scrittori come il Puchta, l'Arndts, il Sintenis.

(7) Cfr. SAVIGNY, *Sist.*, § 337.

(8) Cfr. al riguardo RAGGI, *Restitutio*, 64, il quale non manca di mettere in rilievo il pericolo di questa sistemazione.

del profilo processualistico nello studio dell'istituto. Basti riflettere che la stessa possibilità d'impiego della *restitutio* è stata posta in rapporto con la forma del processo ed esclusa, o per lo meno posta in forse, per l'epoca delle *legis actiones*, in ragione dei più limitati poteri che al magistrato sarebbero spettati in quel tipo di processo (9). Basti tener presente, ancora, che, posta di fronte alla famosa definizione degli atti *magis imperii quam iurisdictionis*, la dottrina, anche più recente e qualificata, pur riconoscendo che questa categoria abbraccia istituti pretori che non rivestivano carattere processuale (e tra questi la *restitutio*), ammette, però, che essi miravano pur sempre all'amministrazione della giustizia e si palesavano affini agli atti derivanti dalla *iurisdictio* in senso proprio (10).

Basti osservare, infine, che il già ricordato orientamento della più recente dottrina, il rilievo dato, cioè, come fattore decisivo nella storia della *restitutio*, alla trasformazione del sistema processuale, al passaggio dall'*ordo iudiciorum* alla *cognitio extra ordinem* (rilievo che, del resto, non è, neppure esso, una novità, in quanto l'importanza di quel passaggio per la storia della *restitutio* era già avvertito dal Savigny) costituisce un indice della prevalenza che il momento processuale acquista, più o meno consapevolmente, nella visuale dell'istituto.

È vero che non si è mancato di porre in luce che la *restitutio* può essere concessa non solo dal magistrato, ma anche dal popolo e dal Senato, che essa è una misura politica, prima ancora che un rimedio giuridico, fondata su un larghissimo potere discrezionale, che può essere concessa anche contro le sentenze penali, le quali, si dice, non

(9) L'argomento era invocato principalmente dal GIRARD, *Manuel*, 1053, per negare categoricamente la possibilità dell'uso della *restitutio* nel processo *per legis actiones*. Dubitativamente DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 119. Cfr. in proposito quanto si dirà più ampiamente nella seconda parte di questo studio.

(10) PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*. I, Milano 1963, 123 (citato in seguito *Proc. formulare*). Ancora più deciso questo atteggiamento in altri autori, come LAURIA, *Iurisdictio*, in « Studi in onore di P. Bonfante », 2, 517, che nel passo di Paolo rileva la natura mista della *restitutio*; LUZZATTO, *Procedura civile romana*, 2, Bologna 1948, 194, che parla di figure-limite, partecipi delle caratteristiche dell'*imperium* e della *iurisdictio*; VOCI, *Per la definizione dell'imperium*, in « Studi in memoria di E. Albertario », 2, 97.

Un riesame del problema dell'interpretazione del passo di Paolo da un punto di vista parzialmente diverso, sul quale non è ora il caso di soffermarsi, in RAGGI, *Restitutio*, 95 ss.

sono il risultato dell'esercizio della *iurisdictio*. Ma queste intuizioni della natura eminentemente extraprocessuale della *restitutio* sono rimaste, in un certo senso, circoscritte e sono state soverchiate dalla prevalente tendenza a considerare l'istituto nel suo profilo processuale. Lo stesso Lauria (11), al quale esse sono dovute, ammette poi che la *restitutio* ha subito durante l'età classica tutto uno sviluppo, che l'ha trasformata in un vero e proprio processo, e crede di individuare in un passo di Cicerone (*Pro Flacco* 21.49) il primo ricordo della procedura che si seguiva (12). Il che conduce nuovamente a sovrapporre il profilo processualistico a quello sostanziale, il problema del come la *restitutio* può essersi attuata nelle varie fasi della sua storia al problema del suo fondamento. Questi problemi vanno, invece, accuratamente distinti. E se, per un verso, non va troppo accentuato il fenomeno della processualizzazione (se così può dirsi) della *restitutio* come un momento particolare del suo sviluppo, d'altra parte non va neppure esagerata l'importanza che le forme processuali ed il loro mutamento possono aver avuto nella storia dell'istituto.

È ovvio, infatti, che la *restitutio*, almeno dal momento in cui è divenuta un normale strumento dell'attività dei magistrati, si sia attuata attraverso un procedimento, quanto si voglia semplice e sommario, necessario a preparare la decisione. È anche evidente che di regola, se non necessariamente, la concessione della *restitutio* ha aperto la via ad una vera e propria fase processuale, nella quale si farà valere il diritto e si tutelerà la situazione giuridica ripristinata. Ed è, quindi, in definitiva, ammissibile che la modificazione delle forme processuali, il passaggio, in particolare, dall'*ordo iudiciorum* alla *cognitio extra ordinem*, il mutamento di rapporti fra la *cognitio* magistratuale e la funzione giudicante, abbiano influito sul modo di attuazione della *restitutio*.

Ma altra cosa è che possano essere stati questi i fattori determinanti anche delle sue trasformazioni sostanziali. Bisognerà tener conto, per lo meno, anche di altri dati storici, e soprattutto dello spostamento del centro di gravità del potere verificatosi con l'avvento del principato: chè, se la *restitutio* è appunto espressione e strumento di questo potere, tanto che, nell'epoca repubblicana, mentre normalmente promana dai supremi magistrati, è, in certi casi, attribuita al Senato o addirittura al popolo, è naturale che il mutamento costituzionale, il

(11) LAURIA, *Iurisdictio*, *passim*

(12) LAURIA, *Iurisdictio*, 519.

passaggio del potere effettivo al principe, la scomparsa dell'attività dei comizi e l'esautorazione del Senato, abbiano influito in misura decisiva sul meccanismo della *restitutio*, non alterandone la natura, ma spostandone il piano e le forme di applicazione. Ed in realtà gl'interventi innovativi del principe sono documentati già per i primi tempi del nuovo regime. Basti accennare a quel rescritto, verosimilmente di Augusto (D. 8, 3, 35), nel quale l'imperatore dispone la reintegrazione di una servitù d'acquedotto estinta per non uso (13); o all'introduzione della *restitutio* a favore di coloro *qui apud privatos plus petendo formula excidissent*, ad opera di Claudio (14); o all'attività rescissoria delle sentenze dei Centunviri esercitata da Domiziano (15); tutti esempi i quali dimostrano che il passaggio dell'iniziativa in materia di *restitutio* dai magistrati repubblicani al principe si è verificato molto prima del generalizzarsi della *cognitio extra ordinem* e che questa ha avuto, rispetto all'attività del principe, la stessa funzione strumentale che i mezzi processuali dell'*ordo* avevano avuto rispetto all'attività del pretore.

In questa prospettiva mi pare che un nuovo esame dei problemi della *restitutio* non sia privo di interesse.

Uno studio più approfondito delle fonti del periodo repubblicano può giovare, infatti, a mettere in luce come l'istituto è andato formandosi e caratterizzandosi, da prima nella definizione di situazioni spiccatamente politiche, pubblicistiche e di carattere internazionale, più tardi anche sul terreno di rapporti di diritto privato, ma sempre con una libertà di iniziative e di forme che si conserva fino alla fine dell'epoca repubblicana.

È probabile che appunto sul finire della Repubblica alcune figure di *restitutio* si siano fissate in una disciplina edittale più precisa e che sia iniziata quell'opera di elaborazione giurisprudenziale, di cui abbiamo un isolato indizio già per l'epoca di Cicerone e segni più numerosi per il principio del secolo successivo.

---

(13) Sul passo e sui problemi che esso solleva cfr. in particolare, per la letteratura più recente, CERVENCA, *Studi*, 69 s. Vedi anche l'accenno da me fattone, con riferimento ad altro problema, in *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, in « BIDR », 66, (1965), 250.

(14) SVET. *Claud.* 14, su cui ORESTANO, « *Plus petitio* » *e* « *in integrum restitutio* », in « Studi in onore di B. Biondi », Milano 1965, 2, 229 ss., nonchè CERVENCA, *Studi*, 70 s.; RAGGI, *Restitutio*, 323 n.

(15) SVET., *Dom.* 8.

Quest'elaborazione può essere, purtroppo, ricostruita solo molto frammentariamente, poichè non restano che poche tracce dell'opera dei giuristi del primo secolo, scarse testimonianze anche per quelli dell'epoca immediatamente pre- e postadrianea, e la grande massa dei dati testuali, a prescindere dalla loro genuinità, proviene da giuristi del terzo secolo, da un'epoca, cioè, in cui già altri fattori avevano profondamente influito sullo sviluppo dell'istituto. Tuttavia, là dove lo stato delle fonti le consente si può cercar di ricostruire l'opera della giurisprudenza e di individuarne un duplice aspetto: chè, mentre da un lato essa viene compiendo la sistemazione delle figure di *restitutio* create dagli editti pretori, con una notevole limitazione del loro campo e della libertà di applicazione, dall'altro ne effettua il coordinamento con le nuove applicazioni dovute all'iniziativa imperiale, e concorre ad assicurare, così, la continuità storica dell'istituto.

L'indagine sopra indicata, sull'origine della *restitutio* nel periodo repubblicano e sulla determinazione e delimitazione delle sue caratteristiche nella giurisprudenza classica, deve consentire anche di precisare i termini di un problema che presenta per l'interprete moderno il più alto grado d'interesse: quello della funzione sostanziale dell'istituto.

Il problema è stato discusso ultimamente dal Raggi nella seconda parte della sua monografia, dedicata appunto all'esame delle conseguenze che, secondo questo autore, deriverebbero dalla diffusione del principio di nullità, o, più precisamente, dalla graduale evoluzione dei rapporti fra tale principio e la *restitutio in integrum* (16).

L'indagine del Raggi si fonda sul presupposto che nella sua configurazione pretoria la *restitutio* rappresenti lo strumento concettuale tipico di un orizzonte mentale in cui, essendo sconosciuta l'idea di annullabilità, si ammette, con un singolarissimo atteggiamento mentale, la possibilità di far compiere ad una determinata situazione un « salto indietro » nel tempo, considerandola come non avverata mai e ritenendo esistente solo quello che era, in realtà, lo *status quo ante* (17). Coerentemente con il criterio che ispira tutta la sua opera, il Raggi vede nel regime cognitorio imperiale il momento ed il fattore determinante del deterioramento di tale concezione e del conseguente svuotamento della portata originaria della *restitutio*, la quale, per la concorrenza esercitata a suo danno dall'istituto dell'appello e dal

---

(16) RAGGI, *Restitutio*, 242.

(17) ID., pag. 267.

più largo ricorso al principio di nullità, sarebbe stata ridotta ad una sopravvivenza pressochè inutile di un atteggiamento mentale ormai estraneo alla società romana dell'epoca imperiale. Sarebbe, perciò, nella normativa imperiale e nella giurisprudenza della tarda età classica, dall'epoca dei Severi, che, di fronte ad una nozione della rescissione come risultato della *restitutio* di atti formalmente validi, si affermerebbe il diverso uso del termine per indicare la nullità (18).

Il Raggi si riferisce, specificamente, al problema della nullità della sentenza. Ma non è, ora, su questa limitazione del profilo della sua indagine che intendo soffermarmi.

Voglio, piuttosto, osservare che lo stesso presupposto della tesi di questo autore merita di essere riesaminato alla luce, appunto, di quelle fonti del periodo repubblicano alle quali, sotto questo aspetto, è stata dedicata pochissima o nessuna attenzione.

Anche il Raggi non manca di rilevare, a proposito delle due diverse accezioni di *rescissio*, come risultato, cioè, della *restitutio in integrum* o come indicativa della nullità, che i romani non hanno elaborato questa materia sulla base di precise ripartizioni categoriali e che le distinzioni proposte non in tutti i casi appaiono rigorosamente seguite; e richiama, a mo' di esempio, la difficoltà di interpretazione del significato di *rescindere* in un passo come quello in cui Cicerone (Verr. 2, 2, 62-63), descrivendo il comportamento di Metello di fronte ai soprusi ed alle malefatte di Verre, accenna anche alla riforma dei provvedimenti giudiziari maggiormente iniqui e odiosi emessi sotto il governo di costui (19).

Ma il passo citato non è che uno di quelli attraverso i quali può essere colta la posizione degli scrittori e dei magistrati romani dell'epoca repubblicana, posizione che, come il Raggi ha intuito e meglio emergerà dall'esame dei testi, non è rigidamente determinata secondo schemi prestabiliti, ma risente anch'essa della varietà dei casi e di decisioni che caratterizzano questa fase formativa della *restitutio*.

E non va trascurata, a questo proposito, un'altra recente e diversa prospettazione del problema, anch'essa, per ora, più intuita ed accennata che dimostrata, secondo la quale la nozione romana di rescissione opererebbe sul piano dell'inefficacia, piuttosto che su

(18) Id., pag. 289.
(19) Id., pag. 291.

quello della nullità degli atti giuridici (20). Anche su di essa l'esame delle forme originarie della *restitutio* potrà forse gettare qualche luce.

2. Il discorso che sui problemi sopra accennati mi propongo di avviare, non certo di esaurire, con questi studi, richiede qualche ulteriore premessa.

Ho detto che, a mio avviso, il punto focale della storia della *restitutio* non dev'essere ricercato tanto nella modificazione delle forme processuali, quanto nelle trasformazioni costituzionali, nello spostamento del potere dagli organi repubblicani al principe ed alla burocrazia imperiale. Lo studio della *restitutio* quale espressione dell'*imperium* ed in funzione delle modificazioni subite nella concezione e nell'attribuzione dell'*imperium* può essere, dunque, l'obiettivo di una ricerca che voglia individuare un filo conduttore, un'ispirazione unitaria nella complessa e non sempre chiara storia dell'istituto.

Occorre aggiungere, però, che la distinzione fra il momento processuale e quello sostanziale, fra la *restitutio* quale espressione dell'*imperium* e la sua attuazione per via di *iurisdictio* dev'essere riportata, nel quadro del diritto romano, e per evitare contrapposizioni che non rispondono alla struttura di questo, alla fondamentale unità dei due concetti e delle due funzioni, di *imperium* e *iurisdictio*.

Più di trent'anni or sono il Lauria scriveva che la distinzione fra *iurisdictio* ed *imperium* era ancora da trovare. Credo che oggi dovremmo ripetere la stessa constatazione, ma non con la coscienza dell'incapacità del nostro spirito di penetrare nell'essenza di una distinzione che a noi sembra fondamentale, bensì con la consapevolezza, in certo senso feconda, che quella distinzione non esiste se non nel suo progressivo porsi ed enuclearsi attraverso un processo storico, che è, in definitiva, il processo storico di trasformazione dell'originaria ed unitaria nozione dell'*imperium* e della *iurisdictio*, aspetti di un'unica realtà della configurazione e dell'esercizio del potere nell'organizzazione statale romana.

È difficile, senza dubbio, per lo studioso dei fenomeni storici, avvicinarsi a questi liberandosi dagli schemi concettuali del proprio tempo; tanto più difficile, in quanto questi schemi concettuali hanno le loro

(20) Di Paola, *Leges perfectae*, in « Synteleia Vincenzo Arangio Ruiz », Napoli 1964, 1075 ss.; tema ripreso e sviluppato dallo stesso autore in *Contributi ad una teoria dell'invalidità e dell'inefficacia in diritto romano*, « Pubbl. Un. Messina » 75, Milano 1966.

radici proprio nel processo storico che si tratta di conoscere. Così si spiega la perplessità di chi, pur rendendosi conto che la *iurisdictio* non è soltanto incolore enunciazione di norme o di principî di diritto, ma è pronuncia intesa a porre in essere, a statuire una determinata situazione giuridica, non vuole, però, che si parli di statuizione di norme, appunto, o di principî giuridici, perchè in tal modo la funzione del magistrato verrebbe ad essere qualificata non come di applicazione, cioè giurisdizionale, ma come creativa, cioè legislativa (21). Quasi che la distinzione fra il momento della creazione del diritto e quello della sua applicazione fosse una distinzione necessaria ed eterna e che, pur non riflettendosi sempre nell'uso di termini quali legislazione e giurisdizione, che esprimono la distinzione nella realtà di oggi, tale realtà restasse, però, la stessa e ci costringesse a prendere atto che l'attività del magistrato romano non potesse esplicarsi, attraverso la *iurisdictio*, nella posizione di norme e di principî giuridici, sia pure non generali ed astratti, ma particolari e concreti (21bis).

Questa aprioristica esclusione del momento creativo del diritto dall'ambito della *iurisdictio* porta o a delineare di questa una nozione astratta e formalistica, che non appare affatto consona alla realistica mentalità di un popolo come il romano, e, per di più, in una fase ancora relativamente primitiva e rudimentale della sua organizzazione e dell'elaborazione degl'istituti e dei concetti giuridici (in-

(21) Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 67.

(21 bis) Si ricordi quanto osservava, in proposito, il Betti, nella sua prolusione fiorentina del 1926, *La creazione del diritto nella « iurisdictio » del pretore romano*, pubblicata in « Studi in onore di G. Chiovenda », Padova 1927, 71 ss.: « ... in quanto il pretore fa uso del potere discrezionale, denegando l'azione spettante per *ius civile* o concedendo l'azione che per *ius civile* non spetta, la sua *iurisdictio* non ha più carattere meramente giurisdizionale nel senso tecnico odierno della parola, perché non è più subordinata al diritto costituito, non è vincolata in alcun modo ai criterî legislativi del *ius civile*, ma è del tutto libera e indipendente da questo. La sua attività, allora, porta a disapplicare nel caso singolo la norma del *ius civile* ch'era destinata a regolarlo, o porta ad applicare al caso, che il *ius civile* non regola, una norma nuova, ispirata ad un peculiare criterio di politica legislativa.

« Nell'una ipotesi e nell'altra di *iurisdictio* libera il pretore, di fronte al diritto della *civitas*, esercita un'attività che, per noi moderni, esula dai poteri del giudice e rientra nella competenza esclusiva del legislatore.

« ... Il potere discrzionale, dunque, di cui il pretore romano è investito nella *iurisdictio* libera ha, di contro al *ius civile*, la portata di una vera funzione *legislativa*: di una funzione cioè, diretta a dettar norme capaci di derogare, nel caso concreto, alla *lex* e alle altre fonti di quel diritto ».

tendo dire la nozione della *iurisdicito* come mera pronuncia da parte del magistrato dei *verba legitima*, disgiunta da ogni idea di comando); o, viceversa, a riportare la *iurisdictio* al concetto di dichiarazione della norma applicabile nel caso concreto, altrettanto inadatta ad esprimere la realtà di un ordinamento che non conosce la distinzione tra formulazione della norma astratta e sua applicazione concreta, tanto meno la separazione di un potere legislativo da quello giurisdizionale, e che per gran parte della sua storia non è costituito da un sistema di norme generali ed astratte. In verità il significato essenziale e pregnante del termine *iurisdictio* va ravvisato proprio nella indissolubile unità originaria di *iurisdictio* e di *imperium*, nell'essere la *iurisdictio* non solo fondata sull'*imperium*, ma immedesimata con questo.

Il magistrato romano *dicit ius* perchè è il titolare del potere, di un potere che non ammette, nella sua indifferenziata unità originaria, qualificazioni, che non è piuttosto militare che politico, ma è insieme militare e politico e religioso, è, appunto, quello che per l'uomo moderno s'identifica col potere e con la sovranità dello Stato, e che per il romano, privo ancora dei concetti astratti di Stato e di sovranità, si identifica nell'*imperium* del magistrato.

Il *dicere ius* si attua, è vero, nell'epoca più antica, attraverso forme solenni, e la solennità, per un atteggiamento caratteristico dello spirito romano, è quella verbale.

Può essere esatto, perciò, vedere nella pronuncia dei *verba solennia* il modo di attuazione primitivo della *iurisdictio* (22), purchè non se ne faccia un'attività meramente formale (23) o una funzione dialettica o logica, diretta ad accertare quale norma disciplini il rapporto affermato con la *editio actionis* (24). La forma solenne è necessaria al magistrato per *dicere ius*, come, in una visuale ed in una realizzazione probabilmente ancora antecedenti a quelle che sono il portato dell'intervento della collettività attraverso i suoi magistrati, era necessaria al singolo soggetto per *facere ius*, per determinare, cioè, una disciplina giuridica del rapporto. Ma come il *facere ius* del privato ha la radice ed il fondamento in un atto di forza (si pensi al *ius feci sicut vindictam imposui*, conservato nel formulario della *vindicatio*

(22) Cfr. in questo senso Pugliese, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, Roma 1962, 150 (lo citerò in seguito *Legis actiones*).

(23) Come Lauria, *Iurisdictio*, 529 ss.

(24) De Martino, *Giurisdizione*, 62. Non mi soffermo, ora, sull'insostenibilità di questa anticipazione dell'*editio actionis* ad una fase arcaica del processo.

ed accompagnato dall'ormai puramente simbolico atto di forza del *vindictam imponere*), così il *dicere* del magistrato si fonda sul suo potere (cioè, alla radice, ancora sulla forza). Sarebbe, altrimenti, prima ancora che inconcepibile, vuota di significato e di scopo la pronuncia di formule come il *mittite ambo hominem*, l'*ite viam*, il *redite viam* e le altre, nelle quali si concreta il *dicere* nella *legis actio*, e sarebbero inconcepibili ed inutili quelle attività nelle quali si pensa debba consistere l'attività del magistrato, quali l'attribuzione delle *vindiciae* e la determinazione (non mera dichiarazione) della situazione giuridica sostanziale, in cui sta, in ultima analisi, la funzione originaria del processo.

Sarebbe del pari inconcepibile la funzione, che, più tardi, il magistrato svolgerà, nelle forme più avanzate del processo *per legis actiones* e poi nel processo formulare, con la nomina del giudice e la *datio iudicii*; funzione che anch'essa, non si limita al mero controllo dell'attività delle parti o alla constatazione del loro accordo sul deferimento della controversia al giudice e sulla formulazione delle questioni che questi dovrà decidere, ma è espressione dell'autorità del magistrato quale organo della collettività, del suo *imperium*, ed attua in forma nuova la *iuris dictio*, la definizione del regolamento concreto della controversia che si attuava in passato con la diretta attribuzione del bene conteso o la determinazione della situazione giuridica contestata (25).

So bene che a questa visione della funzione autoritativa della *iurisdictio* e, perciò, della unità di *iurisdictio* ed *imperium* si oppone che non tutti i magistrati muniti di *iurisdictio* sono anche titolari di

(25) Sulla natura della formula e sulla funzione autoritativa esplicata dal magistrato, attraverso i due atti inscindibili del *iudicium dare* e del *iudicare iubere* basterà richiamare la tendenza più recente della dottrina, specialmente italiana, che, movendo dall'opera del CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, attraverso gli scritti del BISCARDI, *Formula e processo: valutazione d'una tesi*, in « RISG » 55 (1949), 445 ss.; del DE FRANCISCI, *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperiumque*, in « Studi in memoria di E. Albertario », 1, 418 ss.; dello SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla « cognitio extra ordinem »*, Milano 1960, 151 ss., segna una chiara reazione, più o meno accentuata, alla concezione puramente arbitrale e privata del processo romano.

Più incerto quale fosse la funzione del magistrato nel più progredito processo *per legis actiones*, dopo l'introduzione e la generalizzazione della bipartizione, se si limitasse al *dare iudicem* o comprendesse anche qui il *dare iudicium*, e quale fosse la portata di questo atto. Cfr. in proposito BISCARDI, *Formula e processo*, 460 ss.; LUZZATTO, *Proc. civ. rom.*, 2, 311 ss.; LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 193; PUGLIESE, *Legis actiones*, 382 ss.

imperium. Ma questa obbiezione non mi sembra decisiva, per parecchie ragioni.

Innanzi tutto è dubbio che in tutti i casi di magistrature ritenute fornite di *iurisdictio* e sfornite di *imperium* questa separazione si sia effettivamente verificata.

Il caso più importante fra le magistrature repubblicane sarebbe quello della censura, che si considera di solito priva di *imperium*, nonostante l'ampiezza di poteri e l'altissima autorità di cui giunse a godere (26). Ma il problema non è, in realtà, così semplice, nè può dirsi ancora definitivamente chiarito e risolto. Intanto la dottrina tradizionale, che nega ai censori l'*imperium*, disconosce loro, almeno di regola, anche la vera e propria *iurisdictio*: essi avrebbero sì, il potere di decidere controversie tra i singoli ed il *populus* ma in via di *cognitio et iudicatio*; ed anche quando, eccezionalmente, giungono all'istituzione di veri e propri giudizi, con la nomina di un *iudex* o di *recuperatores*, questi giudizi costituirebbero una semplice anomalia rispetto alla normale decisione diretta del censore, un'imitazione, probabilmente da ritenere solo esteriore e formale, della procedura pretoria, e non espressione di *iurisdictio*, ma ancora del potere censorio di *iudicatio*.

Volendo accogliere questa teoria, sorretta dall'autorità del Mommsen, l'unità di *imperium* e di *iurisdictio*, non sarebbe, tutto sommato, intaccata, visto che ai censori mancherebbe non solo l'*imperium* ma anche la vera e propria *iurisdictio* (27).

Ma, a dire il vero, tutta la costruzione del Mommsen lascia perplessi ed insoddisfatti. Lascia perplessi che la censura abbia potuto staccarsi dal consolato, come ritiene lo storico tedesco (e con lui l'opinione dominante), per specificazione di funzioni, senza conservare almeno una porzione dell'*imperium* (28). Ma, ancor più, l'analisi delle funzioni di questo magistrato, dotato non solo di altissimo prestigio politico, ma di poteri estremamente ampi e decisivi per la vita dei singoli, e di strumenti giuridici adeguati per esercitarli, induce a riflettere sulla effettiva sua mancanza di *imperium*.

(26) Cfr. da ultimo DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 1, 276; 2,1,255 ss.

(27) MOMMSEN, *Staatsrecht*, 2, 237 s., e, per la *iudicatio censoria*, 434 ss.

(28) Questa considerazione, fra le altre, induce il DE MARTINO, *Storia*, 1, 273, a respingere l'opinione che la censura sia nata in seguito ad una lenta specificazione di competenze nell'ambito del tribunato militare e ad avanzare l'ipotesi che sia sorta, invece, dalla trasformazione di poteri religiosi, connessi al *lustrum*, in poteri di ordine politico.

Non voglio entrare in particolari su questo argomento, troppo lontano dal tema della mia ricerca; ma non sarei alieno dal ritenere almeno in certa misura persuasive (e tali, per lo meno, da porre in evidenza la necessità di una nuova e più approfondita valutazione di tutto il problema) alcune delle osservazioni prospettate alcuni anni or sono dal Cancelli (29) sia in ordine all'*imperium* sia in ordine alla *iurisdictio* censoria.

Anche per gli edili curuli l'esclusione dell'*imperium* risponde all'aprioristica convinzione che *imperium* ed *iurisdictio* costituiscano attribuzioni radicalmente diverse ed anzi tra loro contrapposte. Che se, invece, si considera la *iurisdictio* come un aspetto ed uno dei modi di manifestazione di un potere che non è necessariamente solo militare e che non si attua solo nel supremo governo della repubblica, la *iurisdictio* degli edili curuli potrà apparire come estrinsecazione di una partecipazione all'*imperium* (30) come conseguenza e derivazione, più ancora che come trasformazione (31), del loro potere di polizia. Senza dire che non manca, in un documento ercolanese pubblicato e commentato dall'Arangio Ruiz (32), un espresso richiamo proprio all'*imperium* di questi magistrati.

---

(29) Cancelli, *Studi sui censores e sull'arbitrium della lex contractus*, Milano 1957; sulla giurisdizione censoria cfr. anche Düll, *Promessa al pubblico e giurisdizione censoria*, *Ius* 1 (1950), 375-377.

(30) Cfr. Mommsen, *Staatsrecht*, 454, che ammette « eine gewisse Anteil an dem Imperium »; così anche Rosenberg, v. *Imperium*, PW 9. 1204, secondo il quale la partecipazione degli edili all'*imperium* sarebbe il necessario presupposto per l'istituzione di processi fra cittadini e stranieri, che dovevano rientrare nel novero dei *iudicia imperio continentia*.

(31) Secondo quanto pensava il Girard, *Mèlanges de droit rom.*, 2, 123, supponendo che gli edili avessero usurpato a poco a poco e quasi insensibilmente la giurisdizione, esplicando e trasformando quasi inconsciamente i loro poteri di polizia.

(32) Arangio Ruiz - Pugliese Carratelli, *Tabulae Herculanenses*, in « La parola del passato », 9 (1954), 55.

Il documento n. 60, parte di un trittico d'incerta provenienza, contiene una citazione dell'editto degli edili, che l'Arangio definisce a ragione « una vera gemma per i romanisti ». In essa figura la frase: « *vel quantam pecuniam ex imperio aedilium curulium uti adsolet hoc anno de mancipis emundis vendundis cauta comprehensaque est dari* », della quale l'Arangio rileva l'importanza, per l'uso del termine *imperium* (di difficile lettura, ma sicuro), sia nella valutazione della dottrina che nega agli edili la qualifica di magistrati *cum imperio*, sia nella disputa circa i confini fra *imperium* e *iurisdictio*.

Ma vedi, in contrario avviso, Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, 118 s.

In ogni modo, credo di potermi esimere da un ulteriore approfondimento di questi problemi per una considerazione in certo modo assorbente: che, anche a voler ritenere privi di *imperium* e forniti, tuttavia, di *iurisdictio*, magistrati come i censori e gli edili, la fondamentale unità della nozione di *imperium* e di *iurisdictio* non ne viene intaccata.

Piuttosto, la creazione di queste magistrature, vuoi che, come si suppone per la censura, sia la conseguenza di un distacco e di una specializzazione di funzioni dal ceppo della magistratura suprema, vuoi che si tratti, invece, di un progressivo arricchimento e di una graduale politicizzazione di un'attività originariamente di carattere religioso, o, come è probabile per l'edilità, sia il risultato di una differenziazione di funzioni in origine proprie di organi della comunità plebea, appartiene a quel processo di moltiplicazione degli organi e di specializzazione dei compiti che si produce per effetto dell'ampliarsi ed estendersi delle attività dello Stato (33) e che non è affatto in contraddizione, come qualcuno ha voluto affermare (34), con la tradizionale concezione unitaria dell'*imperium*.

Questo processo determina anche, per certi aspetti ed entro certi limiti, una differenziazione della *iurisdictio* e porta ad ammettere la possibilità che questa venga attribuita, come *potestas* a sè stante, ad un magistrato in ipotesi sfornito di altre potestà proprie dell'*imperium* (35), ma non distrugge nè l'unità dei due concetti nè la natura sostanzialmente autoritaria della *iurisdictio*.

Il discorso si fa, probabilmente, diverso per l'età imperiale, poichè, una volta trasferito al principe, sia pure con il formale rispetto delle istituzioni repubblicane, il potere supremo, ai superstiti magistrati non può spettare che una frazione dell'*imperium*, nell'ambito delle funzioni specifiche che a ciascuno vengono attribuite.

Senza pretendere di approfondire il problema del rapporto tra *imperium* del principe ed *imperium* dei singoli magistrati e dei funzionari della nuova burocrazia imperiale, che ne sono forniti (36), si può

---

(33) Cfr. in questo senso Luzzatto, *Proc. civ. rom.*, 2, 193 s. Per le origini religiose dell'edilità cfr. Sabbatucci, *L'edilità romana: magistratura e sacerdozio*, in « Atti Acc. Naz. Lincei », Serie 8ª, vol. 6° (1955), 255 ss.

(34) Voci, *Per la definizione dell'imperium*, 100.

(35) Cfr. Pugliese, *Legis actiones*, 162 ss.; *Proc. formulare*, 118 ss.

(36) Cfr., per qualche accenno a questo problema, Brasiello, *Pretore « gaiano » e pretore « imperiale »*, in « Atti del Congresso int. di dir. rom. e di storia del diritto, Verona 1948 », Milano 1951, 2, 149 ss.

dire che il processo di differenziazione e specializzazione delle funzioni, già avviato per ragioni essenzialmente tecniche (cioè di divisione di competenze fra più magistrature) nell'epoca repubblicana, si sia accentuato per ragioni anche politiche e connesse con il nuovo ordinamento dello Stato romano, nella età imperiale. Per un verso, è vero che l'unità del potere si concreta nella persona del principe. Tuttavia questa unità, politicamente operante, non si traduce in forme giuridiche unitarie. L'ambiguità delle riforme augustee, costrette a presentarsi come restaurazione dell'ordinamento repubblicano, impedisce che la posizione del principe acquisti sin dall'inizio una univoca configurazione giuridica: la sua posizione è fondata, è vero, sull'*imperium*, ma anche sulla potestà tribunicia, nonchè su quella più sfumata qualificazione che è l'*auctoritas* (37); essa assume forme diverse secondo che si eserciti a Roma, nelle provincie senatorie o in quelle imperiali, nei rapporti con le antiche magistrature repubblicane o con la nuova burocrazia. All'unità sostanziale del potere non corrisponde, perciò, un'unità di forme giuridiche.

Al principe, inoltre, non compete la *iurisdictio*, per lo meno nel senso tecnico che il termine aveva secondo le idee romane; e tuttavia egli interviene, sempre più frequentemente e largamente, nelle controversie fra privati. Questo intervento si fonda sull'*imperium* o forse, più spesso e probabilmente, sull'*auctoritas* (38).

Si va determinando, così, una situazione estremamente più complessa e meno chiara di quella caratteristica dell'ordinamento repubblicano: da un lato per il sostanziale distacco dei poteri giurisdizionali, esercitati ancora dagli antichi magistrati repubblicani, dall'*imperium*; inteso come somma di poteri supremi; da un altro lato per l'esercizio di poteri sostanzialmente giurisdizionali, a cui non corrisponde più la tecnica *iurisdictio* romana, ed infine anche per l'esercizio di poteri

(37) Per la nozione dell'*auctoritas* quale fondamento giuridico del principato, somma di poteri legalmente riconosciuti e consacrati entro lo schema di una nuova costituzione, soprattutto PREMERSTEIN, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats*, in « Abhandl. d. Bayr. Ak. d. Wissensch. », 15 (1937), 176 ss.; DE FRANCISCI, *Genesi e struttura del principato augusteo*, in « Atti R. Accademia d'Italia », Mem. cl. mor. e stor., 1941, 34 ss.; ID., *Arcana Imperii*, Milano 1948, 3, 1, 303 ss.; ID., *Preannunci del Principato nelle Filippiche di Cicerone*, in « BIDR », 67 (1964), 2 ss.; BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in « BIDR », 48 (1941), 508 s. e specialmente il sesto capitolo (« *Auctoritas patrum* » e « *auctoritas principis* »), in « BIDR », 57-58 (1953), 280 ss. Per un quadro delle diverse opinioni DE MARTINO, *Storia*, 4, 1, 246 ss.

(38) Cfr. DE MARTINO, *Storia*, 4, 1, 450 s.

giurisdizionali da parte di organi della burocrazia imperiale non muniti nè di *imperium* nè di *iurisdictio* in senso tecnico, come avviene per il *praefectus urbi*, per il *praefectus praetorio* e per gli altri funzionari dell'amministrazione imperiale, centrale e periferica (39).

Una trasformazione così profonda, che è persino arduo rappresentarla sinteticamente, poichè investe l'intera concezione ed organizzazione del potere ed esprime, sotto il profilo dell'ordinamento giuridico, uno degli aspetti della trasformazione del mondo antico (40), non poteva non riflettersi, naturalmente, nella posizione di singoli istituti, soprattutto se tipica espressione di tutto un modo di concepire i rapporti fra privati e *res publica* e l'incidenza del potere pubblico sulle posizioni giuridiche dei singoli, com'è appunto la *restitutio in integrum*.

Nel clima dell'ordinamento repubblicano, ed anche dei primi

(39) Non posso, naturalmente, che accennare a questo argomento, delle attribuzioni e dei poteri dei funzionari imperiali, che merita di essere esaminato uscendo da una serie di quesiti schematici (sono o no magistrati? sono o no forniti di *iurisdictio?*), per mettere in luce i fattori e le concezioni veramente nuove che sono alla base dell'ordinamento imperiale. Solo da un punto di vista conservatore in senso repubblicano poteva avere importanza stabilire se, ad esempio, il *praefectus urbi* dell'età imperiale rappresentasse la rinnovazione della carica repubblicana o fosse uno strumento nuovo del potere imperiale; se la sua posizione fosse o no di magistrato; se l'esercizio da parte sua di poteri sostanzialmente giurisdizionali fosso o no manifestazione di una *iurisdictio* in senso tecnico.

Il richiamo all'istituto repubblicano, che poteva far comodo per ragioni politiche, (cfr. DE FRANCISCI, *Storia del dir. rom.* 2, 1, 292), non nascondeva agli stessi scrittori romani che negli organi della burocrazia imperiale si manifestava la realtà di una nuova organizzazione del potere. *Novum officium* definiva Svetonio (*Aug.* 37) la *praefectura urbi*, ed è significativo, al riguardo, l'episodio del rifiuto a tenere l'ufficio da parte di Messala Corvino, che si dimise *incivilem potestatem esse contestans* (cfr. LEVI, *Incivilis potestas*, « Studi in onore di P. de Francisci », Milano 1956, 1, 400 ss.

Anche se si faceva uso della terminologia repubblicana, il significato delle parole si trasformava a mano a mano che si trasformava la realtà da esse espressa. Non è quindi, necessario pensare che, parlando di *iurisdictio* del *praefectus urbi*, D. 4, 4, 16, 5 rifletta tutto un modo di pensare post-classico e sia frutto di interpolazione giustinianea (DE MARTINO, *Giurisdizione*, 225 ss.).

Anche un giurista del 3° secolo d.Cr. poteva liberamente usare quell'espressione, che riflette una situazione sostanziale delineatasi già da tempo. Sta a vedere in quale significato, con quale ampiezza poteva usarla, in rapporto a quella realtà.

Su questi problemi, per quanto riguarda i poteri del *praefectus urbi*, cfr. VITUCCI, *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale*, Roma 1956, 43 ss.

(40) Cfr. ORESTANO, *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in « Studi Un. Cagliari », 1938, estr. p. 9.

tempi del principato, quando le linee e le concezioni del nuovo ordinamento non sono ancora chiaramente disegnate e non hanno ancora completamente cancellato le vecchie concezioni, non si sarebbe presentata alla mente di un giurista la classificazione di certi atti, fra cui la *restitutio*, come atti *magis imperii quam iurisdictionis*.

Si è detto che questa contrapposizione servirebbe a distinguere i provvedimenti fondati sul potere discrezionale da quelli in cui il magistrato applica precise norme preesistenti (41). A questa affermazione si è obbiettato che anche altri provvedimenti del magistrato, come la *datio* e la *denegatio* di certe azioni, ad esempio, presuppongono la *causae cognitio* ed involgono l'esercizio di poteri discrezionali, e, tuttavia, non sono compresi nell'elenco degli atti *magis imperii* o, addirittura, come la *ductio* o la concessione della *bonorum possessio*, sono considerati esercizio della *iurisdictio* (42).

E sull'aspetto negativo di questa osservazione si può essere senz'altro d'accordo; ma non così sull'aspetto positivo.

Certo la *datio* e la *denegatio actionis* costituiscono manifestazioni dell'*imperium*; non si saprebbe, anzi, vedere una più energica espressione di potere di quella che, concedendo o negando la tutela processuale, conferisce o nega ad un rapporto gli effetti giuridici.

Ma è proprio vero che il *duci iubere*, che l'attribuzione della *bonorum possessio* siano puro esercizio di *iurisdictio*, concepita come alcunchè di diverso e di separato dall'*imperium*? La *lex de Gallia cisalpina* parla, è vero, di *ius dicere* a proposito della *ductio* e Cicerone a proposito della *bonorum possessio*. Ma non è una petizione di principio assumere queste espressioni, soprattutto in testi dell'epoca repubblicana, come se escludessero, e non invece implicassero, il presupposto dell'*imperium*? La *bonorum possessio*, strumento tipico per l'attribuzione di posizioni che dal punto di vista romano non possiamo chiamare giuridiche solo perchè non nascono da previsioni del *ius civile*, ma che costituiscono situazioni soggettive ed oggettive e conferiscono a queste protezione giuridica nell'ambito del *ius honorarium*, e la *ductio*, che consente l'assoggettamento personale al potere del creditore, come altrimenti si giustificherebbero se non fossero fondate su poteri del magistrato, che consentono di paralizzare le norme successorie del *ius civile* o di incidere profondamente nella libertà personale del

(41) Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano 1947, 26 ss.

(42) Pugliese, *Proc. formulare*, 121 ss.

cittadino e nei diritti sui suoi beni? Lungi dal suffragare la tesi della separazione e dell'antitesi fra *imperium* e *iurisdictio*, i passi della *lex de Gallia cisalpina* e dell'orazione contro Verre dimostrano implicitamente quanto il concetto di *iurisdictio* fosse radicato e connesso a quello di *imperium*, come, anzi, una separazione non fosse, a ragione, possibile, sicchè potevano essere compresi nel *ius dicere* atti che creavano nuove situazioni giuridiche (in senso lato) e che solo in un'ampia e comprensiva visione dei poteri del magistrato, quali espressione del potere della collettività, potevano trovare una giustificazione.

Si può osservare, per di più, che, se realmente la qualificazione della *bonorum possessio* sotto il profilo del *ius dicere*, che s'incontra in Cicerone, intendesse escludere l'inserimento di essa fra gli atti fondati sull'*imperium*, non si spiegherebbe come potessero rientrare, viceversa, fra gli atti *magis imperii* le *missiones in possessionem* che sono strutturalmente così simili, implicando anch'esse l'attribuzione di un potere di fatto sulla cosa, suscettibile di giungere, nel caso della *missio ex secundo decreto*, attraverso l'usucapione, a trasformarsi in vero e pieno diritto.

L'ipotesi che *bonorum possessio* e *ductio* siano state comprese fra gli atti propri della *iurisdictio* perchè derivanti da antichi provvedimenti delle *legis actiones*, e che gli altri atti, fra cui le *missiones in possessionem* non lo siano stati perchè sorti quando il significato tecnico di *iurisdictio* si era cristallizzato, è attraente, per lo meno nel senso che effettivamente atti come il conferimento della *bonorum possessio* ed il *duci iubere* derivino storicamente dall'*addictio* con cui si chiudeva la fase *in iure* della *manus iniectio* e dell'attribuzione delle *vindiciae* nella *legis actio sacramento in rem*. Ma anche così non pare che i termini del problema si modifichino e che si possa dire che quegli atti appartengano alla sfera della *iurisdictio* se con ciò s'intende escludere il loro fondamento sull'*imperium*.

In verità, è questo stesso modo di impostare il problema che non risponde, come dicevo più sopra, alle concezioni romane, postulando una separazione e contrapposizione fra *imperium* e *iurisdictio* che nè un autore dall'epoca repubblicana nè, probabilmente, un giurista dei primi secoli dell'impero avrebbero utilizzato per uno schema del tipo di quello che s'incontra in D. 3, 1, 4 e 50, 1, 26 pr. Senza ricorrere all'ipotesi di un intervento compilatorio (43), è suf-

(43) Come De Martino, *Giurisdizione*, 201 ss.: ma cfr., per l'opinione prevalente, la letteratura citata in Raggi, *Restitutio*, 99, n. 90.

ficiente notare che ambedue questi testi appartengono, se sono genuini, ad autori della tarda classicità, così che essi riflettono una situazione già notevolmente diversa da quella originaria e propriamente romana, una situazione di già sensibile distacco della nozione e dell'esercizio della *iurisdictio* dal concetto e dalle manifestazioni dell'*imperium*, di scolorimento del significato di *iurisdictio* intesa come strumento di statuizione di una situazione giuridica, possibile appunto perchè fondata sull'autorità del magistrato fornito di *imperium*, e di avvio alla diversa concezione della *iurisdictio* quale attuazione nel caso concreto di una norma giuridica posta da altra fonte autoritativa (44).

È significativo, peraltro, che, ciò malgrado, si conservi, benchè attenuato dal *magis* (45), il legame della *restitutio* con l'*imperium*, il che può essere considerato sin da ora una conferma del fatto che, nonostante la già avanzata trasformazione del sistema processuale e la diffusione della *cognitio extra ordinem*, che nel terzo secolo deve ritenersi ormai predominante sull'*ordo iudiciorum*, la funzione autoritativa dell'istituto, quale strumento creativo e modificativo di situazioni giuridiche, è ancora viva e prevalente.

Sarà necessario precisare se e come tale caratteristica si perda o se, piuttosto, essa non permanga sotto altra forma anche quando, superata la differenziazione fra le diverse forme di processo, e con essa quella fra provvedimenti del magistrato e provvedimenti del giudice, fra atti d'*imperium* ed atti di *iurisdictio*, la *restitutio* potrà apparire come semplice manifestazione di attività processuale.

(44) La distinzione fra due modi d'intendere la *iurisdictio*, in un senso più ampio, identificabile con l'attività rivolta a stabilire un concreto regolamento di rapporti fra privati, ed in un senso più ristretto, indicante il potere d'instaurare un processo nelle forme ordinarie, è stata rilevata dal Biscardi, già nel 1949, nell'articolo *Formula e processo* (pag. 470), e poi più ampiamente nel corso senese *Processo civile e processo penale nella elaborazione dommatica dei classici*, Siena 1959-60, 115 ss., traendo spunto, fra l'altro, proprio dai passi relativi agli atti *magis imperii quam iurisdictionis*.

Al punto di vista del Biscardi (al quale devo esprimere un vivo ringraziamento per i chiarimenti che ha voluto darmi discutendo con me il problema) aggiungerei, per mio conto, che, come ho accennato nel testo, la differenziazione dei due concetti debba esser vista soprattutto in funzione della trasformazione storica subita dal concetto di *iurisdictio*.

(45) Attenuato e scolorito, ma non cancellato; nè il *magis* sta ad indicare quella natura mista, quella categoria al limite fra *imperium* e *iurisdictio* di cui parlano alcuni autori. Cfr. ora Raggi, *Restitutio*, 100 ss., il cui tentativo di spiegazione con argomenti topici non mi sembra, peraltro, convincente.

A questo punto il discorso si sposta su un altro problema: quello del concetto, del contenuto e della funzione della sentenza nel tardo diritto romano; e ad esso può essere fatto, qui, soltanto un accenno.

Due sono, in proposito, i dati che è opportuno mettere in rilievo. Uno è che la *sententia* del processo *per cognitionem* è un atto di autorità, nel quale si unificano due elementi concettualmente distinguibili nella sentenza, il momento logico del giudizio ed il momento autoritativo del comando. L'altro è che questa *sententia*, non applica ancora, però, al caso concreto un'astratta norma legislativa, ma ancora impone un dovere di condotta determinato caso per caso; e quindi è ancora strumento creativo del comando giuridico, è ancora, sostanzialmente se non formalmente, atto di *iurisdictio* (46).

I riflessi di queste due posizioni sulla configurazione della *restitutio* nella tarda età romana possono essere evidenti e tali da ribadire il duplice presupposto da cui muove ad alla cui chiarificazione mira questo lavoro: il presupposto, cioè, della sostanziale continuità della *restitutio* nei vari momenti della sua storia e quello del carattere strumentale, e, perciò stesso, della relativa importanza della trasformazione dei mezzi processuali.

Se la *restitutio* appare, in più d'un caso, frutto di una sentenza del magistrato-giudice, anzichè atto autonomo del magistrato,

(46) Cfr. Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in «Studi in onore di P. Bonfante», 4, 45 ss. Il Biondi, invero, esclude le *cognitiones* dal quadro della *iurisdictio*, le considera procedimenti di carattere amministrativo, e di procedimento amministrativo parla espressamente a proposito della sentenza che le conclude. Ora questa terminologia e questo inquadramento concettuale, che riflettono linguaggio e schemi concettuali moderni, non sono idonei a rispecchiare la realtà del mondo romano, in cui la distinzione fra giurisdizione ed amministrazione, nel senso moderno (ma si sa, poi, quanto sia incerto, anche nel pensiero moderno il limite e quanto variabili i criteri di questa distinzione) è vanificata dalla sostanziale unità dell'*imperium* e dall'assenza di una teoria della divisione dei poteri e delle funzioni.

E credo anche che, per quanto la *cognitio extra ordinem* sia, normalmente, fuori del quadro della *iurisdictio*, ed a questa contrapposta (cfr. ad esempio il ben noto passo di Ulpiano, D. 50, 16, 99 pr., in cui si tenta l'unificazione, nel concetto di *notio* dei due distinti e contrapposti concetti di *cognitio* e di *iurisdictio*), sostanzialmente, se è esatto, come a me sembra, che anche nella *cognitio* non si ha applicazione di una astratta norma giuridica, ma creazione del diritto per il caso concreto, anche la *cognitio* è, in questo significato sostanziale, *iuris dictio*.

Sul valore più formale che sostanziale della contrapposizione fra *cognitio* e *iurisdictio* nel citato testo di Ulpiano, cfr. Scherillo, *Introduzione alla «cognitio extra ordinem»*, 213; e più ampiamente, sull'estensione alla *cognitio* del concetto di *iurisdictio*, Raggi, *Restitutio*, 85 ss., con la letteratura ivi citata.

ciò non significa che scompaiano, perciò, la sua natura autoritativa e la sua funzione modificatrice di una situazione di fatto e giuridica pregiudizievole con il ripristino dello *status quo ante*.

Senza entrare, per ora, a discutere se, effettivamente, i due momenti, quello della emanazione del decreto di *restitutio* da parte del pretore e quello del successivo giudizio restitutorio, fossero sempre distinti anche nella *restitutio* classica, secondo la tesi del Carrelli, o se il provvedimento restitutorio potesse anche concretarsi semplicemente nella concessione di un'azione o di un'eccezione che sarebbe stata, altrimenti, preclusa, si può dire che la riduzione del procedimento di *restitutio* nell'orbita di un procedimento ordinario, in cui la sentenza del giudice ha la duplice funzione di rescindere l'atto e di pronunciare sulle conseguenze e secondo le conseguenze della rescissione, non fa venir meno nè i due momenti, concettualmente distinti, della rescissione e della valutazione delle sue conseguenze, nè la portata ed il fondamento del provvedimento di rescissione.

3. Si suol dire, per caratterizzare la *restitutio* dell'età classica, che essa risulta dall'esercizio di poteri discrezionali del magistrato. Io stesso ho già usato ed avrò ancora occasione di usare questa terminologia. Ma essa è così legata a categorie dommatiche moderne, che è necessario soffermarsi un momento a precisare se debba essere considerata una pura e semplice espressione di comodo o possa assumere, viceversa, un preciso significato nel contesto storico cui si riferisce.

Anche questa precisazione non potrà, in ultima analisi, scaturire che dalla ricostruzione della vicenda storica della *restitutio*, poichè sarà questa a mostrarci quale valore sia da attribuire all'esercizio del potere su cui l'istituto si fonda.

Ma conviene indicare sin da ora almeno i criteri in base ai quali ed i limiti entro i quali può esser consentito parlare di discrezionalità dell'azione dei magistrati in questa materia.

Non è necessario avvertire che la terminologia, ed a prima vista anche i concetti che essa esprime, sono del tutto estranei al mondo romano.

Il problema, nella sua espressa formulazione, è nato dall'introduzione e dall'incontro dei principî della separazione dei poteri, della legalità dell'azione amministrativa, dell'azionabilità delle pretese dei cittadini verso la pubblica amministrazione, dai principî, cioè, che reggono le strutture fondamentali dei rapporti fra individuo e Stato

e che caratterizzano la disciplina dell'attività amministrativa propria dello Stato di diritto. Si tratta, dunque, con tutta evidenza, di un problema storicamente delimitato, non solo nelle sue possibili soluzioni, ma nello stesso suo porsi, all'ambito della società moderna e di cui solo da un secolo in qua si è venuta acquistando coscienza, in misura ed in forme via via più adeguate, nel pensiero e nella problematica giuridica (47).

Se ci limitassimo a questa osservazione dovremmo senz'altro escludere di poter utilizzare espressioni come discrezionalità e potere discrezionale con riferimento a fenomeni propri del mondo romano, nel quale mancano si può dire tutti i presupposti a cui si collega l'uso di quei termini.

Ma conviene non fermarsi a questo punto e scendere invece ad un esame più approfondito del problema per cercar di stabilire se, in particolare nel meccanismo della *restitutio* (alla quale va, ora, limitato il discorso), non esistano, per avventura, elementi che consentano di attribuire la qualifica della discrezionalità al potere su cui l'attività restitutoria si fonda ed in quale senso ciò sia ammissibile.

È evidente che occorre eliminare *a priori*, in questa ricerca, tutte le suggestioni che possono derivare dall'impostazione data al problema nella dottrina moderna e dai dati storici che la condizionano, quali la struttura disciplinatrice dell'attività amministrativa, i principî della separazione dei poteri e della legalità dell'azione amministrativa, e simili. Ma è necessario prescindere anche da concetti apparentemente più generali e meno legati ad un certo modo, storicamente delimitato, d'intendere la struttura dello Stato e di regolare l'attività degli organi di questo ed i rapporti con i cittadini.

Non potremmo, invero, parlare, per il magistrato romano, di attività discrezionale nel senso di libertà nell'applicazione della legge, che, pure, è nozione non necessariamente legata al concetto ed all'organizzazione dello Stato di diritto ed agli altri ad esso connessi, e che anzi la dottrina pubblicistica moderna considera ormai inadeguata a dar ragione del fenomeno della discrezionalità, proprio perchè legata a schemi concettuali che si ritengono superati e lontani dalla

(47) Una sintesi delle diverse formulazioni del problema della discrezionalità, oltre che delle sue soluzioni, è data ora dal PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in « Enc. del dir. », 13, Milano 1964, 65 ss., il quale avverte espressamente che si deve badare non solo alla storicità delle soluzioni, ma prima di tutto alla storicità del problema.

realtà e dalle esigenze dell'attuale concezione ed organizzazione dello Stato (48). O, se di siffatta qualificazione intendessimo servirci, giungeremmo, in definitiva, ad allargare a tal punto la nozione della discrezionalità da renderla, probabilmente, del tutto indeterminata ed inutile. Chè il magistrato romano non opera in un sistema di norme regolatrici dei rapporti pubblicistici, nè, per conseguenza, è possibile distinguere nell'ordinamento romano rapporti regolati solo con norme di scopo, nell'ambito delle quali si configurerebbe, in limiti più o meno ampi, la libertà di apprezzamento e di azione degli organi pubblici.

Se questi concetti potessero applicarsi con qualche fondamento, bisognerebbe dire che tutta l'attività dei magistrati romani, per lo meno dei magistrati superiori, forniti d'*imperium*, è attività eminentemente discrezionale, che si organizza e si svolge nel libero apprezzamento degli scopi da perseguire e non incontra altro limite che quello del controllo politico, esercitato attraverso l'*intercessio* del collega di *par maiorve potestas*, o dal Senato, o, in ultima analisi, ed in senso ancor più generico, dall'opinione pubblica, in quanto questa può influire sull'ulteriore svolgimento del *cursus honorum*.

È chiaro che, in tal modo, verrebbe però a mancare ogni criterio distintivo tra atti discrezionali e non discrezionali. Nella concessione della *restitutio in integrum*, per restare aderenti al problema specifico che qui interessa, l'attività del magistrato risulterebbe altrettanto libera che, ad esempio, nella concessione e nella *denegatio* di un'azione.

Siffatta conclusione potrebbe anche, sotto un certo profilo, presentarsi attraente. La concezione unitaria di *imperium* e *iurisdictio*, che si è più sopra difesa, la considerazione che l'attività giurisdizionale del magistrato non si svolge, per lo più, nel quadro di un sistema di norme obbiettive, ma rappresenta l'estrinsecazione dell'*imperium*, potrebbero indurre a ritenere che si tratti in ogni caso di attività, appunto, *lato sensu*, discrezionale. Ma una più accurata analisi dell'attività del magistrato e l'uso di un diverso criterio di delimitazione del concetto di discrezionalità possono, viceversa, condurre a differenziare atti che, come la *datio* e la *denegatio actionis*, pur essendo il risultato di un libero apprezzamento, da parte del magistrato, della situazione di fatto, trovano il loro fondamento in principî del *ius civile*, quando non in espresse norme legislative, ed atti che mirano, invece, a sostituire

(48) PIRAS, *l. c.*, 75. Cfr. anche GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in « Studi Un. Cagliari », 30 (1943-46), 51 ss.

alle conseguenze che, secondo il *ius civile*, nascerebbero da fatti naturali o da atti umani, conseguenze di ordine diverso, o a configurare situazioni da questo non previste, o addirittura, come nel caso della *restitutio in integrum*, a distruggere gli effetti che, secondo, il *ius civile*, non solo potrebbero verificarsi in astratto, ma si sono addirittura già verificati in concreto, ed a ripristinare lo *status quo ante*.

L'opinione dominante fra i romanisti ritiene che la *denegatio* di un'azione nascente dal *ius civile* fosse di norma il frutto di una valutazione discrezionale del magistrato (49).

Secondo me occorre, invece, distinguere. Non v'è nulla di discrezionale nella *denegatio actionis* se questa dipende dall'accertata inesistenza di presupposti processuali o dei presupposti dell'azione invocata nel caso concreto o se la ragione enunciata dall'attore appare a prima vista infondata. In tutte queste ipotesi il magistrato negando l'azione non fa che applicare i principî stessi del *ius civile* e rigetta immediatamente la domanda per la sua evidente infondatezza, che non richiede che la controversia sia rimessa all'esame del giudice.

Ma anche al di fuori di questi casi, non è detto che la *denegatio* abbia lo scopo di paralizzare ed escludere per una valutazione discrezionale del magistrato le conseguenze che da un atto deriverebbero in base a norme o principî di *ius civile*. Può darsi che essa derivi dall'applicazione di altri principî dello stesso *ius civile*, che vincolano il magistrato e che rendono il suo provvedimento non meno necessario che se l'azione invocata non fosse esistita o non fosse stata applicabile nel caso concreto.

Si veda, ad esempio, quanto scrive Papiniano in

> D. 35, 2, 15, 1 Papin. l. 13 resp.: *Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.*

(49) Cfr. BETTI, *La creazione del diritto*, 68 ss.; PUGLIESE, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano 1939, 108 ss. e la dottrina ivi richiamata; MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato romano*, « Studi in onore di E. Betti », Milano 1962, 3, 413. Per la distinzione tra *denegatio* discrezionale e non discrezionale sotto il profilo della necessità della *causae cognitio*, MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, 92 ss.

Vi è qui un conflitto tra il principio dell'efficacia vincolante della *stipulatio* e quello per cui il testatore non può disporre in contrasto con la norma della *lex Falcidia* che vuole sia riservata all'erede una quota dell'asse ereditario (50). La *denegatio actionis* scaturisce, perciò, non da un atteggiamento del pretore innovativo rispetto al *ius civile*, ma dal coordinamento, a cui il magistrato è evidentemente tenuto, di due esigenze egualmente fondate sul *ius civile* e l'una delle quali, in quanto riconosciuta e sancita *iure publico*, si riconosce prevalente.

Lo stesso si può dire per quei casi in cui la *denegatio actionis* è la conseguenza della constatata contrarietà del negozio al buon costume. In quali limiti, e con quale fondamento, in questi casi, fosse possibile la *denegatio*, non è, a dire il vero, pacifico; e neppure che la contrarietà della prestazione al buon costume importasse la nullità del negozio. La tesi tradizionale, accennata dal Riccobono, sviluppata dal Messina Vitrano, ha creduto di scorgere a questo proposito un contrasto fra *ius civile* e *ius honorarium*, nel senso che la *stipulatio* contraria al diritto o al buon costume sarebbe stata valida per il primo e solo paralizzata dal pretore mediante la *denegatio actionis* (50bis). Ma credo che nessuno sia disposto ad ammettere che una *stipulatio*, ad esempio, *flagitii faciendi* sia stata mai considerata valida dai romani. Si potrà anche pensare che un'affermazione come quella di D. 45, 1, 26 (Ulp. l. 42 ad Sab.): *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* sia frutto di una generalizzazione (che, del resto, potrebbe anche essere dovuta ad un giurista tardo come Ulpiano) (51); o che in D. 45, 1, 123 si siano confuse insieme

(50) Cfr. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, Milano 1963, 757 n. 17. La sostanziale genuinità del passo, in particolare per quanto riguarda la *denegatio actionis*, non è intaccata dalla critica interpolazionistica del Beseler, *Miszellen*, in « ZSS », 45 (1925) 476, che vorrebbe espungere la frase *privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo*, sostituendola con un *respondi*.

(50 bis) Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustinianeo*, « ZSS » 43 (1922), 288 ss.; Messina Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*, « Ann. Un. Perugia » 33 (1921), 583 ss.; contro i quali il Siber, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, « Studi in onore di P. Bonfante », Milano 1930, 4, 103 ss. e più tardi il Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, Torino 1947, 78.

(51) Cfr. al riguardo Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum*, 289, che ritiene tutto il passo fattura giustinianea; Siber, *Schuldverträge*, 110, suppone invece che interpolata sia solo la frase *generaliter novimus turpes*, sostituita ad una *flagitii faciendi*.

le ipotesi di *stipulatio* con prestazione contraria alla morale (*flagitii faciendi*) e quelle di *stipulatio* con causa turpe (*vel facti causa*) (52).

È pure probabile che il fr. 27 D. 45, 1 sia stato modificato, non solo con l'aggiunta del *veluti* che lo lega al precedente passo di Ulpiano e rende esemplificativo il caso che Pomponio esaminava, ma anche prospettando come eventuale ed aggiuntiva quella *denegatio actionis* che nella decisione di Pomponio costituiva l'unico mezzo proposto, e generalizzando, anche qui, il discorso con l'*ex huiusmodi obligationibus*, mentre Pomponio aveva presente, con ogni probabilità, il solo caso specifico di cui discuteva in forma diretta (53).

Comunque, in tutti questi casi, posto che la coscienza sociale non poteva certamente ammettere la validità di un negozio contrario al buon costume e che la nullità dovette essere già riconosciuta dal *ius civile* (54), la *denegatio actionis* rappresentava non già un autonomo mezzo di difesa pretoria, destinato ad impedire la realizzazione di una finalità che il *ius civile* avrebbe permesso di raggiungere, ma lo strumento per attuare concretamente un principio già

(52) Siber, *Schuldverträge*, cit.

(53) Oltre al *veluti*, sono stati introdotti, per legare il passo di Pomponio al precedente di Ulpiano, anche il *sed et*, che diveniva necessario per contrapporre la *denegatio actionis* alla nullità *ipso iure*, e l'*ex huiusmodi obligationibus*, per riprendere il *generaliter novimus turpes stipulationes* del primo testo. Il discorso originario, molto più semplice e lineare, poteva essere: *si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, officio praetoris continetur ei actionem denegare.*

Che questa della *denegatio actionis* fosse la soluzione indicata da Pomponio è confermato da un altro passo nel quale è riportato il pensiero di questo giurista, e cioè:

> D. 4, 3, 1, 5, Ulp. l. 11 *ad ed.*: *Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturum actionem.*

Del testo si sono proposte varie ricostruzioni, per ovviare alla formale improprietà del dettato (cfr. Beseler, *Miszellen*, in « ZSS », 45 (1925), 434; Siber, *Schuldverträge*, 109). La sostanza è, comunque, abbastanza sicura. Cfr. da ultimo Albanese, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in « Ann. Un. Palermo », 28 (1961), 13, che ritiene sia da eliminare solo l'ultima frase (*non debere laborare*, ecc.) come glossema riassuntivo.

(54) Siber, *Schuldverträge*, 105. Cfr. anche Kaser, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klass, röm. Recht*, « ZSS » 60 (1940), 121, dove è posto vivacemente in luce come la teoria e la prassi dell'epoca classica fossero chiamate ad attuare nella sfera giuridica precetti della morale con i mezzi forniti dal *ius gentium* e dal *ius honorarium*.

immanente nell'ordinamento (55). Essa non implicava, cioè, l'esercizio di alcun potere discrezionale.

Nè io credo che, sotto il suddetto profilo, differiscano da quelli ora ricordati i casi di illiceità della condizione a cui la *stipulatio* è sottoposta. Anche in testi come D. 35, 1, 71, 1 Papinianus l. 17 quaest., 45, 1, 97, 2 Celsus l. 26 dig., nei quali la *denegatio actionis* ancora figura, ed in altri, nei quali potrebbe essere stata cancellata in successivi rimaneggiamenti (56), la *denegatio* attua un principio che non si può considerare estraneo e contrario al *ius civile*, a meno che non si pensi di fare di questo un ordinamento insensibile alla morale sociale (57).

(55) Non mi pare da condividere, a questo proposito, il punto di vista del Siber, il quale esclude la possibilità della *denegatio actionis* in casi come quello ipotizzato nel fr. 27, in quanto la formula dell'*actio ex stipulatu* conteneva, in questi casi, una *demonstratio incerta*, il che impediva al magistrato di rendersi conto a prima vista dell'illiceità dell'oggetto della pretesa. Lascio da parte ogni discussione sul problema se la *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis*, riportata da Gaio (4, 136), riproduca il testo della formula dell'*actio ex stipulatu* incerta o sia uno schema in bianco destinato ad essere riempito con l'indicazione dell'oggetto specifico della pretesa. Non mi sembra, infatti, che questo problema di tecnica formulare sia decisivo, perchè non credo che il magistrato, quale che fosse il modo di redazione della formula, potesse ignorare, comunque, l'oggetto della pretesa dell'attore e non dovesse negare l'azione se questa appariva, *ictu oculi*, contraria a principî fondamentali dell'etica. Lasciamo pure da parte gli esempi di scuola, che si incontrano nei passi del Digesto; nessuno sarà andato a chiedere al pretore il rilascio di una formula per agire contro chi aveva promesso di eseguire un delitto. Ma è singolare che il Siber, il quale ammette la *denegatio actionis* nei casi di evidente immoralità della causa della *stipulatio* (che non sono, secondo lui, casi di nullità del negozio) pensi che il magistrato non potesse provvedere allo stesso modo nei casi ben più evidenti di nullità derivante da illiceità della prestazione. Così che nei primi si sarebbe potuto stroncare *in iure* la pretesa dell'attore, ed in questi, invece, diventava necessario, contro ogni logica, proseguire il processo *apud iudicem*.

(56) Per esempio in D. 45, 1, 19 Pomponius l. 15 *ad Sab.*, la cui redazione attuale non corrisponde certamente al pensiero classico (le *penae leg[um]* ⟨ *e* ⟩ *comprehensae* per il divorzio! Cfr. Bonfante, *Corso di diritto rom.*, 1, 257 n. 1; Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 333) e che il Siber ricostruisce; *Sic stipulatione facta « si culpa tua divortium factum fuerit dari? »*, *actio denegabitur*.

(57) In questo senso ed in questi limiti può essere accettabile l'osservazione del Lévy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, in « Trav. et mém. de l'Un. de Lille », 8 (1924), 64, che il pretore, nei casi in cui denega l'azione per la contrarietà del negozio al buon costume agisce come custode della morale pubblica. Non ha importanza, per il problema qui discusso, che in D. 35, 1, 71, 1, si dica che il pretore *actionem denegat*, in generale, mentre in D. 45, 1, 97, 2, per una situazione apparentemente simile, la *denegatio* è subordinata alla *causae cognitio*. Le stipulazioni considerate nei due testi sono, appunto, solo apparentemente simili, ma in realtà, mentre nella prima l'immoralità della condizione è evidente, in quella contemplata da Celso, come osservava lo stesso giurista (e perciò la frase non mi sembra ein nichtssagendes Glossem zu 'causa cognita', come vorrebbe il Kaser, *Rechtswidrigkeit*, 122 n. 3), potrebbe ravvisarsi, caso per caso, una *causa probabilis*. Si comprende, quindi, l'opportunità di accertare caso per caso se si trattasse di *causa turpis*, o no. Ma questa indagine e la conseguente, eventuale *denegatio actionis*, non importano una valutazione discrezionale della situazione, bensì solo un accertamento di fatto, dal quale dipende l'applicazione del principio della non azionabilità della *stipulatio* sottoposta a condizione immorale.

Cfr. in proposito Messina Vitrano, *Negozi invalidi*, 590; Martini, *Causae cognitio*, 95 s.

Viceversa in altri casi la *denegatio actionis* è chiaramente il frutto di una valutazione discrezionale del magistrato. Ricorderò un solo caso, che mi sembra particolarmente significativo e che tocca, inoltre, molto da vicino il tema della *restitutio in integrum*. In D. 4, 4, 27, 1 Gaio, commentando l'edito relativo alla *restitutio* a favore dei minori, prospetta il caso che un minore abbia dissipato il denaro ricevuto a mutuo, ed afferma: *si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul adversus eum actionem.*

Qui siamo di fronte all'applicazione di un editto formulato, come si sa, in termini particolarmente ampi, tanto da lasciare al magistrato la più grande libertà di valutazione e di scelta dei mezzi di tutela del minore. E fra le possibili applicazioni, come si vede dal commento di Gaio, rientrava anche il diniego dell'azione che sarebbe stata, altrimenti, esercitabile contro il minore in base al negozio concluso; diniego ammesso non per essere il negozio stesso viziato, o anche solo suscettibile di recar danno al minore, ma persino se il danno derivasse dal comportamento extranegoziale di costui, nella specie dall'aver egli dissipato il denaro preso a mutuo.

Non potremmo avere un esempio più chiaro di una *denegatio actionis* le cui ragioni non scaturiscono dall'applicazione di un principio immanente nell'ordinamento, ma sono dettate da un criterio di mera opportunità, che il magistrato attua con una valutazione della situazione di fatto non condizionata, almeno nel caso sopra richiamato, neppure da una norma edittale che lo vincoli ad un provvedimento determinato.

Naturalmente questo discorso ha un valore puramente esemplificativo e non pretende esaurire l'argomento della discrezionalità del magistrato romano nei suoi vari aspetti. A tale scopo sarebbe ne-

cessario, infatti, prendere in esame, oltre ai casi di *denegatio* di azioni fondate sul *ius civile*, anche i problemi relativi alla concessione e al diniego di azioni pretorie, e non solo di quelle promesse nell'editto, ma anche di quelle decretali, nonchè delle eccezioni. Ma un'indagine così ampia andrebbe troppo oltre i limiti della presente ricerca e l'intento di queste osservazioni preliminari. Si dovrebbe, invero, per svolgerla adeguatamente, affrontare problemi basilari del diritto costituzionale e del sistema processuale romano: ad esempio, se, in qual senso ed in quale misura si possa considerare come esplicazione di un potere discrezionale la potestà edittale del magistrato (58); se, poi, di discrezionalità si possa ancora parlare di fronte all'attuazione dell'editto, alla concessione, cioè, delle singole azioni o al loro diniego, posto che questo sia ancora possibile (59), ed all'inserzione nella formula delle eccezioni proposte nell'editto (60); se, infine, si riporti ad un potere discrezionale la concessione di azioni o di eccezioni per decreto, o l'adozione di provvedimenti di natura extra processuale, quali le *missiones in possessionem*, le *stipulationes* e la *restitutio in integrum*. Questa indagine richiede, evidentemente, un autonomo svolgimento.

---

(58) Così la qualifica Betti, *La creazione del diritto*, specialmente 94 s.

(59) Si pone, qui il problema del carattere vincolante dell'editto per il magistrato che lo ha emesso, su cui cfr. ancora Betti, *op. cit.*, 91 s.; Pugliese, *Actio e diritto subbiettivo*, 133 ss.

(60) Per l'*exceptio* si verifica una situazione in qualche modo paragonabile a quella illustrata più sopra, nel testo, a proposito della *denegatio actionis*, di cui, del resto (non va dimenticato) l'*exceptio* è in certo senso il sostituto storico, una sua forma differita e resa ipotetica (Wlassak, *Der Ursprung der röm. Einrede*, in « Fetschr. L. Pfaff », Wien 1910; Betti, *Sull'opposizione della « exceptio » all'« actio »*). La fonte immediata di essa è normalmente l'editto (normalmente, non sempre, perchè il pretore, come insegna Gaio 4. 118, *exceptiones autem alias in edicto habet propositas, alias causa cognita accomodat*); ma la fonte mediata può essere una legge o un senato consulto. Nell'editto esisteva, com'è noto, una clausola generica, che prometteva un'eccezione *si quis contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* (EP³, § 279) e ad essa si riportavano eccezioni come quelle *legis Cinciae* e *legis Plaetoriae* e quelle derivanti dai senatoconsulti Macedoniano e Velleiano, attraverso le quali si attuavano vere e proprie norme del *ius civile*, senza esercizio di un potere discrezionale del pretore non solo nella inserzione delle eccezioni nelle singole formule concrete, ma neppure nella loro proposizione, in astratto, nell'editto. Diverso dovrà essere il discorso per le eccezioni di creazione pretoria e soprattutto per quelle che Gaio qualifica *causa cognita accomodatae*. Ma anche a questo proposito, come in ordine alle azioni, solo un esame dei criteri ai quali si ispira l'attività, edittale ed extraedittale, del magistrato può indicare se vi sia, nei singoli casi, esplicazione di attività discrezionale.

Qui vorrei limitarmi, traendo profitto dalle sommarie considerazioni svolte e dagli esempi sia pure brevemente discussi, a rilevare che non il solo fatto del diniego o della concessione di un'azione o di un altro strumento di difesa, giurisdizionale o no, può essere assunto come indice di una attività discrezionale, non di fronte a qualsiasi provvedimento che implichi una valutazione di circostanze ed una decisione di accoglimento o di rigetto di una domanda, di riconoscimento o di disconoscimento di una situazione giuridica determinata, si è autorizzati a parlare di discrezionalità, ma, se mai, l'uso del termine dovrebbe essere riservato ai casi in cui provvedimenti di tal fatta implichino il ricorso a principî estranei al *ius civile* o, più in generale, alla norma di azione posta al magistrato, eventualmente anche dallo stesso magistrato nell'esercizio di una sua autonomia attraverso l'editto.

È il caso di ricordare che siffatto modo d'intendere la discrezionalità, come obbligo, cioè, di osservare criteri non giuridici in sè, ma in qualche modo richiamati dal diritto, è quello che appare alla più recente dottrina pubblicistica il più consono a dar ragione del fenomeno e ad eliminare dalla discrezionalità ogni pericolo di arbitrio o di abuso. Non voglio dire che tale costruzione si attagli, nei concetti e tanto meno nelle finalità che la ispirano, al diritto romano; anzi nel diritto romano si dovrà parlare, in ogni caso, di facoltà, e non di obbligo, del magistrato di ricorrere, per la soluzione del caso concreto, a criteri extra giuridici, e si dovrà, inoltre, escludere la configurabilità di un rinvio che, negli ordinamenti giuridici moderni, si ritiene necessario perchè i criteri extragiuridici possano divenire norma dell'azione amministrativa e qualificarla come discrezionale,

Il ricorso a principî estranei al *ius civile*, ed anche la disapplicazione nel caso concreto di norme edittali sono, per il magistrato romano, portato del suo *imperium* (61). Tuttavia il concetto della discrezionalità come ricorso a criteri estranei al sistema giuridico mi sembra utile per inquadrare il fenomeno anche nel diritto romano, mentre, viceversa, uno studio del fenomeno stesso, sotto questo an-

---

(61) Particolarmente precisa ed efficace la formulazione di questo punto in Betti, *La creazione del diritto*, 74: « Secondo la concezione romana, il potere discrezionale del magistrato giusdicente inerisce alla sua stessa *iurisdictio* ed è parte integrante della sua potestà di comando e di decisione, del suo *imperium*... Esso potere non è qualcosa di prestato, di concesso dalla legge; ma è altrettanto *proprio* e *originario* del magistrato quanto l'*imperium*, altrettanto antico quanto l'*imperium* ».

golo visuale, nel diritto romano potrebbe storicamente illuminare i risultati della dottrina moderna.

Vorrei notare, in proposito, che questa ravvisa nella discrezionalità una scelta determinata dal valore assegnato a determinati interessi in contrasto, ossia da un giudizio *lato sensu* politico.

Vorrei anche ricordare che nella scelta così esercitata si concreta una prescrizione che l'autorità detta per la disciplina del caso concreto e che costituisce una vera e propria norma del caso singolo.

Non è difficile scorgere in questi profili della discrezionalità analizzati dalla dottrina moderna fenomeni che in parte coincidono, pur nella diversissima inquadratura, con aspetti caratteristici dell'attività del magistrato romano, e che interessano in particolar modo per lo studio della *restitutio in integrum*.

Per ritornare a questa e rispondere, relativamente ad essa, all'interrogativo posto al principio di questo paragrafo, non v'è dubbio che essa concreti, appunto, una tipica manifestazione di attività discrezionale, nel senso sopra accennato di attività fondata sull'*imperium* del magistrato ed ispirata a criteri estranei al *ius civile*, anzi per lo più in deciso contrasto con i principî di questo.

Si tratterà di vedere, però, nel corso dell'indagine, se e fino a qual punto la discrezionalità si sia attuata e conservata anche nei confronti dell'autonomia magistratuale. Ed anche sotto questo profilo, come per gli altri problemi che possono presentarsi nello studio della *restitutio* ed ai quali si è molto sommariamente accennato nelle pagine che precedono, mi pare che possa riuscire proficuo un esame del fenomeno condotto senza schemi precostituiti, nelle sue varie manifestazioni storiche.

È evidente, infatti, che il magistrato repubblicano, il quale regola con un suo editto, eventualmente sulla base di precedenti deliberazioni del Senato, particolari situazioni determinate da eventi eccezionali (62), o quello che decreta *pro sua aequitate prudentiaque*, indicando all'interessato le possibili soluzioni di un caso concreto (63), sono senza dubbio in posizione diversa, sotto il profilo della discrezionalità dei loro atti, da quella del magistrato che, in epoca più avanzata, pone norme edittali più generali per regolare la propria

(62) Come nel caso ricordato da Livio 29, 1, 15 e negli altri a questo assimilabili, di cui ci occuperemo in particolare più oltre.

(63) Cfr. Cic., *Pro Flacco*, 21, 49.

attività e, ancor più, da quella del magistrato chiamato ad applicare norme edittali già consolidate.

Anche l'opera degli imperatori e degli organi dell'amministrazione imperiale dovrà essere valutata, sotto questo profilo, in rapporto ai risultati già raggiunti attraverso la precedente attività dei magistrati e nel quadro dell'opera interpretativa e sistematica della giurisprudenza.

La ricerca dell'esistenza e, se così può dirsi, del *quantum* della discrezionalità nella formazione ed evoluzione storica del sistema della *restitutio* può rappresentare, insomma, uno dei fili conduttori che possono aiutare a ricostruire la linea dello sviluppo storico e delle trasformazioni dell'istituto.

II.

La « restitutio in integrum » nelle fonti repubblicane.

1. Ho già detto che l'interesse di un esame più approfondito delle fonti repubblicane riferibili alla *restitutio* sta non solo e non tanto nella ricerca della maggiore o minore antichità dell'istituto. E, del resto, una ricerca che fosse indirizzata ad individuare il punto di emersione, nel contesto degl'istituti giuridici romani, di una *restitutio* già bell'e formata, con connotati precisi e corrispondenti a quelli che la caratterizzano nel successivo sviluppo, apparirebbe guidata da un criterio decisamente antistorico. Non è dai dati più tardi che dobbiamo muovere per ricercare la conformità ad essi di dati più antichi, ma l'analisi di questi, condotta al di fuori di schemi concettuali e normativi precostituiti, deve, se mai, condurci ad accertare se, nei fatti storici in essi rappresentati, si possano ravvisare elementi, per quanto incerti e mutevoli, che preannuncino l'evoluzione storica successiva.

Questa premessa, sebbene rifletta un ovvio criterio d'indagine, non deve apparire, nel caso specifico, superflua. In realtà l'uso fatto finora delle fonti del periodo repubblicano è stato ispirato prevalentemente all'intento di rintracciare in esse la prova dell'esistenza di quelle figure di *restitutio* a cui, sulla base degli editti pretori noti attraverso la tradizione più tarda e della relativa elaborazione giurisprudenziale, si riconduce normalmente lo studio dell'istituto, quando non, addirittura, di rinvenire i legami fra quelle fonti e gli editti stessi, di cui si presuppone l'esistenza. Si è limitato, così, l'in-

teresse dello studio alla ricerca di discutibili coincidenze fra i casi di *restitutio* attestati dalle fonti repubblicane e quelli noti attraverso gli editti pretori e la giurisprudenza dell'età imperiale, e non si è dato sufficiente rilievo ad un risultato ben più interessante, che l'esame di quelle fonti può consentire, permettendo di cogliere alcuni momenti del processo di formazione dell'istituto attraverso applicazioni che non corrispondono a schemi precostituiti, ma nascono da esigenze contingenti della più diversa natura.

Lo scopo della mia ricerca vuol essere appunto questo: collocare i dati testuali nel loro quadro storico, valutarne il significato per la storia della *restitutio*, senza pretendere di scorgervi segni dell'esistenza delle forme già evolute e, per così dire, cristallizzate di questa, e di riportare i singoli episodi che le fonti documentano ad uno schema unitario precostituito.

Sarà, naturalmente, necessario individuare l'elemento o gli elementi che consentono di riferire questi dati testuali alla nozione di *restitutio* che si verrà precisando e fissando nell'ulteriore evoluzione, normativa e giurisprudenziale.

Il dato terminologico non è da sè solo idoneo a tale scopo per due fondamentali motivi. Innanzi tutto non sempre le fonti che esamineremo parlano, come si vedrà, di *restitutio*. Ma la mancanza del termine non è, di per sè, sufficiente ad escludere che i casi considerati possano, in realtà, essere storicamente collegati con la *restitutio* edittale più tarda. E viceversa non basta l'uso di quel termine per stabilire tale collegamento. Non è necessario diffondersi, a questo proposito, sulla molteplicità di significati che *restituere* e *restitutio* assumono nelle fonti, anche per effetto di mutamenti di prospettiva e della confusione fra mezzi di difesa diversi utilizzati in diversi momenti storici (64). D'altra parte i testi di cui disponiamo per l'età repubblicana sono in gran parte testi non giuridici, per cui non è facile stabilire se, quando parlano di *restituere* o di *restitutio*, lo facciano in un preciso significato tecnico, corrispondente a quello delle più tarde fonti giurisprudenziali e normative dell'età imperiale.

Neppure la forma degl'interventi documentati dalle fonti offre un punto di riferimento sicuro, dal momento che, anche quando essa è chiaramente individuabile (e non lo è sempre), non corrisponde ad uno schema fisso e prestabilito. Non è possibile individuare, nei dati testuali in questione, nè la prova dell'esistenza di una disciplina edittale della *restitutio* nè una costanza di forme che consenta di ricondurli ad un'unica ispirazione. Non si tratta, del resto, solo di provvedimenti magistratuali, ma anche di interventi del Senato, che si combinano variamente con quelli del magistrato, per tacere delle deliberazioni comiziali, che riguardano, a dire il vero, il campo specifico della restituzione contro sentenze penali, ma non differiscono, nella sostanza, dagli altri provvedimenti di carattere restitutorio.

(64) Cfr. già SAVIGNY, *Sistema*, 7 § 316; LEVY, *Zur nachklass. in integrum restitutio*, in « ZSS », 68 (1961), 361 ss.

Pur considerando, tuttavia, i soli casi di restituzioni operate da magistrati, vedremo che esse si attuano ora con provvedimenti assolutamente non formali, ora in forma di decreti, ora per mezzo di editti, ora con la concessione di azioni che, almeno allo stato delle fonti su cui è possibile fondarsi, non si può dire se sia stata o no preceduta da un esplicito decreto di restituzione. Si è, dunque, ben lontani da quel rigido schema formale postulato per la *restitutio* classica dal Carrelli e dal Levy ed anche da un'assoluta unità di forme che consenta di accomunare i diversi casi fra loro ed agli schemi noti attraverso le fonti più tarde.

La diversa provenienza ed ampiezza degl'interventi restitutori di cui dovremo occuparci è un altro elemento che concorre a differenziarli, impendendo anche per questo aspetto una loro riduzione ad unità. Si tratta, come già rilevato, ora di autonomi provvedimenti magistratuali, ora di provvedimenti del Senato, che l'intervento del magistrato presuppone e sui quali si innesta; e le deliberazioni del Senato hanno ora carattere generale, come nel caso più noto del senatoconsulto *de Asclepiade*, ora valore di istruzioni per il singolo caso concreto.

Va, infine, tenuta presente la varietà delle situazioni in cui si esplicano gl'interventi restitutori documentati dalle fonti repubblicane. Le applicazioni più antiche sono da porre in rapporto con momenti dell'espansione romana, con eventi bellici e con situazioni da questi determinate, con l'esercizio del potere dei magistrati e del Senato romano sui sudditi delle provincie o addirittura su popolazioni almeno formalmente indipendenti, in situazioni, dunque, che rientrano ancora nel quadro delle relazioni internazionali di Roma. Ma anche le più recenti si riferiscono a controversie che si svolgono nell'ambiente provinciale e mostrano come appunto nell'attività dei magistrati provinciali o del *praetor peregrinus* la *restitutio* trovasse il suo terreno più propizio.

Questa varietà di situazioni, tanto più notevole in quanto la documentazione di cui disponiamo è tutt'altro che ricca, e ben lontana dall'uniformità, almeno formale, della disciplina edittale più tarda, non consentirebbe di per sè di considerare i casi in questione in un nesso unitario. Gli elementi comuni, tuttavia, esistono e costituiscono il filo che unisce, anche se latente ed inespresso, questi casi fra loro e con le successive applicazioni della *restitutio*. Essi sono costituiti dalla funzione autoritativa esplicata dai magistrati e dal Senato e dalla convinzione che essa sia idonea a cancellare gli effetti giuridici di atti che la coscienza sociale considera lesivi di interessi pubblici o privati ovvero contrari a criteri di valutazione equitativa. Il concetto di una superiore giustizia, di cui il Senato ed i magistrati sono gl'interpreti e gli strumenti e che si contrappone alle rigorose conseguenze dell'applicazione del diritto, accanto a quello di un'opportunità contingente che suggerisce i singoli provvedimenti, rappresentano i motivi ispiratori di questi casi di *restitutio* e consentono di inserirli, malgrado la loro varietà, in un quadro sostanzialmente unitario.

2. Il constatare che le applicazioni della *restitutio* documentate dalle fonti repubblicane riguardano in generale l'ambiente provinciale, o addirittura rapporti e situazioni che si svolgono sul piano internazionale, consente di porre subito da parte un'obbiezione di fondo mossa all'antichità dell'istituto, sotto il riflesso che esso non avrebbe avuto alcuna possibilità di essere utilizzato nel quadro del processo *per legis actiones*, dal momento che il pretore non poteva nè denegare l'azione nascente dall'atto riprovato nè ristabilire l'azione estinta a causa di quest'atto (65).

Questa opinione, che conduceva alle estreme conseguenze la concezione del processo quale derivazione di un arbitrato privato, sottoposto al controllo puramente autorizzativo del magistrato, riducendo questo ad un ruolo di spettatore passivo e di controllore meramente formale dell'attività delle parti, non era condivisa neppure dal più illustre sostenitore di quella concezione eminentemente privatistica del processo, il Wlassak, che fu, anzi, fra i più vivaci assertori della possibilità di una *denegatio* discrezionale dell'azione anche prima della *lex Aebutia* (66).

(65) Girard, *Manuel él.*, 1053.

(66) Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, 2, Leipzig 1891, 225 ss. e soprattutto nel lungo

Tuttavia, malgrado la profonda revisione critica a cui è stata sottoposta negli ultimi decenni la tesi del processo come derivazione dell'arbitrato e l'accentuazione corrispondente dell'importanza della funzione del magistrato anche nei tempi più antichi, l'opinione che la *denegatio actionis* non fosse possibile, nel quadro delle *legis actiones*, se non per ragioni di legittimità è ancora notevolmente diffusa (67).

Gli autori più recenti e sensibili alle particolarità del processo storico non hanno mancato, in ogni modo, di avvertire che, per lo meno nella fase più recente della storia delle *legis actiones*, vale a dire a un di presso dalla seconda metà del 3 secolo a. Cr., potè verificarsi un'estensione dell'ambito della *denegatio actionis* (68). E questa ammissione sarebbe già di per sè sufficiente ad eliminare ogni difficoltà per quanto riguarda l'applicazione della *restitutio*, in quanto le tracce di questa non risalgono, allo stato delle nostre conoscenze, oltre la fine del 3 secolo. Sarebbe, quindi, ammissibile che, in quell'epoca, la *restitutio*, almeno nella forma di *denegatio* dell'azione nascente da un atto valido secondo il *ius civile*, ma in contrasto con criteri di opportunità ed equità applicati dal pretore, fosse realizzabile anche nel processo *per legis actiones*.

studio *Der Gerichtsmagistrat im gesetz. Spruchverfahren*, in «ZSS», 25 (1904), 91 ss. e 28 (1907), 97 ss.

Cfr. nello stesso senso Lenel, *Der Praetor in der legis actio*, in «ZSS», 30 (1909), 329 ss.; Wenger, *Praetor und Formel*, München 1924, 56 ss.; Id., *Istituz. proc. civ. rom.*, Milano, 1938, 98 ss.; Betti, *La creazione del diritto*, 76 ss.

(67) De Martino, *Giurisdizione*, 70 ss.; Carrelli, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 67 ss.; Luzzatto, *Proc. civ. rom.*, 2, 298 ss., 320 s.; Pugliese, *Legis actiones*, 381 ss.; Broggini, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz 1957, 11 n. 15, 77 ss.

Le differenze di punti di vista e di atteggiamenti degli scrittori citati, specialmente dei più recenti, sono, tuttavia, notevoli. Il Luzzatto, ad esempio, il quale non crede che il magistrato sia un semplice spettatore passivo dell'attività delle parti, pensa che almeno nelle *legis actiones* più recenti fosse necessaria una formale *datio iudicii*, sia pure solo come logica conseguenza della constatazione che l'attività delle parti si è svolta in modo formalmente conforme alle prescrizioni di legge (*op. cit.*, 320 s.).

Il Pugliese, a sua volta, riconosce che la posizione costituzionale del magistrato non era diversa, all'epoca delle *legis actiones*, da quella che sarà nel periodo formulare, sicchè, sotto questo profilo, nulla avrebbe impedito, anche nell'ambito delle *legis actiones*, l'esercizio di un potere di *denegatio*. Ma sono, a suo avviso, il carattere generale della procedura di quel tempo, nonchè il modo in cui si ammetteva la creazione e la modificazione del diritto, ad ostacolare simile ammissione. Comunque, anche secondo il Pugliese, dopo la metà del 3° secolo a Cr. vennero maturando le condizioni per un esercizio discrezionale della *iurisdictio* e si determinò conseguentemente un'estensione della sfera di esercizio della *denegatio actionis*.

(68) Pugliese, *Legis actiones*, 388.

Più rilevante sarebbe l'altra obbiezione del Girard, che nel processo *per legis actiones* il magistrato non avrebbe potuto, tuttavia, concedere l'azione estinta per effetto dell'atto riprovato.

Sembra, infatti, anche a me che il meccanismo attraverso cui la *restitutio* si attua nel processo formulare, con la concessione, cioè, di un'*actio ficticia* che presuppone la rescissione dell'atto viziato o lesivo, non possa essere adattato al processo pre-ebuzio. Per quanto ampi fossero i poteri del magistrato anche nel periodo delle *legis actiones*, la struttura dei mezzi processuali non era, comunque, tale da consentire la concessione di un'azione *rescissa alienatione* o *acceptilatione* o *capitis deminutione*, secondo le varie ipotesi configurabili in materia, ed effettivamente configurate dalle fonti più tarde relative al processo formulare.

Ma proprio di fronte a questo ostacolo, che sarebbe difficilmente superabile alla luce delle nostre cognizioni sul processo *per legis actiones*, si rivela l'importanza dell'esame delle fonti repubblicane e di uno dei risultati che da queste si può con certezza ricavare. Chè, se l'origine della *restitutio* va ricercata non nei rapporti fra cittadini, ma nell'esercizio dell'*imperium* dei magistrati romani nelle provincie o addirittura, in alcuni casi, su territori soggetti solo al controllo politico di Roma, e, più tardi, nella soluzione di controversie che ricadono nella sfera di competenza del *praetor peregrinus*, non è nel quadro dei processi *per legis actiones* che vanno inserite quelle più vetuste applicazioni dell'istituto, ma nel quadro di forme processuali del tutto estranee all'ordinamento giuridico romano o di quelle forme che venivano elaborandosi attraverso l'attività giurisdizionale dei magistrati nelle provincie e del *praetor peregrinus* a Roma.

Acquista, così, un più preciso significato l'intuizione che ispirava alcuni interrogativi posti dal Duquesne nella conclusione del suo studio sulla *restitutio* nell'orazione Pro Flacco (69).

Noi possiamo ora affermare con sufficiente certezza, tenendo conto delle fonti non prese in esame dal Duquesne, che la *restitutio* non è nata come strumento per disciplinare rapporti fra cittadini, ma è stata originariamente il frutto della libertà di poteri di cui godevano i magistrati romani nei confronti degli stranieri e nelle provincie.

E questa affermazione, mentre contribuisce ad illuminare un particolare aspetto dell'influenza esercitata dall'attività dei magistrati provinciali sullo sviluppo del processo e degl'istituti sostanziali del

(69) Duquesne, *Cicéron Pro Flacco*, estr. p. 43.

diritto romano, consente di affrontare l'esame dei singoli casi documentati dalle fonti, liberi da preoccupazioni pregiudiziali circa la tecnica ammissibilità dell'uso della *restitutio* nell'epoca a cui quelle fonti si riferiscono.

3. Se dovessimo trasportare dalla finzione scenica nella realtà la situazione rappresentata da Terenzio nel *Phormio* (70), non sapremmo immaginare la richiesta di *restitutio* suggerita dall'amico Cratino a Demifonte altrimenti che formulata avanti al *praetor peregrinus*.

Ma la situazione scenica rappresentata da Terenzio non risponde puntualmente ad una situazione reale, chè nessun romano avrebbe pensato di poter chiedere la *restitutio* di un matrimonio. Ed anzi, proprio nell'assurdità del consiglio gli spettatori dovevano trovare il sapore comico della scena (71). Ma ciò non toglie che, a differensa di quanto si pensava un tempo (72), il passo di Terenzio offra un sicuro indizio per dimostrare che la *restitutio* era, a metà del 2 secolo a. Cr., istituto già ben noto ai Romani, tanto che un autore teatrale poteva valersene per costruire una situazione scenica che fosse compresa ed apprezzata nella sua comicità dal pubblico.

Si sa che la possibilità di ricavare qualche costrutto, per la conoscenza degl'istituti giuridici romani, da autori come Plauto e Terenzio, i quali avrebbero, se non semplicemente tradotto, al massimo trasposto e adattato i loro modelli greci, senza aggiungervi nulla di nuovo, è stata sempre controversa (73). Ma il problema,

(70) Ther. *Phormio*, 446 ss.:

> Dem. *Videti' quo in loco res haec siet;*
> *quid ago? dic, Hegio.* - Heg. *Ego? Cratinum*
> *censeo, si tibi videtur.* - Dem. *Dic. Cratine.* -
> Crat. *Mene vis?* Dem. *Te* - Crat. *Mihi*
> *sic hoc videtur: quod te absente hic filius egit,*
> *restitui in integrum aequomst et bonum et id*
> *impetrabi'. dixi.*

(71) Cfr. in questo senso la recensione dello studio della Kornhardt citato più oltre, in «ZSS», 72 (1955), 487.

(72) Cfr. soprattutto Jobbé Duval, *Les decreta des magistrats pourvu de la iuriction contentiosa inter privatos*, «Studi in onore di P. Bonfante» 2, 184; anche Girard, *Manuel*, 1053; De Martino, *Giurisdizione*, 49.

(73) Cfr. fra gli altri Dareste, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, ora in *Études d'histoire du droit*, 2ᵉ série, Paris 1926, 149 ss.; Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théatre de Plaute et de Térence*, Lyon 1900 e soprattutto, da ultimo, U. E. Paoli, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962.

per quel che interessa ai fini di un'indagine giuridica, non può essere posto in termini così generali. Per quanto, in effetti, le opere di Plauto e Terenzio possano essere, letterariamente, poco più che traduzioni o adattamenti di originali greci, non è, tuttavia, escluso che nell'impostazione generale dell'opera, nel suo ambiente, fra i suoi personaggi, si insinuino elementi di schietto carattere romano. E sono, evidentemente questi elementi, rivelatori del pensiero, del costume, dell'istituto giuridico, che interessano per l'analisi giuridica, indipendentemente dalla tessitura generale dell'opera.

Ora, il passo di Terenzio qui considerato è, probabilmente, uno di quelli in cui la realtà romana ha prevalso sul modello greco. Certo è che in esso emergono elementi di schietto sapore romano e di preciso riferimento alla struttura della romana *restitutio*, che verrebbero a torto svalutati in nome di un'aprioristica convinzione della fedeltà dell'opera al modello greco.

La più recente studiosa del testo ha rilevato, e mi sembra con ragione, che, nonostante l'azione si svolga in Grecia, Terenzio ha posto in scena, a questo punto, una situazione di stile prettamente romano: il *consilium* degli amici, a cui il protagonista si rivolge per decidere come regolarsi nella spinosa situazione che gli si presenta; e che, più in generale, lo sviluppo della vicenda, la caratterizzazione dei personaggi e le singole battute denotano un interesse del poeta per i problemi del mondo romano (74), che non è, del resto, privo di possibile spiegazione in un uomo che viveva in contatto con il circolo degli Scipioni, cioè con uno dei centri di potere e di idee innovatrici della società romana del tempo.

Più che dal riferimento a singole figure di *restitutio* e ad un preciso modulo giuridico romano (75), l'interesse del passo è dato ap-

(74) KORNHARDT, *Restitutio in integrum bei Terenz*, in «Thesaurismata, Festschrift für Ida Kapp», München 1954, 65.

(75) Naturalmente, dato che il matrimonio di Antifonte è stato concluso in assenza del padre, il pensiero corre, per prima cosa, alla figura della *restitutio propter absentiam*. Ma è superfluo indugiare a porre in rilievo che nella situazione immaginata da Terenzio non ricorrono, certo, i requisiti dell'*absentia rei publicae causa*, che costituisce il presupposto della edittale *restitutio propter absentiam*.

Ancor meno si può dire, con la Kornhardt (*op. cit.*, 67), che giuochino i presupposti della *restitutio propter aetatem* o di quella *propter dolum*. A prescindere, qui, dal problema dell'epoca in cui queste figure di *restitutio* possono considerarsi formate, problema particolarmente vivo a proposito della *restitutio propter dolum*, il riferimento

punto da questa atmosfera. La *restitutio* del matrimonio di Antifonte non sarà, in sé, possibile secondo il diritto romano; ma ciò che importa è che l'impostazione del passo, la sua terminologia sono tipiche del mondo romano, ed in particolare della *restitutio*.

Non si può negare che riflettano la concezione e la terminologia della *restitutio* i due versi: *restitui in integrum aequomst et bonum: et id impetrabis.*

Il richiamo all'*aequum bonum* ha un significato molto preciso per il diritto romano, non solo in relazione alla *restitutio in integrum*, che sarà sempre presentata, anche più tardi, come una tipica manifestazione ed attuazione dell'*aequitas*, e, più in generale, in relazione a tutto il movimento di trasformazione del più arcaico *ius civile*, che si esprime nella contrapposizione del *ius strictum* al *bonum et aequum*, ma anche per l'identificazione dell'essenza del *ius* nel *bonum aequum*. Basti pensare, da un lato ad affermazioni come quelle di Cicerone: *quid est in iudicio? derectum, asperum, simplex... quid est in arbitrio? mite, moderatum: quantum aequius et melius dari* (*Pro Roscio* 11); *ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere* (*Pro Caec.* 23, 65); o alla formula del *iudicium rei uxoriae*, contenente il richiamo al *quod melius aequius* (*De off.* 3, 15, 61); d'altra parte all'affermazione *ex bono et aequo ius constat*, della *Rhet. ad Herenn.*, che prelude alla celebre definizione del *ius* come *ars boni et aequi*; tutta una tematica che mostra come sin dagli ultimi secoli della Repubblica si avvertisse, da un lato, l'esigenza di superare i rigidi concetti ed istituti giuridici dell'originario *ius civile* e del processo arcaico attraverso la contrapposizione di una più larga visione del *bonum et aequum* e l'adozione di istituti sostanziali e processuali idonei ad attuare questo ideale, d'altro lato

della battura di Cratino all'*absentia* è preciso: *quod te absente hic filius egit, restitui in integrum*, ecc., e non si parla nè di età nè di dolo.

Ma, ripeto, la ricerca di una puntuale corrispondenza fra la situazione scenica e le situazioni romane non ha scopo. L'interesse del passo di Terenzio non sta nella possibilità di servirsene per dimostrare che proprio quella o quell'altra figura di *restitutio* era nota al poeta, ma per porre in luce il riferimento alla più generale tematica della *restitutio*, e constatare come questa fosse già viva nel mondo romano.

Nè è detto che la situazione scenica immaginata debba puntualmente identificarsi con la realtà; anzi, come già si è osservato, proprio dall'assurdità della situazione stessa al confronto con la realtà può nascere la comicità della scena.

Terenzio conosceva la possibilità della *restitutio*, che era strumento vivo nel mondo romano del suo tempo. Ciò è quanto possiamo legittimamente trarre dal passo in questione. Volerne trarre di più significherebbe forzarne il significato.

la consapevolezza che l'essenza più intima del *ius* andava ricercata, appunto, nel *bonum et aequum*.

Non si può negare che il verso di Terenzio: *restitui in integrum aequomst et bonum* contenga l'eco di questa tematica, caratteristica proprio della società romana, e che, evidentemente, cominciava a profilarsi già nell'epoca in cui il poeta scriveva. Ed è anche significativo che a questo accenno al criterio dell'*aequum bonum* come ispiratore di una condotta giuridica si contrapponga, nello stesso passo di Terenzio, proprio l'atteggiamento di rigido rispetto della legalità formale. A Cratino, che suggerisce all'amico Demifonte il rimedio della *restitutio in integrum*, risponde, infatti, Egione: *ego sedulo hunc dixisse credo; ... mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse; et turpe inceptust.* È la voce del *ius strictum* che si contrappone a quella del *bonum et aequum*.

Altrettanto preciso è il riferimento del verso: *et id impetrabis*, al carattere proprio del procedimento di *restitutio*, che, fondato com'è sul potere del magistrato, prende le mosse appunto da una *impetratio* o *postulatio* (76).

Sarebbe difficile, mi sembra, negare che scrivendo queste battute Terenzio avesse in mente l'immagine di una concreta situazione giuridica propria del mondo romano del suo tempo.

Non mi spingerei, però, con la Kornhardt, a collocare con precisione negli anni immediatamente precedenti alla composizione del *Phormio* la prima introduzione nel sistema giuridico romano dell'istituto della *restitutio*, nè ad identificare addirittura nella pretura urbana di P. Cornelio Scipione Nasica, uno degli eminenti amici del poeta, l'autore dell'innovazione (77). Io credo che l'uso di questo strumento sia ancora più antico del 165 a. Cr., e, come ho già accennato, che abbia trovato il terreno più propizio e la sua maggiore diffusione nell'ambiente provinciale e nella giurisdizione del *praetor peregrinus*. Credo pure che solo più tardi, e da prima piuttosto sporadicamente, esso si sia concretato in organiche disposizioni edittali, dopo essere stato a lungo applicato caso per caso in una prassi che trovava espressione nell'attività decretale dei magistrati.

(76) *Postulare* e *impetrare restitutionem* sono espressioni comunemente usate nelle fonti giuridiche per indicare la richiesta della *restitutio*. Cfr. l'elenco dei passi dato da CARRELLI, *Sul « beneficium restitutionis »*, in « SDHI », 4 (1938), 6, n. 3, nonchè in BERETTA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in « RISG », 85 (1948), 476, n. 57.

(77) KORNHARDT, *Restitutio*, 74 s.

E penso che il passo di Terenzio rifletta proprio un uso della *restitutio* diffuso in questa forma episodica ed occasionale, piuttosto che la recente adozione di un editto innovatore, sorretto dal deliberato intento di contrapporre l'*aequitas* al *ius strictum* ed ispirato da influssi culturali ellenizzanti, di cui il circolo degli Scipioni rappresentava un centro di irradiazione a Roma.

Del resto l'ipotesi della Kornhardt è puramente congetturale ed ha contro di sé difficoltà, che la stessa autrice riconosce, non essendo, fra l'altro, neppure certo che P. Scipione Nasica abbia rivestito la pretura nel 165 a. Cr. Ma la questione ha, d'altra parte, a mio avviso, un'importanza molto relativa. Ciò che più importa è che il passo di Terenzio può essere considerato come una testimonianza attendibile dell'uso della *restitutio in integrum* nella Roma del 2 secolo a. Cr. e che l'istituto vi appaia configurato chiaramente come strumento di attuazione del *bonum et aequum* nell'ordinamento giuridico romano.

Vedremo subito come da altri dati testuali si possano trarre altri elementi di orientamento circa l'origine ed il momento di formazione dell'istituto.

4. Ho detto che, a mio avviso, l'uso della *restitutio in integrum* non va considerato come una novità introdotta da un magistrato innovatore ed ellenizzante nell'epoca in cui Terenzio faceva rappresentare il *Phormio*, ma va ricercato in una prassi assai più antica, espressione dell'*imperium* del magistrato e dei poteri di governo del Senato romano, esplicantisi soprattutto nei rapporti con i sudditi provinciali.

La prova di questa convinzione può essere ravvisata in alcuni dati testuali, che, pur segnalati da tempo, non sono stati, però, sufficientemente studiati nella loro sostanziale portata e sono rimasti, perciò, quasi del tutto trascurati.

Nel suo studio sull'evoluzione storica della *restitutio in integrum* lo Charvet (78) richiamava alcuni passi in cui, pur non facendosi sempre espressa menzione della *restitutio*, si rappresentano situazioni che davano luogo ad un'attività, nella sostanza, restitutoria. Uno di questi passi documenterebbe la più antica delle applicazioni note, riportandoci all'epoca della penetrazione romana in Sicilia, precisamente alla fase finale della seconda guerra punica, al momento in

(78) CHARVET, *Restitution des majeurs*, 8 ss.

cui Scipione è intento a preparare dalla Sicilia lo sbarco romano in Africa e l'attacco risolutivo a Cartagine.

In mezzo alle cure della preparazione militare, Scipione, secondo il racconto di Livio, trova il modo di recarsi a Siracusa, *nondum ex magni belli motibus satis tranquillas*, ed agitata, fra l'altro, dagli strascichi del saccheggio verificatosi sei anni prima, al momento dell'occupazione della città. Ed in relazione alle questioni, ancora non risolte, intorno alla sorte dei beni predati, Scipione, riferisce Livio, *partim edicto, partim iudiciis etiam... redditis, suas res Syracusanis restituit* (79).

Lo Charvet riteneva che, essendosi l'occupazione dei vincitori prolungata per qualche tempo, essa doveva aver fatto nascere dei diritti sui beni in questione. Perciò le azioni intentate nelle condizioni descritte da Livio farebbero pensare all'esercizio di una *rei vindicatio*, reso possibile dalla *restitutio in integrum*, e indurrebbero a ritenere che già nel 6 sec. a. u. c. il nostro istituto servisse a provvedere ai nuovi bisogni degl'individui chiamati a partecipare ai benefici della civiltà romana.

L'obbiezione, mossa a queste conclusioni, che si tratterebbe, nel caso rievocato da Livio, di misure politiche generali, di restituzioni attuate in via amministrativa (80), e quindi poco significative per la storia dell'istituto, non è affatto decisiva. La *restitutio*, come espressione d'*imperium*, ha sempre un'ispirazione che può dirsi, almeno in senso lato, politica (81); e, d'altra parte, le restituzioni ordinate da Scipione operano sia sul piano, diciamo così, amministrativo, meglio, per usare una terminologia più adatta al mondo romano, come estrinsecazione immediata dell'*imperium* magistratuale (*partim edicto*), sia però anche sul piano del processo (*partim iudiciis redditis*).

Il problema, non approfondito dallo Charvet, è, piuttosto, un altro, se, cioè, ai provvedimenti emanati da Scipione a Siracusa possa attribuirsi veramente la natura, anche se non l'espressa qualifica, di restituzioni, se essi cioè, importassero la rescissione di atti compiuti legittimamente o di situazioni comunque produttive di validi effetti giuridici. Questo problema è appena intraviso nel rapido *excursus* dello Charvet, là dove si accenna alla possibilità che,

(79) Liv., 29, 1, 15.

(80) Gallet, *Essai sur le sénatus-consulte 'de Asclepiade sociisque'*, in « Rév. hist. droit franç. et étr. », 16 (1937), 410 s.

(81) Si ricordi ancora quanto accennava in proposito Lauria, *Iurisdictio*, 517.

per il decorso del tempo, si fossero costituiti sui beni dei Siracusani diritti che era necessario rescindere, se si voleva render giustizia alle vittime di una tragica vicenda bellica che aveva suscitato anche a Roma contrasti e polemiche. Ma questa ipotesi non mi pare accettabile. Se veramente i beni reclamati dai Siracusani fossero stati tolti loro per illegale violenza, neppure il decorso del tempo ne avrebbe fatto acquistare ai possessori la proprietà ed i proprietari avrebbero potuto rivendicarli senza che fosse necessario rescindere atti validamente compiuti. Si sarebbe, perciò, fuori dal campo di applicazione della *restitutio* e l'intervento di Scipione avrebbe importato soltanto la concessione delle azioni necessarie ai Siracusani per far valere un diritto di proprietà rimasto intatto.

Che, però, non fosse questa la situazione, che il problema non si riducesse alla concessione della *rei vindicatio* ai proprietari di beni abusivamente occupati, risulta, mi pare, da due dati della narrazione liviana, dalla notizia, cioè, che Scipione dovette ricorrere all'emanazione di un apposito editto e dal richiamo che i Siracusani facevano, per fondare le loro richieste, ad un provvedimento del Senato, il quale aveva loro concesso i beni di cui erano stati spogliati.

Tutto il problema merita, dunque, di essere riesaminato, inquadrando l'opera di Scipione nella serie di eventi militari e politici che ne costituiscono il presupposto e cercando di cogliere di questi anche il particolare significato giuridico.

La caduta di Siracusa in potere dei Romani costituisce un tipico caso di *direptio* di una città nemica, di saccheggio, cioè, che non è occasionale conseguenza della violenza incontrollata della soldatesca, ma atto preordinato ed organizzato. L'occupazione della città ha luogo in diversi tempi, ed in ognuna delle fasi dell'azione si verifica un episodio di saccheggio: prima quello dei quartieri di Neapolis e Tycha, che sono i primi a cadere nelle mani delle truppe romane, e nei quali il saccheggio si svolge secondo lo schema tipico riferito da Polibio (82): con una parte dell'esercito adibita a presidiare il campo romano per prevenire eventuali ritorni offensivi del nemico ancora agguerrito e con precisi limiti prestabiliti dal comandante, il quale *edixit militibus ne quis liberum corpus violaret, cetera praeda futura* (83). In un secondo momento, completata la conquista delle altre parti della città viene innanzi tutto provveduto a prender possesso del

(82) Pol., 10, 16, 2.

(83) Liv., 26, 25.

tesoro regio, mediante un questore, ed a custodirlo con un presidio, mentre il resto della città *diripienda militi data est*, non senza, anche in questo caso, opportune misure per limitare il saccheggio, salvandone i beni di coloro che erano rimasti fedeli a Roma dopo il passaggio della città dalla parte dei Cartaginesi (84).

È questo il primo atto della tragica vicenda, sulla cui conclusione Livio dà appena un rapido, ma non perciò meno efficace accenno, quando riassume il saccheggio di Neapolis e Tycha scrivendo: *rapinis nullus ante modus fuit, quam omnia diuturna felicitate cumulata bona egesserunt*, ed a proposito del saccheggio degli altri quartieri seguito alla totale conquista della città ricorda *cum multa irae, multa avaritiae foeda exempla ederentur*, ecc.

Il secondo atto si svolge a Roma, l'anno successivo, quando dinanzi al Senato viene in discussione il problema, politico, ma non solo politico, della ratifica degli atti compiuti da Marcello nella condotta della guerra e dopo la vittoria. Un'ambasceria di Siracusani presenta al Senato le doglianze per il comportamento del comandante romano, prima (e sotto questo profilo le accuse sono di carattere squisitamente politico) per non aver accettato la possibilità di pacifica soluzione del conflitto che gli si erano più volte presentate, *quo scilicet iustiore de causa vetustissimos socios populi romani trucidaret ac diriperet*; poi per aver abbandonato la città al saccheggio in maniera tale che *bona quoque multis adempta, ita ut ne nudo quidem solo, reliquiis direptae fortunae, alere sese ac suos possent*. Ed in relazione a questa parte delle loro lagnanze, i Siracusani chiedono che il Senato, *si nequeant omnia, saltem quae compareant cognoscique possint restitui dominis iubea[n]t* (85).

Alle accuse dei Siracusani Marcello replica orgogliosamente, riaffermando di aver agito *iure belli*, assumendo interamente la responsabilità del proprio operato e ponendo al Senato un problema la cui sostanza è politica, ma che è formulato in termini chiaramente giuridici: *ea vos rata habeatis nec ne, magis reipublicae interest quam mea ... ad rem publicam pertinet ne, acta mea rescindendo, alios in posterum segniores duces faciatis* (86).

E il Senato adotta una soluzione di compromesso: ratifica gli atti di Marcello (*quae is gerens bellum victorque egisset, rata habenda esse*),

(84) Liv., 25, 31.
(85) Liv., 26, 30.
(86) Liv. 26, 31.

ma dà incarico al console Levino, al quale è affidato per quell'anno il governo della Sicilia, *ut quod sine iactura rei publicae fieri posset, fortunis eius civitatis consuleret* (87).

Livio non dà, in seguito, notizie precise sull'opera pacificatrice svolta da Levino, il quale, del resto, giunse in Sicilia quando l'anno del suo governo era già in parte trascorso; si limita a dire che egli *primum ac postissimum omnium* curò *Syracusis nova pace inconditas componere res* (88). Nè si occupa più, fino all'accenno all'opera di Scipione, della riparazione dei danni recati ai privati dal saccheggio del 211.

Ma non v'è dubbio che l'opera di Scipione vada posta in rapporto con gli avvenimenti sopra richiamati, in quanto il saccheggio della città aveva lasciato strascichi di ordine giuridico, oltre che politico, ed i Siracusani vedevano, evidentemente, nel senato consulto emanato al principio del 210 il fondamento delle rivendicazioni dei loro beni. Quest'ultimo punto, almeno, risulta chiaro anche nel rapido accenno della narrazione liviana: *Graeci res a quibusdam italici generis, eadem vi qua per bellum ceperant retinentibus, concessa sibi a Senatu repetebant*.

Fatte queste premesse, si può cercare di valutare meglio la serie di problemi giuridici, che emerge dagli avvenimenti rievocati, ed in particolare quello che interessa più specificamente il tema della nostra ricerca.

Per rendersi conto della portata giuridica dei provvedimenti presi da Scipione nel 205 occorre stabilire innanzi tutto quali effetti potevano essere derivati dal saccheggio della città compiuto sei anni prima.

Non penso di discutere, a questo scopo, il problema generale della sorte della preda di guerra nè di esaminare a fondo le tesi estreme, anche recentemente proposte, secondo l'una delle quali tutto il bottino di guerra sarebbe divenuto *res publica populi romani*, ed i singoli avrebbero acquistato la proprietà delle *res corporales* soltanto a titolo derivativo, mentre, secondo l'altra, al contrario, il bottino minuto sarebbe divenuto proprietà dei soldati, ed il grosso bottino proprietà del comandante (89). Credo di poter dire, però, che ambe-

(87) Liv. 26, 32.
(88) Liv. 26, 40.
(89) Mi riferisco agli studi del Vogel, *Zur rechtliche Behandlung der röm. Kriegsgewinne*, in « ZSS », 66 (1948), 394 ss. e v. *Praeda*, PW, 43 (1953), 1200 ss. ed a quelli del Bona, *Osservazioni sull'acquisto delle res hostium a seguito di ' direptio '*, in « SDHI »,

due queste tesi appaiono unilaterali. La prima obbliga, fra l'altro, a svalutare, poco convincentemente, quei dati delle fonti giuridiche (in particolare Gai 2, 69) nei quali si esprime il tradizionale insegnamento che fa dell'*occupatio* delle *res hostium* uno dei casi di acquisto della proprietà fondati sulla *naturalis ratio* ed a ritenere che esso sia stato formulato per la prima volta esplicitamente per esigenza di completomania nella sistemazione dei modi di acquisto della proprietà nel corso del 2 e 3 secolo dr. Cr. da parte di giuristi propensi a servirsi dei frutti della speculazione greca (90). La seconda ignora, a sua volta, il dato innegabile dell'acquisto da parte dello Stato di una parte almeno del bottino di guerra.

Senza dubbio il decretare la *direptio*, lo stabilire i limiti entro cui doveva e poteva svolgersi, rientra nella competenza del magistrato e rappresenta un'espressione del suo *imperium*. Non si può dire, quindi, che esista un diritto del soldato alla preda, se lo si intende nel senso di un diritto ad ottenere che il territorio conquistato venga abbandonato al saccheggio (91). Ma d'altra parte è frutto di un grave equivoco negare che, una volta che il comandante, nell'esercizio del potere che gli compete, abbia abbandonato al saccheggio la città o il territorio nemico, il singolo soldato acquisti direttamente ed originariamente (volendo usare questo termine, peraltro estraneo alla dottrina romana dei modi d'acquisto) almeno una parte della preda. Altro è il problema politico, militare e di diritto pubblico, della decisione del saccheggio, decisione che spetta al magistrato e sulla quale i soldati non possono influire se non in linea di puro fatto, altro il problema dell'acquisto dei beni che, nel saccheggio, vengono abbandonati ai singoli.

La decisione del comandante crea il presupposto perchè tale acquisto sia possibile; ma l'acquisto non avviene, o non avviene in tutti i casi e riguardo a tutti i beni, per concessione del comandante.

24 (1958), 237 ss. e *Preda di guerra e occupazione privata di ' res hostium '*, in « « SDHI », 25 (1959), 309 ss.

(90) Bona, *Osservazioni*, 268; *Preda di guerra*, 364 ss.

(91) È questione puramente di fatto che il generale abbia o no il prestigio necessario per non cedere alla pressioni che i soldati esercitano su di lui per ottenere il saccheggio. Lo dimostrano gli esempi ricordati dal Vogel, *PW*, 1203, in particolare l'episodio della conquista di Phocaea, narrato da Livio (37, 23, 10), in cui, pur mentre l'esercito, sfuggito al controllo del comandante, si abbandona al saccheggio della città, *veluti signo a praetore dato*, il pretore, Emilio Regillo, che all'atto della resa aveva promesso ai Focesi di salvare la città, riafferma che la decisione del saccheggio *imperatoris, non militum arbitrium esse*.

Bisogna, in ogni modo, guardarsi in questa materia, più ancora che in altre, dalle classificazioni troppo rigide e dalle generalizzazioni troppo ampie.

Analizzando gli episodi della conquista di Siracusa rievocati nel racconto liviano si può vedere come potessero determinarsi nel saccheggio di una città situazioni diverse.

Vi sono beni che formano senza dubbio direttamente ed immediatamente oggetto di acquisto da parte del popolo romano: sono i beni del tesoro regio, che Marcello ha cura, infatti, di far prendere in consegna da un questore e di far custodire da un presidio armato.

Vi sono altri beni che sono stati destinati ad uso pubblico. Nella difesa della propria opera dinanzi al Senato, Marcello dirà che, se avesse voluto negare di aver saccheggiato Siracusa non avrebbe ornato Roma con le spoglie della città nemica. E nella discussione che segue i senatori che, sull'esempio di Manlio Torquato, prendono posizione contro Marcello chiederanno *si ab inferis exsistat rex Hiero, fidissimus imperi romani cultor, quo ore aut Syracusas aut Romam ei ostendi posse, cum, ubi semirutam ac spoliatam patriam respexerit, ingrediens Romam in vestibulo urbis, prope in porta, spolia patriae suae visurus sit*?

Gli oratori siracusani, dal canto loro, avevano lamentato che fossero stati spogliati i templi, rapiti gli stessi simulacri degli dei ed i loro ornamenti. E queste ricchezze, appunto, opere d'arte, tesori dei templi, costituivano le spoglie che erano andate ad ornare la città vincitrice.

Ma è innegabile che una parte della preda fosse stata lasciata ai singoli soldati.

Livio parla, come s'è visto, delle *rapinae* compiute nel saccheggio dei quartieri di Neapoli e Tycha, dei *multa avaritiae foeda exempla* nel saccheggio degli altri quartieri della città. È chiaro che lo scrittore parla qui di azioni individuali, dettate da impulsi ed interessi individuali. Ed i beni di cui i Siracusani chiederanno la restituzione al Senato e più tardi a Scipione sono chiaramente indicati come oggetto d'impossessamento da parte di singoli: *res a quibusdam italici generis, eadem vi qua per bellum ceperant, retinentibus* (92).

(92) Si noti che si tratta, almeno in parte, di beni immobili: *bona quoque multis adempta, ita ut ne modo quidem solo ... alere sese ac suos possent* (Liv. 26, 30). Quindi nemmeno il suolo diveniva sempre e necessariamente *res publica*. Cfr. in proposito Carcopino, *La loi de Hiéron et les romains*, Paris 1919, 241.

Anche nel discorso di Marcello al Senato si può notare la distinzione tra i frutti del saccheggio, per dir così, ufficiale e quello compiuto dai singoli, fra le spoglie che sono andate ad ornare Roma ed i beni attribuiti ai singoli. Marcello distingue, infatti, la spoliazione di Siracusa da lui compiuta (da lui, s'intende, in quanto magistrato romano ed impersonante lo Stato romano) per ornare Roma delle spoglie della città vinta e l'attribuzione ai singoli di beni individuali: *quae autem singulis victor aut ademi aut dedi, cum belli iure tum ex cuiusque merito satis scio me fecisse* (93).

Si potrebbe, forse, scorgere in quel *dedi* la conferma che l'acquisto della preda ai singoli dipendeva da un'assegnazione del comandante. Ma io credo, piuttosto, che nel discorso di Marcello sia da intendere l'accenno alla possibilità di acquisto che egli ha dato ai singoli consentendo il saccheggio della città, nel senso, cioè, già più sopra chiarito, che l'autorizzazione del saccheggio rappresentava il presupposto perchè potesse considerarsi legittimo l'atto d'impossessamento che il singolo compiva e che dava luogo all'acquisto per *occupatio*.

Quale che sia, in ogni modo, la soluzione da dare a questo problema, ed a maggior ragione se si ritiene che l'acquisto della preda non conseguisse ad un atto di *occupatio*, ma alla concessione del comandante, si pone l'ulteriore problema, che è quello di più diretto interesse per il tema di questo studio, della sorte degli atti di Marcello, di fronte all'azione svolta dai Siracusani dinanzi al Senato.

Quest'azione era, s'intende, essenzialmente politica, e politica doveva essere la valutazione, da parte del Senato, del comportamento del comandante romano come delle doglianze dei Siracusani. Bene lo avverte Marcello, quando ammonisce il Senato: *ad rem publicam pertinet ne, acta mea rescindendo, alios in posterum segniores duces faciatis*. Ma la decisione non poteva non avere, d'altra parte, contenuto e riflessi giuridici. Ciò appare evidente nell'impostazione data al problema dallo stesso Marcello, con il dilemma che egli pone al Senato fra la ratifica e la rescissione degli atti da lui compiuti.

Nella soluzione di compromesso adottata dal Senato si cercava di superare questo dilemma, ratificando gli atti di portata generale, ma aprendo la via alla riparazione delle situazioni particolari, con il mandato al console in carica di provvedere alle sorti della città, in quanto ciò non danneggiasse gl'interessi dello Stato romano.

A questa deliberazione si richiameranno più tardi i Siracusani,

(93) Liv., 26, 31.

quando agiranno per riacquistare i beni che affermano *concessa sibi a Senatu*. E che tale ne fosse lo spirito sembra confermato dal fatto che Scipione ritiene di dovere *omnium primum tueri publicam fidem*, che si senta, cioè, legato da una precedente decisione del Senato, nella quale si è concretata la volontà del popolo romano ed il cui rispetto è richiesto dalla *publica fides*.

Il senatoconsulto del 210 era, peraltro, formulato in termini piuttosto vaghi e generici: dava al console, come s'è visto, il mandato di provvedere alle sorti di Siracusa con tutti i mezzi che non fossero in contrasto con gl'interessi romani. Poteva essere interpretato, quindi, anche nel senso di una restituzione o promessa di restituzione dei beni saccheggiati o di una parte di essi, che era, poi, quanto avevano chiesto i Siracusani, denunciando che erano stati strappati a molti i beni immobili, *ita ut ne nudo quidem solo ... alere sese ac suos possent*, ed invocando *ut si nequeant omnes, saltem quae compareant cognoscique possint, restitui dominis iubeant*.

Inserita nel quadro degli avvenimenti precedenti e valutata alla luce della *ratio* che la ispira, l'opera di Scipione assume, quindi, effettivamente, il significato di una *restitutio*, intesa come rescissione degli acquisti compiuti in occasione e per effetto della *direptio*. Non si tratta di semplice restituzione materiale di beni abusivamente occupati; non si tratta neppure di restituzione di beni acquistati per usucapione. I beni strappati ai Siracusani erano beni acquistati di pieno diritto, per effetto di un atto giuridicamente qualificato, in dipendenza dell'autorizzazione al saccheggio data dal comandante romano. Chiaramente lo aveva affermato Marcello difendendo la propria opera dinanzi al Senato: *quicquid in hostibus feci, ius belli defendit*. Nè era, questa, un'argomentazione di valore meramente politico, o riferita solo agli atti del comandante, in quanto tale. La conseguenza ulteriore la traeva lo stesso Marcello proprio per gli acquisti dei singoli: *quae autem singulis victor aut ademi aut dedi, cum belli iure tum ex cuiusque merito satis scio me fecisse*. Erano questi acquisti, compiuti *iure*, che si trattava di rescindere.

La situazione di fondo è, dunque, proprio quella che s'incontra normalmente nei casi di *restitutio in integrum* ben noti attraverso le fonti giuridiche più tarde: una situazione pienamente regolare e perfettamente valida dal punto di vista giuridico, che si ritiene necessario distruggere, per ragioni di opportunità, ripristinando la situazione preesistente.

Ed anche la tecnica usata da Scipione per raggiungere lo scopo è

quella che si vedrà tante volte applicata nel campo della *restitutio*: emanazione di un editto, concessione di azioni che da quello traggono il fondamento.

La narrazione di Livio offre, in realtà, la prova che lo strumento della *restitutio*, intesa come provvedimento di rescissione di atti giuridicamente validi, entrava, già sul finire del 3 secolo a. Cr., nella prospettiva del mondo romano.

5. Una situazione molto simile a quella riflessa nel passo di Livio è documentata in un'epigrafe che riporta la lettera scritta fra il 196 ed il 194 a. Cr. da T. Quinzio Flaminino ai magistrati della città di Ciretia (94).

Ciretia era stata occupata e saccheggiata nel 200 dagli Etoli, alleati di Roma. I beni immobili dei suoi abitanti erano divenuti *res publicae populi Romani*, come risulta dalla stessa lettera di Flaminino, il quale, nel quadro della sua politica di ispirazione filellenica (95), provvede con essa a donare alla città ὅσαι γάρ ποτε ἀπολείπονται κτήσεις, ἔγγειοι καὶ οἰκίαι τῶν καθηκουσῶν εἰς τὸ δημόσιον τὸ Ῥωμαίων.

La lettera, quindi, continua: ὅσοι μέντον μή κεκομισμένοι εἰσὶν τῶν ἐπιβαλλόντων αὐτοῖς, ἐὰν ὑμᾶς διδάξωσιν καὶ φαίνωνται εὐγνώμονα λέγοντες, στοχαζομένων ὑμῶν ἐκ τῶν ὑπ' ἐμοῦ γεγραμμένων εγκρίσεων, κρίνω δίκαιον εἶναι ἀποκαθίστασθαι αὐτοῖς.

L'interpretazione di questo passo è contrastata, ed è incerto, soprattutto, il legame fra i due provvedimenti enunciati nella lettera. Secondo il Dittenberger si tratterebbe di provvedimenti completamente indipendenti: da un lato Flaminino donava alla città i beni divenuti *res publicae* in seguito alla conquista; questi beni erano donati alla città, non restituiti ai proprietari di un tempo. D'altra parte Flaminino dichiarava di ritenere giusto che si riconoscessero i diritti eventualmente rimasti ai privati sui beni confiscati, per esempio le ipoteche gravanti su questi, oppure si restituissero i beni confiscati per errore.

Secondo il Colin, invece, le due parti della lettera sarebbero interdipendenti: Flaminino avrebbe trasferito alla città ciò che restava,

(94) DITTENBERGER, *Sylloge inscr. graec.* Leipzig 1917², n. 593; COLIN, *Rome et la Grèce de 200 à 146 avant Jesus Christ*, Paris 1905, 169 s.; CHARVET, *Restitution des majeurs*, 16 ss.

(95) Sulla politica di Flaminino in Grecia cfr. ora GUNDEL, v. *T. Quinctius Flamininus*, PW, 24 (1963), 1047 ss.

ancora non venduto o altrimenti utilizzato, dei beni confiscati, invitando i magistrati a restituirli a loro volta agli antichi proprietari, previa verifica dei loro titoli.

Questa seconda interpretazione non mi sembra accettabile. Se i beni da restituire agli antichi proprietari fossero stati quelli che Flaminino donava alla città, le sue disposizioni si riferirebbero necessariamente al futuro. La lettera parla, invece, di quanti non hanno ricevuto ciò che loro spetta, si riferisce, cioè, a situazioni preesistenti all'atto di munificenza che con la lettera stessa viene compiuto a favore della città. Questo è confermato dal richiamo a precedenti decisioni scritte dello stesso Flaminino, alle quali i magistrati di Ciretia sono invitati ad uniformarsi.

È anche improbabile, però, che le istruzioni di Flaminino si riferissero al riconoscimento di diritti restati in vita nonostante la *publicatio* dei beni, in particolare di diritti d'ipoteca. Il linguaggio della lettera è un altro: il problema è quello della posizione di coloro che non sono stati reintegrati in ciò che a loro spetta; non si tratta, quindi, di riconoscimento di un diritto limitato, come l'ipoteca, su beni divenuti proprietà del popolo romano, ma di restituzione di beni perduti; e il giudizio che Flaminino esprime è chiaramente un giudizio intorno alla opportunità di una restituzione: κρίνω δίκαιον εἶναι ἀποκαθίστασθαι αὐτοῖς.

Non è possibile precisare ulteriormente, allo stato delle conoscenze su questo episodio, quali potessero essere l'oggetto e la causa della restituzione. Del resto la lettera non si riferiva, probabilmente, ad una situazione unica, ma a situazioni e problemi diversi, sorti in seguito al saccheggio della città. Come pochi anni prima a Siracusa, così in questo caso in Grecia i governanti romani si preoccupavano di attenuare le conseguenze della guerra e della sconfitta, di realizzare una politica di amicizia e di distensione e di rendere meno gravi le condizioni dei vinti ristabilendo almeno in parte i loro diritti patrimoniali.

La *restitutio* appare, in questo quadro, come uno strumento di azione politica ed è anzi, più che nelle applicazioni fattene da Scipione a Siracusa, manifestazione autonoma del potere del magistrato, non sorretto, come nel caso di Scipione, da precedenti deliberazioni, sia pur generiche, del Senato.

Va tenuto presente, del resto, che la situazione greca, se presentava analogie di fatto con quella della Sicilia, ne differiva, però, sensibilmente sotto il profilo giuridico. Flaminino non agisce in una

provincia romana, ma in un territorio formalmente indipendente, sul quale l'influenza romana è politica e militare, ma non assume forme di controllo giuridicamente qualificate. Se Scipione, perciò, poteva, a Siracusa, emanare editti ed istituire giudizi per attuare restituzioni che trovavano il loro primo fondamento in direttive politiche del Senato (96), Flaminino non poteva che impartire consigli ai magistrati di una città formalmente libera. Ciò spiega la cautela dell'affermazione contenuta nel documento, in forma di giudizio personale (κρίνω δίκαιον εἶναι) e, conseguentmente, deve trattenerci da ogni illazione troppo impegnativa circa il parallelismo fra questa *restitutio* suggerita ed autorizzata da Flaminimo e le forme della *restitutio* usate dai magistrati romani (97).

Ciò che possiamo con qualche utilità desumere dalla lettera di Flaminino è che la *restitutio* costituiva uno strumento di governo usato dai Romani non solo nell'ambito interno e nei rapporti con le popolazioni provinciali, ma anche nei rapporti, ancora di carattere internazionale, intercorrenti con popolazioni e città non soggette. Lo schema generale è lo stesso, sia per quanto riguarda il criterio ispiratore di giustizia obiettiva, sia per quanto riguarda la tecnica del provvedimento, che tende a cancellare le conseguenze giuridiche di atti ed a ripristinare situazioni giuridiche preesistenti. Ma è chiaro che siamo ancora lontani, in questi interventi, dalle figure e dai presupposti precisi che emergeranno più tardi nell'attività edittale del pretore e nell'elaborazione della giurisprudenza. Siamo, in realtà, di fronte a forme ancora embrionali di un'attività che risponde, senza dubbio , ad un atteggiamento tipico dei Romani, ad una forma della loro coscienza ed esperienza giuridica, ma che non ha trovato ancora una precisa sistemazione in forme giuridiche determinate.

Di interventi di questo genere si trova traccia anche più tardi, nelle fonti, ogni volta che sconvolgimenti cagionati da eventi bellici rendono necessaria l'opera restauratrice delle autorità romane.

(96) Poco si sa sulla condizione giuridica di Siracusa dopo la conquista romana. Le notizie sulle città siciliane, che si ricavano dalle orazioni contro Verre, mostrano che essa non era compresa, neppure all'epoca di Cicerone, né fra le città federate, che erano Messana e Tauromenium (Verr. 2, 3, 6, 13) e forse Netum (Verr. 2, 5, 51, 133), né fra le città *sine foedere immunes ac liberae* (Centuripae, Halaesa, Halicyae, Panormus e Segesta). Si suppone che, di fatto, essa avesse una certa autonomia amministrativa (cfr. WICKERT, v. *Syrakusai*, PW, 2ª serie, 3 (1932), 1533 s. e letteratura ivi citata). Ma giuridicamente la sua soggezione ai magistrati romani, specialmente negli anni immediatamente successivi alla *debellatio*, non dovrebbe dar luogo a dubbi.

(97) CHARVET, *Restitution des majeurs*, 18.

Un documento notevole, a questo proposito, è rappresentato dal senatoconsulto *de Stratonicensibus*, votato nell'81 a. Cr., su proposta di Silla, per ricompensare la città di Stratonicea della fedeltà a Roma durante la guerra mitridatica. L'epigrafe, rinvenuta presso Lagina, ha conservato il testo delle richieste rivolte al Senato dagli ambasciatori della città e la conseguente deliberazione dell'assemblea (98). Fra le prime figura quella intesa ad ottenere la restituzione dei beni perduti durante la guerra: περί τε τῶν ἀ[π]ολωλ[ότ]ων αὐτοῖς ἐν τῶι πολέμωι, ὅπως ἡ σ[ύγ]κλ[ητος τῶι ἄρ]χοντ[ι τ]ῶι εἰς Ἀσίαν πορευομένωι ἐντολὰς δῶι ἵνα φρο[ντίσ]ηι καὶ ἐπιστροφὴν ποιήσηται ὅπως τὰ εμφανῆ αὐτοῖς ἀποδοθῆναι φροντίσηι (col. 2-3, rigo 53 ss.).

E conformemente alla richiesta il Senato delibera: Ἀνθύπατος, ὅστις ἂν ἀεὶ Ἀσίαν επ[έλθηι διακατὲχηι, ἐπιγνώτο ἅτινα αὐτοῖς ἃ[πε]στιν, οἵ τέ τινες ταῦτα διήρπασαν, οἵ τέ τινε[ς δ]ιακατέχουσιν αὐτά, ἵνα παρ'αὐτῶν ἀποδοθῆναι ἀποκατασταθῆναι φροντίσηι (col. 3, rigo 107 ss.).

Vi sono alcuni particolari interessanti, nelle due parti del testo epigrafico ora riferito, sui quali è opportuno soffermarsi un momento.

Confrontando la formulazione del senatoconsulto con il tenore della richiesta degli ambasciatori greci si può notare la maggiore precisione tecnica della prima, che denota nei redattori la più esatta consapevolezza del contenuto giuridico della deliberazione sotto il profilo del diritto romano.

Gli ambasciatori stratonicensi usano, infatti, un'espressione generica ed incolore (ἀποδοθῆναι); la deliberazione del Senato usa, accanto ad ἀποδίδωμι, anche il verbo ἀποκαθίστημι, rendendo così molto più esattamente il latino *restituere* nel suo significato tecnico, che non è di mera restituzione materiale (ἀποδίδωμι), ma di ripristino di una situazione, materiale e giuridica, preesistente.

Ciò dimostra che nell'originale latino del senatoconsulto doveva esservi un *restituere*, che i redattori della deliberazione dovevano essersi, quindi, posto il problema della *restitutio* non solo sotto il profilo materiale, ma anche sotto l'aspetto della reintegrazione giuridica e che in questo senso erano formulate le istruzioni del Senato al governatore della provincia.

La forma ed il contenuto di queste istruzioni costituiscono un altro aspetto rilevante del documento, in quanto mostrano chiara-

(98) Il testo fu pubblicato integralmente da DIEHL-COUSIN, *Sénatus-consulte de Lagina de l'an 81 avant notre ère*, in « Bull. corr. hellénique », 9 (1885), 437 ss. Cfr. anche VIERECK, *Sermo graecus*, 16, p. 24; *Syll. or.*, 441.

mente delineati (il che manca in altri senatoconsulti del genere, per esempio nel quasi contemporaneo senatoconsulto *de Asclepiade*) i compiti affidati al magistrato: di accertamento dell'oggetto delle *restitutiones* (ἐπιγνώτο ἅτινα αὐτοῖς ἄπεστιν) e di adozione dei provvedimenti necessari perchè queste si realizzino (ἵνα παρ'αὐτῶν ἀποδοθῆναι ἀποκατασταθῆναι φροντίσῃι).

6. Un altro episodio da considerare nel quadro storico delle prime manifestazioni della *restitutio* si colloca, più o meno, nello stesso periodo dei provvedimenti di Scipione a Siracusa e di Flaminino per Ciretia ed è, come quest'ultimo, collegato alle vicende della politica romana in Grecia.

Esso presenta per la storia della *restitutio* un duplice interesse: in quanto la *restitutio* nasce, in questo caso, non solo indirettamente, come per i provvedimenti di Scipione a Siracusa, ma in maniera immediata, da una deliberazione del Senato ed in quanto costituisce il primo esempio, almeno a noi noto, di *restitutio* che non ha per oggetto atti di carattere sostanziale, ma importa la rescissione di sentenze.

La notizia di questi provvedimenti è data da Livio (39, 48) in forma sintetica, e tuttavia molto precisa nella formulazione tecnica. Fra le ambascerie inviate a Roma nel 183 vi è quella degli Spartani, che, con molte questioni di secondaria importanza (*multae et parvae disceptationes*), solleva il problema del richiamo degli esuli condannati dalla Lega Achea, della riabilitazione delle vittime e della posizione di Sparta nella Lega: *sed quae maxime rem continerent, erant, utrum restituerentur, quos Achaei damnaverant, necne; inique an iure occidissent, quos occiderant, et utrum manerent in Achaico concilio Lacedaemonii, an, ut ante fuerat, secretum eius unius in Peloponneso civitatis ius esset.*

Il Senato decide che gli esuli debbono essere richiamati e che debbono rescindersi le sentenze pronunciate: *restitui iudiciaque facta tolli placuit.*

Livio riassume e semplifica un racconto molto più minuzioso di Polibio, dal quale risulta che il problema era assai complesso e che presentava aspetti non solo politici e di diritto pubblico, ma anche di carattere patrimoniale (99). Le ambascerie spartane a Roma erano quell'anno ben quattro, rappresentanti correnti ed opinioni contra-

(99) Pol., 23 (24), 4.

stanti della città e degli stessi esuli, ed oltre che del richiamo di questi si discuteva anche della loro reintegrazione, totale o parziale, nei beni confiscati.

Secondo l'esposizione di Polibio, non sembrerebbe che si sia giunti ad un vero senatoconsulto: il Senato, non riuscendo ad entrare nei particolari delle diverse proposte, avrebbe affidato l'esame della questione ad una commissione di tre membri, che, essendo concorde su due punti controversi, il richiamo degli esuli e la partecipazione di Sparta alla Lega Achea, ma non sulla misura delle reintegrazioni patrimoniali, avrebbe consacrato i punti d'accordo, sui quali non si doveva ritornare, in un protocollo, che i rappresentanti degli Achei sarebbero stati inviati a sottoscrivere ed avrebbero sottoscritto non senza resistenza.

In effetti la questione era lungi dall'essere risolta e si trascinò ancora per parecchi anni, fra ambascerie a Roma e discussioni nell'ambito della Lega Achea (100), finchè solo con il prevalere in seno a questa di una tendenza più decisamente filoromana, rappresentata da Callicrate, il richiamo degli esuli spartani ebbe effettivamente luogo.

Di questa conclusione della vicenda dà un brevissimo cenno Polibio (101) e più ampiamente lo documenta un'iscrizione attribuita all'anno 179 o 178, nella quale si parla anche della *restitutio* degli esuli εἰς τὰν ἐξ' αρχᾶς ἐ[κοῦσαν] φιλ[ίαν] (102).

Nessuna di queste fonti chiarisce, però, se e come fosse risolto il problema della restituzione dei beni agli esuli, di cui si era discusso dinanzi al Senato ed ai commissari da questo nominati.

È, quindi, puramente ipotetica l'affermazione dello Charvet (103), che Callicrate, per raggiungere lo scopo della pacificazione abbia dovuto porre nel nulla i diritti acquistati sui beni dei proscritti e che lo abbia fatto con mezzi non dissimili da quelli usati dal pretore romano in casi come quello di cui è ricordo in D. 4, 4, 26, 1 e 40, 1.

Del resto questo aspetto della vicenda, che si riferisce ai problemi interni di Sparta e del suo ordinamento giuridico, ha per noi un interesse solo marginale, mentre è la decisione del Senato romano che

(100) Cfr. Pol., 23, 9, 11 e Liv., 40, 2; Pol., 23, 17, 5; Pol., 24, 1 e Liv., 40, 20; Pol., 24, 2 e 24, 8.

(101) Pol., 24, 10, 15.

(102) Dittenberger, *Sylloge inscr. graec.*, n. 634.

(103) Charvet, *Restitution des majeurs*, 19.

ha un notevole significato, sia per l'organo da cui promana sia per il contenuto.

Che si sia trattato di una vera e propria deliberazione del Senato, che la commissione nominata dall'assemblea aveva solo il compito di preparare, e che il racconto di Polibio, sotto il profilo del diritto costituzionale romano, sia perciò alquanto inesatto, mi sembra non possa mettersi in dubbio (104).

Come rileva lo stesso Polibio, il problema portato dinanzi al Senato era complicato dalle divergenze di opinioni delle varie ambascerie affluite a Roma per patrocinare la causa degli esiliati spartani, divergenze che non era possibile discutere e dirimere in assemblea. Perciò la nomina della commissione che viene formata da tre uomini esperti degli affari di Grecia per averli già trattati sul posto. Il fatto che anche il lavoro di questa commissione ristretta ed autorevole sia stato tutt'altro che facile, che anche in seno ad essa non sia stata raggiunta l'unanimità su tutti i problemi e che sia stato arduo, alla fine, farne accettare le decisioni dai rappresentanti della Lega Achea, conferma la delicatezza della situazione dinanzi a cui la politica romana si trovava e la necessità del lavoro preparatorio affidato ai tre commissari. Ma il racconto di Polibio non esclude che lo schema predisposto da questi ed accettato dai rappresentanti greci abbia formato poi oggetto di una formale deliberazione dell'assemblea: il carattere puramente preparatorio dell'attività dei tre commissari è anzi implicito nell'affermazione che questi vollero fissare in scritto i punti d'accordo, perchè su di essi non dovesse più tornare a discutere l'assemblea: ἵνα δὲ μὴ πάλιν ἐξ ἀκεραίου περὶ πάντων ἀντιλέγοιεν.

Si può, dunque, ritenere che sia questo uno dei primi esempi, il primo, comunque, a noi noto, di un senatoconsulto avente lo scopo preciso di rescindere, in base a criteri di opportunità politica, atti giuridici validamente compiuti e, nella specie, sentenze definitive.

Poichè questa deliberazione doveva essere attuata nell'ambito di un diverso ordinamento, e non attraverso l'*imperium* dei magistrati romani, ne nascevano delicati problemi, di ordine giuridico, oltre che, naturalmente, politici, di cui è il riflesso nelle polemiche degli anni successivi, riferite da Polibio. In particolare, sotto il profilo giuridico è notevole il contrasto fra la posizione di quei governanti greci che difendevano la legalità dei provvedimenti adottati nei confronti degli

(104) Cfr. MOMMSEN, *Staatsrecht*, 3, 1002 s.

Spartani invocando le leggi, i patti ed i giuramenti (105) e la tesi degli oltranzisti filoromani, per i quali la volontà del Senato e del popolo romano doveva prevalere su ogni altra norma.

Non si può a meno di scorgere, sotto la sostanza politica di questo conflitto, il profilarsi di un problema giuridico che è il problema di fondo dell'istituto della *restitutio*: la contrapposizione tra la legalità formale ed un criterio sostanziale di giustizia, di cui la *restitutio* è strumento. Tale criterio risponde, nel caso della *restitutio* degli Spartani esiliati, ad esigenze eminentemente politiche e l'episodio si inserisce nel complesso giuoco della politica romana in Grecia. Il problema s'intreccia, perciò, di sottili e complicati riflessi derivanti da questa politica. Tuttavia il pensiero di fondo è già quello che indirizzerà e dominerà l'istituto della *restitutio* nella sua evoluzione e nelle sue applicazioni specificamente privatistiche. Ed è questo elemento che dà interesse alla deliberazione del Senato ai fini della nostra ricerca.

7. Che l'istituto, pur appartenendo alla prassi del mondo romano, non fosse ancora fissato in una precisa configurazione normativa, mi pare sia, in sostanza, confermato da quello che è il primo documento giuridico in cui la *restitutio* appare con chiari e precisi connotati sostanziali e formali, e cioè dal senatoconsulto *de Asclepiade sociisque* del 78 a Cr. Questo provvedimento dimostra che la *restitutio* aveva ormai acquistato una precisa individuazione, ma non significa necessariamente, anzi io tenderei ad escludere tale illazione, che essa fosse già compiutamente disciplinata dall'editto pretorio e che, addirittura, i redattori del senatoconsulto si sarebbero ispirati ed avrebbero modellato il provvedimento sulle disposizioni dell'editto relativo agli assenti (106).

(105) È questo il punto di vista da cui si pone Licorta innanzi all'assemblea della Lega, quando, nel 181 a.Cr., viene ancora una volta in discussione, su proposta di Iperbato, la questione ὑπὲρ τῶν γραφομένων παρὰ Ῥωμαίων ὑπὲρ τῆς τῶν ἐκ Λακεδαίμονος φυγάδων <καθόδου> τί δεῖ ποιεῖν (POL. 24, 8, 1). Licorta sostiene che alle pressioni dei Romani per il richiamo degli esuli vanno contrapposti τοὺς ὅρκους τοὺς νόμους τὰς στήλας ἃ συνέχει τὴν κοινὴν συμπολιτείαν ἡμῶν (POL. 24, 8, 5). Al contrario Iperbato e Callicrate sostengono che nè la legge nè gli accordi nè alcun'altra cosa sono da considerare più vincolanti della volontà di Roma.

(106) Così CHARVET, *Restitution des majeurs*, 14; GALLET, *Essai sur le sénatusconsulte ' des Asclepiade sociisque '*, 420.

Le coincidenze formali tra i due testi, che si sono volute rilevare a sostegno di tale affermazione, non vanno, in realtà, oltre il richiamo al presupposto comune della *restitutio*, che è nei due casi l'*absentia* (107). Ma, anche se fossero più ampie e meno generiche, non si potrebbe desumerne un rapporto di derivazione del testo del senatoconsulto da quello dell'editto, che noi conosciamo, nella migliore delle ipotesi, nella redazione giulianea, di oltre due secoli più tarda, e sulla fedeltà della cui tradizione non siamo in condizioni di fare sicuro affidamento. Non va dimenticato, infatti, che la formulazione riportata nel Digesto, faticosa e confusa, perchè frutto, probabilmente, di stratificazioni successive, è anche, nella parte che qui interessa, relativa alla restituzione a favore degli assenti, mutila nella lezione della Fiorentina. L'integrazione proposta dal Mommsen, sulla base della corrispondente *summa* dei Basilici, porta a limitare la *restitutio* alle perdite patrimoniali che siano conseguenza del non uso, il che, probabilmente, non è esatto, poichè le poche tracce di commenti a questa parte dell'editto, che sono state conservate nel Digesto, mostrano che anche altri problemi venivano discussi dai giuristi (108). Ma, appunto, i residui dell'elaborazione giurisprudenziale, specialmente di quella anteriore al 3 secolo a. Cr., sono assai scarsi, probabilmente perchè, come avverte Callistrato (D. 4, 6, 2, pr.), *hoc edictum minus in usu frequentatur*, preferendosi venire in aiuto delle persone in esso contemplate *extra ordinem, ex senatus consultis et principalibus constitutionibus*; e ciò spiega come ben poco si sia conservato delle discussioni e decisioni della giurisprudenza più antica.

Si comprende, comunque, quanto poco sicura sia la nostra conoscenza del contenuto originario dell'editto sull'assenza e come sia errato cercar di desumere, dal raffronto tra il testo conservato nella tarda e malsicura redazione del Digesto ed il testo epigrafico del senatoconsulto *de Asclepiade*, una derivazione di questo da quello.

Il contenuto del senatoconsulto è, del resto, considerevolmente più ampio di quello, oggi a noi noto, dell'editto.

Alla fattispecie in questo configurata (anche integrando il testo della Fiorentina nella forma più ampia): *si quid de bonis deminutum*

(107) *Cum rei publicae causa abesset*, nell'editto (D. 4, 6, 1, 1); μετὰ τὸ τούτους τῶν δημοσίων πραγμάτων τῶν ἡμετέρων χάριν ὁρμῆσαι, nel senatoconsulto.

(108) Sotto questo profilo sarebbe, perciò, preferibile, forse, l'integrazione suggerita dal SAVIGNY, *Sistema*, 7 § 325, sulla base di antiche edizioni del Corpus Iuris: *si quid de bonis deminutum erit*.

erit, fa riscontro nel senatoconsulto una serie di ipotesi, collegate la presupposto del decorso di termini verificatosi durante l'assenza, e di eventuali danni che possono esserne derivati ai tre navarchi ed ai quali la *restitutio* mira a portare rimedio:

εἴ τέ τις προθεσμία παρελήλυθεν, ἀφ' οὗ ἐκ τῆς πατρίδος τῶν δημοσίων πραγμάτων τῶν ἡμετέρον χάριν ὥρμησαν, μή τι τοῦτο τό πρᾶγμα αὐτοῖς βλαβερὸν γένηται μηδέ τι αὐτοῖς διὰ ταύτην τὴν αἰτίαν ἔλασσον ὀφείληται μηδέ τι ἔλασσον αὐτοῖς μεταπορεύεσθαι πράσσειν ἐξῇ...

Non è prevista, dunque, solo la possibilità di recupero di beni perduti, *si quid de bonis deminutum erit*, ma la generica eliminazione di ogni ragione di danno (μή τι τοῦτο τὸ πρᾶγμα αὐτοῖς βλαβερὸν γένηται) ed in particolare la possibilità di realizzare e perseguire ragioni creditorie perdute a causa dell'assenza (μηδέ τι αυτοῖς διὰ ταύτην τὴν αἰτίαν ἔλασσον ὀφείληται μηδέ τι ἔλασσον αὐτοῖς μεταπορεύεσθαι πράσσειν ἐξῇ).

Qualche cosa di simile troviamo nell'elaborazione giurisprudenziale dell'editto: in D. 4, 6, 17, dove le opinioni di Labeone, Giuliano, Pomponio, riferite da Ulpiano, appaiono concordi nell'ammettere che la *restitutio* giovi al beneficiario di un legato di prestazioni periodiche subordinato al presupposto della permanenza in Italia (109); e nel fr. 43 eod. tit., in cui, con analogo criterio, Africano decide per la *stipulatio* di prestazioni periodiche e per la *stipulatio* condizionale *si quinquennio proximo Romae fueris*.

Si tratta, però, di applicazioni raggiunte per via di interpretazione dalla giurisprudenza (e di cui, purtroppo, non conosciamo l'ampiezza), mentre nel senatoconsulto si avevano espresse disposizioni, certo più ampie della clausola edittale sulla quale si esercitava, nel senso ora visto, l'opera interpretativa dei giuristi.

Nel senatoconsulto è, poi, espressamente previsto il recupero delle eredità devolute ai tre navarchi ed ai loro figli. Un simile effetto poteva pure ottenersi, nel quadro dell'editto pretorio, in base, alla clausola *si quid de bonis deminutum erit*. Ma non sembra che questa venisse interpretata ed applicata nel senso di consentire l'acquisto dell'eredità non accettata a causa dell'assenza, ma solo col consentire la rivendica dei beni ereditari contro gli effetti dell'usucapione veri-

(109) D. 4, 6, 17, 1 Ulp. l. 12 *ad ed.*

Eum quoque cui sic legatum sit: 'vel in annos singulos, quibus in Italai esset', restituendum, ut capiat, atque si in Italia fuisset, et Labeo scribit et Iulianus libro quarto et Pomponius libro trigensimo primo probant...

ficatasi durante l'assenza, se prima di questa era stata ottenuta la *bonorum possessio* (D. 4, 6, 17 pr.). Solo in un provvedimento imperiale della fine del 2 secolo d. Cr., fuori, quindi, del campo di applicazione dell'editto e nel quadro di quegl'interventi imperiali che sensibilmente modificano le linee dell'istituto della *restitutio*, la facoltà di chiedere la *bonorum possessio* è accordata all'erede del militare deceduto *ante quam possessionem acciperet, si post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur in militia defunctus est* (C. 2, 50, 1).

Estranea all'editto sull'*absentia* è un'altra delle concessioni contenute nel senatoconsulto *de Asclepiade*, e cioè la restituzione contro le vendite dei beni. Si tratta, naturalmente, delle vendite forzose che possono essere state effettuate durante l'assenza dei tre navarchi, in particolare, forse, di quelle compiute per ragioni amministrative e fiscali (110). Ma nulla di simile si trova, nelle fonti, relativamente all'assenza. La restituzione contro le vendite forzate è ammessa, in qualche testo, a favore del minore; per esempio *si res eius venierit, et existat qui plus liceatur* (D. 4, 4, 7, 8); oppure *si ex causa iudicati pignora minoris capta sint et distracta, mox restitutus sit adversus sententiam praesidis vel procuratoris Caesaris* (D. 4, 4, 9 pr.). Ma non se ne fa parola nei commenti all'editto a favore degli assenti.

V'è, infine, la restituzione contro le sentenze. Anche a questo riguardo non si può utilmente porre a confronto il senatoconsulto con l'editto pretorio e tanto meno pensare ad una derivazione del primo dal secondo.

Il criterio che ispira la concessione della *restitutio* a favore dei tre navarchi è, in realtà, molto diverso da quello che sta a base dell'editto e consiste solo in parte nell'*absentia rei publicae causa*. Va ricordato, infatti, che nella stessa deliberazione del Senato è contenuta la concessione di un beneficio ben più ampio ed importante, la facoltà, cioè, per i tre navarchi, per le loro mogli, i loro figli e discendenti, di scegliere ἐάν τε ἐν ταῖς πατρίσιν κατὰ τοῦς ἰδίους νόμους βούλωνται κρίνεσθαι, ἢ ἐπὶ τῶν ἡμετέρων ἀρχόντων ἐπὶ Ἰταλικῶν κριτῶν, ἐάν τε ἐπὶ πόλεως ἐλευθέρας τῶν διὰ τέλους ἐν τῇ φιλίᾳ τοῦ δήμου τοῦ Ῥωμαίων μεμενηκυιῶν.

Ed è in conseguenza di tale amplissima facoltà di scelta della giurisdizione che il senatoconsulto concede anche la *restitutio* dei giudizi svoltisi durante l'assenza dei tre navarchi, per consentire che essi vengano ripetuti ἐξ ἀκεραίου, κατὰ τὸ τῆς συγκλήτου δόγμα.

(110) GALLET, *Essai sur le sénatus-consulte 'de Asclepiade sociisque'*, 413.

L'assenza costituisce, dunque, solo uno dei presupposti di questa *restitutio*, che va molto oltre quella prevista nell'editto per la semplice decadenza dell'azione verificatasi nel corso dell'assenza.

L'impostazione e gli sviluppi del senatoconsulto *de Asclepiade* sono, dunque, tali da far escludere che sia corretto supporre una derivazione, o anche solo un'ispirazione, dall'editto pretorio sull'assenza, del quale il senatoconsulto presupporrebbe e dimostrerebbe l'esistenza.

Nè, del resto, la ricerca di tali legami può riuscire gran che proficua. Se mai, un altro problema occorrerebbe porsi: se, cioè, l'emanazione di un provvedimento del Senato, non limitato alla concessione ai tre navarchi del titolo di amici del popolo romano, al riconoscimento di privilegi fiscali, ed alla larghissima facoltà di scelta della giurisdizione, a misure, cioè, che rientravano necessariamente nella competenza senatoria, ma esteso alla previsione della *restitutio in integrum*, che avrebbe potuto essere adottata in base all'*imperium* del magistrato, debba essere considerata indice della mancanza di una norma che contemplasse la *restitutio* a favore degli assenti, non solo, e non tanto, nell'editto del pretore, urbano o peregrino, ma anche negli editti dei governatori delle provincie d'Asia e di Macedonia, in cui i benefici a favore di Asclepiade e dei suoi colleghi dovevano in concreto essere applicati.

Ma a tale quesito non è possibile, allo stato delle nostre conoscenze, rispondere con sicurezza. A me sembra molto probabile, considerato il quadro complessivo offerto dalle fonti del periodo repubblicano anche posteriori, come tra poco vedremo, al senatoconsulto *de Asclepiade*, che una disciplina edittale della materia della *restitutio* non esistesse, nell'epoca a cui il senatoconsulto si riporta, nè a Roma nè (almeno in maniera uniforme e costante) nelle provincie.

È dubbio, tuttavia, se la concessione della *restitutio in integrum* sia stata compresa fra gli altri capi della deliberazione senatoria perchè mancavano norme edittali che la prevedessero in generale nelle provincie di destinazione, o per lo meno che la prevedessero nei limiti ampi del senatoconsulto. Se questa conclusione è, però, come a me sembra probabile, giustificata, possiamo scorgere in questo uno degli aspetti della molteplicità di mezzi, di forme e di tempi attraverso cui la *restitutio* è andata attuandosi e dell'arbitrarietà della individuazione di una uniformità di sviluppo dell'istituto.

8. Sia dal senatoconsulto *de Asclepiade*, sia da dati testuali anche più recenti sui quali tra poco ci soffermeremo sembra potersi trarre la convinzione che, ancora nel corso del I secolo a. Cr., non esistevano nelle provincie norme edittali sulla *restitutio*.

Tuttavia non è escluso che, anche prima del senatoconsulto *de Asclepiade*, il principio della rescindibilità dei negozi giuridici privati si fosse affacciato in un editto provinciale.

Lo si potrebbe desumere da un passo di Cicerone, sul quale l'attenzione degli studiosi si è soffermata, anche di recente, ma per tutt'altro interesse, e che, in effetti, non parla di *restitutio* e non sembra riferirsi ad essa neppure indirettamente, ma che, se l'interpretazione che ne propongo è esatta, mostra come ad una *restitutio* si potesse giungere, in date situazioni, nell'attività regolata da questo editto. E sarebbe conclusione di notevole importanza, sia perchè, per l'epoca in cui l'editto risulta emanato, offrirebbe la prima concreta indicazione di un'attività restitutoria programmaticamente prevista in un editto in relazione a vizi di negozi giuridici fra privati, sia perchè, trattandosi di un editto provinciale, si avrebbe, in esso, una specifica conferma dell'importanza dell'opera normativa dei magistrati nelle provincie per lo sviluppo della *restitutio*, sia, infine, perchè esso sarebbe legato al nome di uno dei più insigni giuristi repubblicani, Q. Mucio Scevola.

Il passo è contenuto in una delle lettere, per tanti aspetti, politici e giuridici, così interessanti, scritte da Cicerone ad Attico durante il proconsolato in Cilicia ed è stato preso in considerazione soprattutto per ricostruire il contenuto dell'editto emanato da Cicerone durante quel suo governo (111). Ma Cicerone ci dice che alcune delle disposizioni del suo editto erano tratte dall'editto emanato quasi mezzo secolo prima da Q. Mucio per la provincia d'Asia; e così, accanto a quella che accordava ai Greci l'autonomia giuriziaria e che appariva loro un segno di rinata libertà, la clausola, che qui particolarmente interessa, e che sembra riferita da Cicerone testualmente: *extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*.

Il significato e la portata di questa clausola sono discussi.

(111) Cic. *Ad Att.* 6, 1, 15, scritta da Laodicea il 20 febbraio 50. Su di essa cfr. da ultimo Pugliese, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in « Syntelei a V. Arangio Ruiz », 972 ss., e la letteratura ivi citata.

Poichè Cicerone la ricorda in relazione ad un'altra simile inserita nell'editto di Bibulo per la provincia di Siria, che Attico aveva giudicato *nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum*, si è ritenuto che anch'essa riguardasse in particolare i rapporti fra pubblicani e provinciali e comportasse un'eccezione concessa a questi nei processi intentati dai primi per l'esazione dei loro crediti di denaro fondati su *syngraphae* (112).

Questa interpretazione è già apparsa troppo restrittiva per ciò che concerne il campo di applicazione della clausola (113). Ed in realtà, se è vero che Cicerone ne parla riferendosi agl'interessi dell'*ordo* alle cui fortune Attico ed egli stesso si ritenevano legati, questo non è motivo sufficiente per ritenere che essa si applicasse solo ai contratti conclusi dai finanzieri romani nella forma della singrafe e non, più in generale, ai negozi conclusi fra romani e provinciali. Il tenore della disposizione, qual'è riferita da Cicerone, non autorizza, quanto meno, tale interpretazione restrittiva. E se, di fatto, i negozi a cui essa si applicava saranno stati soprattutto quelli di carattere finanziario a cui si dedicavano i cavalieri che trafficavano nelle provincie, ciò non significa che, in astratto, la norma riguardasse solo costoro e che mirasse unicamente a reprimere le sopraffazioni commesse a danno dei provinciali, in particolare con il gioco degli interessi e dei rinnovi dei mutui, che portavano a moltiplicare rapidamente il capitale mutuato.

Ma anche sotto un altro profilo l'interpretazione del passo ciceroniano appare eccessivamente limitata, e cioè in quanto ritiene che la clausola riferita importasse solo la concessione di un'*exceptio*. Certo è questo il riferimento immediato del discorso di Cicerone, il quale, in effetti, parla di un'eccezione contenuta nell'editto di Bibulo, poco gradita al ceto dei cavalieri, e ad essa contrappone quella da lui adottata ricavandola dall'editto di Q. Mucio.

Ma nè la forma, nè la sostanza della clausola che Cicerone riporta sono quelle di una *exceptio*.

Non la forma, perchè, se si trattasse realmente del modello dell'*exceptio* proposto nell'albo come parte della formula (114), dovrebbe essere concepito in termini negativi, del tipo: *si nihil in ea*

(112) Mitteis, *Reichsrecht*, 481 s.; Pernice, *Labeo*, 2, 1, 199.
(113) Cfr. Pugliese, *op. cit.*, 976, n. 10.
(114) Così Pugliese, *Processo formulare*, 95.

re factum est ut eo stari non oporteat ex fide bona; o più semplicemente: *nisi negotium ita gestum est, ut eo stari* ecc.

Non la sostanza, perchè, così come è formulata, la clausola esprime un principio generale, sulla premessa che si possa *non stari* ai negozi contrari alla buona fede.

A me pare, dunque, che Cicerone, pur avendo presente, nel suo discorso ad Attico, il problema specifico degl'interessi dei cavalieri romani e della concessione di un'eccezione nei giudizi da loro promossi, riporti non il modulo di un'*exceptio*, ma il testo di una clausola edittale, la cui portata è più generale, in quanto, affermando il principio che non si sia obbligati ad adempiere ai negozi contrari alla buona fede, apre la via non solo alla concessione dell'*exceptio*, se il negozio non è stato eseguito e l'obbligato è stato perciò convenuto in giudizio, ma anche alla rescissione del negozio eseguito.

L'ipotesi formulata nell'editto di Scevola non è diversa da quella che si prospetterà nell'interpretazione della clausola *ratum non habebo* dell'editto relativo al *metus*. Sappiamo da Ulpiano (115) che i giuristi, Ulpiano stesso e, prima di lui, Pomponio, si chiedevano, a questo proposito, *quatenus accipiendum est quod praetor ait ratum se non habiturum*, e che la risposta si basava, appunto, sulla distinzione fra negozi già eseguiti, o che per loro natura erano già di per sè perfetti, e negozi che richiedessero atti di esecuzione non ancora compiuti: *et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est*. Nel primo caso, infatti, per attuare la promessa edittale è sufficiente un'eccezione che paralizzi l'azione del creditore insoddisfatto; nel secondo caso è necessaria un'azione: *in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem* (116).

Mi rendo conto, naturalmente, della problematicità dell'accostamento di dati testuali così lontani nel tempo quali l'editto del 98 a. Cr. e l'interpretazione di Pomponio all'editto *de metu*. Mi sembra, però, che tale accostamento non sia, in questo caso, arbitrario, per

(115) D. 4, 2, 9, 3.

(116) A parte rilievi particolari (*interdum, ut puta, licet intervenerit*), la critica interpolazionistica ha ritenuto che nella sostanza, il passo rifletta senza alterazioni la tesi di Pomponio, riferita e condivisa da Ulpiano. Cfr. per tutti LÜBTOW, *Der Ediktstitel quod metus causa gestum erit*, Greifswald 1932, 117 ss.

una fondamentale ragione: che l'editto di Scevola e l'editto commentato da Pomponio e da Ulpiano hanno in comune, benchè considerata in due momenti diversi e quindi diversamente espressa, la stessa ipotesi della non vincolatività del negozio e la stessa esigenza processuale. Si può, dunque, ammettere che le considerazioni di Pomponio, l'impostazione e la soluzione da lui date al problema (e condivise più tardi da Ulpiano) si adattino anche alla situazione considerata tre secoli prima da Scevola; si può, insomma, vedere in questo caso, senza peccare di astrattezza e senza porsi contro ad un canone fondamentale di interpretazione della storia, una continuità di pensiero e di soluzioni giuridiche, che non è postulata in astratto, ma è data dalla concreta somiglianza delle situazioni pratiche.

Se queste considerazioni sono esatte, ne risulta la grande importanza della notizia e della citazione contenute nella lettera di Cicerone. Esse significano che trent'anni prima dell'epoca a cui si suole ricondurre l'introduzione dell'*actio doli* nell'editto pretorio, Scevola aveva introdotto nell'editto asiatico un principio di portata anche più vasta, perchè, mentre l'editto *de dolo* si limitava a promettere un *iudicium*, che portava, almeno direttamente, all'irrogazione di una pena, e non all'eliminazione degli effetti del negozio, l'editto di Scevola affermava che si potesse *non stari* al negozio contrario alla buona fede.

Ed appare, conseguentemente, l'importanza di questo passo per la storia della *restitutio in integrum*. Perchè, in sostanza, Scevola, affermando che *stari non oporteret* al negozio contrastante con la buona fede, ammetteva implicitamente non solo che si potesse paralizzare l'azione di una delle parti con un'eccezione, che rappresentava il precedente storico della futura *exceptio doli* (117), ma anche che si potesse rescindere il negozio già eseguito in casi come quello ipotizzato da Pomponio: *si post stipulationem et numeratio facta est*, che potevano presentarsi anche in negozi del diritto provinciale del tipo della singrafe, o quando il negozio fosse di natura tale da produrre direttamente effetti, come nella rimessione del debito.

In questi casi, per realizzare, in pratica, la premessa della non vincolatività del negozio contrario alla *bona fides* era necessario che il magistrato concedesse un'azione del tipo della *condictio*, supponendo che il pagamento avesse avuto luogo per un negozio inesi-

(117) Cfr. in questo senso KASER, *Zum Ediktsstil*, in « Festschrift F. Schulz », Weimar 1951, 2, 30.

stente, o rendesse possibile l'esperimento dell'azione in origine nascente dal rapporto obbligatorio estinto, considerando come non avvenuta l'estinzione. Era necessario, cioè, un intervento con effetti rescissori e restitutori.

Come fosse formulato esattamente l'editto di Scevola dopo la clausola riportata da Cicerone non sappiano e non abbiamo modo di stabilire. Si può pensare, in via del tutto ipotetica, ad un'espressione del tipo *ratum non habebo*, come nell'editto *de metu*; o più verosimilmente ad un'ancora più generica promessa d'intervento, come l'*animadvertam*, che si incontra in altri editti del periodo repubblicano.

Non si può dire neppure se una simile promessa d'intervento si traducesse, poi, in concreto e sempre in una *restitutio*. La peculiarità di editti del tipo ipotizzato, contenenti cioè una generica promessa d'intervento, sta nella grande libertà, che essi lasciano al magistrato, di decidere sull'opportunità e sulle forme dell'intervento stesso. Sarà solo la prassi dell'attività magistratuale e poi l'elaborazione compiuta dalla giurisprudenza sulla base della casistica a fissare in forme via via più determinate, e più rigide, la natura ed i limiti di quegli interventi. E sarà per questa via che, ad esempio, un editto come quello relativo ai minori, formulato appunto nella forma *animadvertam*, diventerà la base dell'istituto della *restitutio minorum*.

Per un editto dell'epoca di Scevola, emanato in provincia, un simile processo interpretativo non si è verificato o non ci è noto; anzi non sappiamo neppure come quell'editto sia stato applicato e se lo sia stato oltre il proconsolato del suo autore. Il tenore del riferimento di Cicerone, il fatto che, come risulta dalla sua lettera, in altre province vicine, come in Siria, si applicassero all'epoca del suo governo della Cilicia norme edittali diverse e che l'editto di Scevola fosse, a quanto pare, dimenticato, testimoniano che nell'amministrazione delle provincie, specie nel periodo repubblicano, esisteva una grande varietà di criteri, variabili da provincia a provincia e da governatore a governatore (118).

(118) È sintomatico, al riguardo, che Cicerone si richiami all'editto di Scevola come ad un precedente storico, non come ad una norma ancora applicata nella provincia d'Asia. E, del resto, Cicerone stesso, quando, pochi anni più tardi, riferirà nel *De officiis* l'episodio della compravendita conchiusa fra il cavaliere romano Canio ed il siracusano Pitio, scriverà che nessun rimedio si offriva contro il comportamento doloso del venditore, per la mancanza di una formula *de dolo*, non ancora introdotta da Aquilio Gallo. Il che significa che una formula *de dolo* mancava in quel momento non solo nell'editto del pretore (urbano o peregrino), ma anche nell'editto della provincia di Sicilia.

Prima di consolidarsi e generalizzarsi, le norme edittali potevano, dunque, subire vicende di oscuramento e di oblio; molte possono anche essere state definitivamente abbandonate, altre essere rinate in nuove forme più tardi.

Dobbiamo astenerci, perciò, dal fissare con precisione troppo rigida la portata dell'editto di Scevola ed ancor più dal generalizzarne il significato. Conviene limitarsi a constatare che quell'editto enunciava un principio suscettibile di condurre alla rescissione dei negozi contrari alla buona fede ed alla restituzione contro gli effetti da essi prodotti, mentre sarebbe azzardato affermare che questo principio abbia avuto applicazione in tutti i suoi riflessi e continuità anche oltre il proconsolato di Scevola.

9. Anche nei numerosi riferimenti alla *restitutio* contenuti nelle opere di Cicerone, l'istituto non appare ancora fissato in linee precise. È sintomatico, anzi, che Cicerone non sembri conoscere, e certamente non nomini, alcun editto urbano concernente quest'istituto, che i suoi riferimenti siano tutti relativi a situazioni sorte nelle provincie o nelle quali sono coinvolti abitanti di queste, ed a provvedimenti di magistrati provinciali o del pretore peregrino, che la *restitutio* appaia, nelle stesse situazioni, ora concessa ora negata; segni tutti dell'ampia libertà che dominava ancora l'istituto e della mancanza, ancora intorno alla metà dell'ultimo secolo della repubblica, di una sua precisa disciplina normativa.

La seconda orazione contro Verre e l'orazione *pro Flacco* sono le fonti in cui si raggruppano le più importanti notizie sul nostro argomento.

Nella seconda orazione contro Verre un accenno esplicito alla *restitutio* si ha, innanzi tutto, quando Cicerone ricorda i primi provvedimenti del successore di Verre al governo della Sicilia:

> Verr. 2, 2, 26, 63: *Fecerat hoc egregie primo adventu Metellus, ut omnes istius iniurias, quas modo posset, rescinderet et irritas faceret. Quod Heraclium restitui iusserat ac non restituebatur, quisquis erat eductus senator Siracusanus ab Heraclio, duci iubebat, itaque permulti ducti sunt. Epicrates quidem continuo est restitutus. Alia iudicia Lilybaei, alia Agrigenti, alia Panormi restituta sunt.*

Metello, dunque, fa largo uso della *restitutio in integrum* contro gli atti del predecessore, in particolare contro le sentenze emesse nei giudizi da questo istituiti. Non sappiamo nulla dei processi di Lilibeo, di Agrigento e di Palermo; ma possiamo arguire che si fossero svolti in situazioni e con scopi non diversi da quelli dei processi di Eraclio e di Epicrate, dei quali lo stesso Cicerone illustra ampiamente lo svolgimento, e possiamo cercar di determinare su quali presupposti fossero fondate le restituzioni ordinate in questi due casi da Metello.

Si è pensato che esse possano configurarsi come casi di *restitutio ob metum*: si è detto che Verre si era reso colpevole, in quei giudizi, di abuso di potere, sforzandosi di esercitare una pressione sui giudici da lui nominati, e che questi atti costituivano una vera e propria *vis* e giustificavano l'applicazione dell'editto *quod metus causa gestum erit* (119).

Noi non sappiamo, però, se, nel momento in cui Metello assumeva il governo della Sicilia, un editto sulla *restitutio ob metum* fosse stato già emanato dal pretore e fosse stato adottato da Metello in provincia. Dovremmo, anzi, pensare di no, perchè lo stesso Cicerone parla altrove della *formula Octaviana*, che Metello aveva promesso nell'editto urbano contro gli atti di violenza e che aveva riprodotta anche nell'editto provinciale per la Sicilia (Verr. 2, 3, 65, 152), ma nulla dice di una *restitutio in integrum ob metum*.

Sarebbe, d'altra parte, da dimostrare che il comportamento di Verre, nei processi che vengono rescissi, avesse concretato gli estremi della *vis*. L'abuso di potere, i tentativi di pressione sui giudici, di cui parla il Duquesne, sono, a dire il vero, fatti alquanto diversi dalla violenza. Quando, più tardi, nell'interpretazione dell'editto *quod metus causa*, la giurisprudenza cercherà di definire questo concetto, dirà, è vero, che vi rientra il comportamento antigiuridico del magistrato, *si per iniuriam quid fecit magistratus populi romani*, ma intenderà il *facere per iniuriam* come una diretta minaccia: *si forte mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit*, non nel senso di un abuso di potere nella nomina dei giudici o delle pressioni che il magistrato poteva esercitare sulla loro volontà per determinarne la decisione (120).

Ora, lo svolgimento dei processi di Eraclio e di Epicrate, qual'è

(119) Duquesne, *Cicéron Pro Flacco*, 25 s.
(120) D. 4, 2, 3, 1.

descritto da Cicerone (121), non mette in luce alcun episodio di violenza o di intimidazione, mostra anzi, in Verre e nei suoi consiglieri, la preoccupazione di mantenersi, formalmente, nella legalità. E, data l'ampiezza dell'*imperium* del magistrato romano in provincia, ciò non era, tutto sommato, difficile.

Così, è vero che nel processo contro Eraclio non si era proceduto, in un primo tempo, alla *sortitio* dei giudici, come era previsto dalla *lex Rupilia*, nonostante che il convenuto si richiamasse insistentemente a quella norma e ne invocasse l'applicazione. Ma questa inosservanza della *lex provinciae*, se poteva costituire, appunto, un abuso di potere del magistrato, non concretava certamente una *vis*. E, del resto, non sembra neppure che il magistrato fosse tenuto tassativamente ad osservare la procedura della *lex Rupilia*, tanto è vero che gli attori chiedevano che i giudici fossero nominati da Verre. Ciò dimostra che si poteva anche fare a meno della *sortitio* e la richiesta degli attori, per quanto interessata e volta a favorire i segreti intenti del governatore, offriva, comunque, un appiglio per procedere, valendosi dell'*imperium*, nel modo corrispondente al desiderio di una delle parti.

Il processo che ne deriva non era, quindi, fondato sulla *lex Rupilia*, ma sull'*imperium* del magistrato, era, se vogliamo, una procedura *extra ordinem*. Ed infatti non risulta, dal racconto di Cicerone, che si sia addivenuti ad una *litis contestatio*, alla quale non si può credere, in effetti, che Eraclio si sarebbe prestato se riteneva illegale la nomina dei giudici e tutto il procedimento.

Ma questa procedura, per quanto viziata nella sostanza dai fini illeciti perseguiti da Verre, non sembra fosse formalmente irregolare.

Come non sembra lo fosse (e Cicerone, infatti, non mostra di voler sfruttare siffatti argomenti di carattere procedurale) il mutamento di rotta compiuto dallo stesso Verre, quando, in un secondo momento, temendo che la condanna di Eraclio assente, da parte di giudici *dati* non *e lege Rupilia*, riuscisse *multo invidiosior quam si praesens damnatus esset*, ordina che si citino nuovamente le parti e procede alla *sortitio* dei giudici. Anche in questa fase non si parla di *litis contestatio*, nè essa avrebbe potuto ormai aver luogo, data l'assenza di Eraclio; secondo i principî del processo formulare non sarebbe stato possibile, quindi, istituire il nuovo giudizio. Ma anche in questa fase siamo in presenza, evidentemente, di un processo organizzato

(121) Verr. 2, 2, 14, 35 ss.; 2, 2, 22, 53 ss.

e diretto sulla base dell'*imperium* del magistrato; e gli abusi da questo commessi, se pure di abusi si può parlare e non di discrezionale esercizio dell'*imperium*, sono denunciati, nell'orazione di Cicerone, non in sè stessi, ma per il fine illecito che Verre si proponeva e per gli illeciti profitti ricavatine (122).

Ancora meno può ravvisarsi una fattispecie di *metus* nella vicenda che porta allo spossessamento di Epicrate. Qui si ha, da prima, una serie di tentativi infruttuosi di instaurare un regolare giudizio o di ottenere un provvedimento fondato sull'*imperium* del magistrato. Si cerca, innanzi tutto, di procedere ad una *petitio* di eredità; ma i procuratori di Epicrate chiedono, come aveva fatto Eraclio, *ut se ad leges suas reiciat aut ex lege Rupilia dicam scribi iubeat*; e questa volta, a differenza di quanto era accaduto nel caso di Eraclio, *adversarii non audebant contra dicere* e perciò *exitus nullus reperiebatur*. Si pensa poi ad una *missio in possessionem*, quasi Epicrate *fraudandi causa discessisse*; ma anche questo tentativo non riesce: Epicrate non ha creditori e gli amici si dichiarano, in ogni modo, pronti, se qualche creditore si presentasse, ad *accipere iudicium* ed a prestare la *satisdatio iudicatum solvi*. Si ricorre, allora, all'accusa di falsificazione di documenti pubblici; e poichè gli amici di Epicrate non se la sentono, questa volta, di assumere la difesa dell'assente, è per questa via che si riesce finalmente ad ottenere l'immissione nei beni di costui.

Come si vede, se lo scopo perseguito da Verre e dai suoi accoliti è illecito, la forma è stata salvata, in questa vicenda, ancora meglio che in quella di Eraclio e non v'è, in ogni modo, il minimo atto che possa essere considerato intimidatorio e possa far pensare alla possibilità di una *restitutio ob metum*.

Neppure, penso, le *restitutiones* ordinate da Metello possono ricondursi all'ipotesi dell'*absentia*, per lo meno se si deve riferirsi alle fattispecie configurate nell'editto che noi conosciamo nella redazione

(122) Cfr. quanto osserva, a proposito delle forme processuali usate nelle provincie, PUGLIESE, *Figure processuali ai confini fra iudicia privata e iudicia publica*, in « Studi in onore di S. Solazzi », 402 ss.: egli ritiene che, pur applicandosi, in linea di massima, i principî e le forme del processo romano, questi potessero subire molti adattamenti, fra l'altro nella nomina dei giudici. In particolare non sembra al Pugliese che fosse necessario un autentico accordo delle parti sulla scelta dei giudici, e che questi, una volta nominati dal magistrato, potessero senz'altro decidere, a prescindere dall'accettazione delle parti; il passo delle Verrine di cui stiamo occupandoci è citato dal Pugliese appunto come prova di questo assunto.

più tarda ed alla delimitazione del concetto di *metus causa abesse* che si trova nella giurisprudenza, cioè al *iustus timor mortis vel cruciatus corporis* ed all'espresso avvertimento: *sed non sufficit quolibet terrore abductum timuisse* (D. 4, 6, 3).

La verità è che lo sforzo stesso di inquadrare questi casi di *restitutio* negli schemi della disciplina edittale noti attraverso la più tarda elaborazione della giurisprudenza, sono sterili.

Si tratta, piuttosto, di manifestazioni della libera discrezionalità e dell'ampiezza dell'*imperium* magistratuale, non limitato nè condizionato da una precisa norma edittale. Metello pone nel nulla gli effetti della sentenza pronunciata contro Eraclio e della *missio in bona* ordinata nei confronti di Epicrate per evidenti criterî di opportunità, che anche in questo caso, come negli altri già sopra esaminati, devono dirsi di politica generale. Dopo i processi promossi contro di loro e le spoliazioni a cui hanno portato, Eraclio ed Epicrate si sono rifiugiati a Roma, vi sono rimasti per quasi due anni, ridotti in miseria, e quando il nuovo governatore parte per prendere possesso della provincia, essi partono al suo seguito, muniti dalle più forti raccomandazioni (123). Evidentemente le loro vicende pongono in gioco la politica del governo romano verso i siciliani e sono le direttive di governo impartite a Metello che guidano i primi atti di costui, prima che gl'intrighi e le pressioni di Verre e del suo ambiente riescano a fargli mutare indirizzo.

Non è, dunque, da pensare ad una specifica figura di *restitutio*, tra quelle che ci sono state conservate negli editti più tardi. Queste *restitutiones* rientrano nel quadro amplissimo del potere magistratuale e sono fondate sulla opportunità di eliminare altri atti compiuti del pari in virtù dell'*imperium*. Esse ci mostrano una fase per così dire ancora fluida dell'istituto, che sarà più tardi, in parte, superata attraverso la regolamentazione edittale e la elaborazione delle clausole dell'editto compiuta dalla giurisprudenza, ma che, tuttavia, non verrà meno del tutto e troverà nuove espressioni nell'attività imperiale.

Di tale ampiezza di poteri dei magistrati romani, in particolare dei governatori delle provincie, e della possibilità di usarne, specificamente, per la riapertura di processi già definiti, le orazioni di Cicerone contro Verre offrono, del resto, altri esempi, prima che nelle restituzioni ordinate da Metello, in quelle dello stesso Verre.

(123) Verr. 2, 2, 25, 62.

Anche se il nome della *restitutio in integrum* non è a proposito di queste espressamente usato, la natura e gli effetti di alcuni degli interventi che vengono denunciati da Cicerone come manifestazioni dell'attività delittuosa del governatore ne hanno esattamente la natura e la sostanza.

Uno degli episodi ricordati da Cicerone è quello di un certo Eraclio di Centuripe, nei cui confronti si era svolto, prima del governatorato di Verre, un giudizio per il pagamento di 100.000 sesterzi, concluso con l'assoluzione (124).

Non è chiaro se si fosse trattato di un arbitrato o di un giudizio svolto dinanzi ad un giudice cittadino, secondo le prescrizioni della *lex Rupilia*: Cicerone parla da un lato di *compromissum*, ma usa, d'altra parte, la terminologia propria del processo (*iudicium secundum Heraclium factum erat, iudicem falsum iudicasse*) e richiama evidentemente i principî della *lex Rupilia* quando rileva: *cum civis Centuripinus inter duos cives diiudicasset* (124 bis).

In ogni modo, ciò che qui interessa è il successivo intervento di Verre, che conduce alla rescissione della pronuncia favorevole ad Eraclio; ed importa rilevare che la tecnica dell'intervento è proprio quella della *restitutio in integrum*: *quodque iudicium secundum Heraclium de compromisso factum erat ... id irritum iussit esse eumque iudicem falsum iudicasse iudicavit* (125).

Si ha, cioè, un riesame da parte del governatore ed una sua nuova sentenza, emessa direttamente, in via di *cognitio* (*iudicavit*), che dichiara falsa la pronuncia del giudice cittadino e la pone nel nulla.

Un altro caso è quello di Sopatre (126): questa volta si tratta della rescissione di un giudicato penale; ma ciò non toglie interesse alla vicenda, ai fini della nostra indagine, perchè la tecnica è anche qui

(124) Verr. 2, 2, 27, 66 ss.

(124 bis) Non va dimenticato, del resto, che, secondo un'autorevole opinione, la forma originaria del processo fra peregrini è stata appunto quella di un procedimento arbitrale, introdotto con un atto di compromesso controllato dal magistrato: Betti, *Sulla genesi storica del processo formulare*, in « Per il XIV centenario della Codificazione giustinianea. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pavia », Pavia 1934, 465 s. Il passo di Cicerone (che non mi pare sia stato preso in considerazione a questo riguardo) starebbe a confermare terminologicamente l'identificazione della *litis contestatio* con il *compromissum* in tal genere di processo.

(125) Verr. 2, 2, 27, 66.

(126) Verr. 2, 2, 28, 68 ss.

quella tipica della *restitutio in integrum*: riproduzione dell'accusa dalla quale Sopatre era stato già assolto, rescissione del *iudicium* pronunciato dal precedente governatore, celebrazione del nuovo processo e condanna. Ed anche in questo caso, per sostenere l'illegalità del comportamento di Verre Cicerone non accentua il fatto della rescissione di una pronuncia definitiva, quanto le illegalità commesse nel nuovo processo e, più ancora, il movente di illecito lucro dal quale Verre era spinto. Nuova conferma che, in sè, la rescissione del giudicato non era fuori dei poteri del governatore.

Ancora più significativo è che l'attività di Verre non era, in questo campo, episodica, ma era prestabilita e prevista in una clausola dell'editto provinciale, che lo stesso Cicerone riferisce testualmente e che mi sembra di grande interesse per la storia della *restitutio*.

Dice, dunque, Cicerone che Verre *omnia iudicia redegerat in suam potestatem*, introducendo nell'editto una clausola così formulata: *si qui perperam iudicasset, se cogniturum; cum cognosset, animadversurum* (127).

L'interpretazione che Cicerone dà di questo editto è, naturalmente, quella che meglio si addice alla sua funzione di accusatore: esso viene additato, perciò, come strumento per gli arbitrî e le illegalità di Verre, come mezzo per coartare la volontà dei giudici, anche quando questi fossero stati scelti e designati secondo le norme processuali della *lex Rupilia* (*si legibus erat iudicium constitutum et ad civem suum iudicem venerant libere civi iudicare non licebat*). Nella dichiarata intenzione di riesaminare le sentenze emesse (*se cogniturum*), per valutare *si qui perperam iudicasset*, e di provvedere al riguardo (*animadvertere*), Cicerone vede una minaccia di sanzioni penali per i giudici, destinata a privarli della libertà di giudizio: *nemo dubitabat quin, cum iudex alium de suo iudicio putaret iudicaturum seque in eo capitis periculum aditurum, voluntatem spectaret eius quem statim de capite suo putaret iudicaturum.*

L'esempio della revisione del giudizio contro Eraclio di Centuripe dimostra come Verre, in effetti, non mancasse di adottare gravi sanzioni contro i giudici dei quali aveva annullato le sentenze: dopo aver dichiarato che il *iudex ex compromisso* che aveva assolto Eraclio *falsum iudicasse*, Verre, infatti lo colpisce privandolo dei diritti pubblici (*in senatu esse, locis commodisque publicis uti vetuit*) e della pro-

(127) Verr. 2, 2, 13, 33.

tezione giudiziaria (*si quis eum pulsasset, edixit sese iudicium iniuriarum non daturum; ... ipsi autem nullius actionem rei se daturum*) (128).

Ma, se si considera l'editto indipendentemente da siffatte aberranti applicazioni, che rientrano nel quadro degli abusi e delle sopraffazioni di cui Verre si serve per trarne guadagno, esso costituisce un esempio estremamente interessante della preventiva enunciazione di un programma di controllo e di revisione, mediante *cognitio*, delle sentenze pronunciate da qualsiasi giudice nell'ambito della provincia. Cicerone interpreta l'*animadvertam* di questo editto come manifestazione della volontà punitiva di Verre nei confronti dei giudici che non avessero giudicato secondo la sua volontà e, quindi, come strumento di pressione, di sopraffazione e di abuso. Senza dubbio, la norma edittale serviva a Verre anche, se non principalmente, a questo, e gli esempi addotti da Cicerone lo dimostrano. Ma se noi prescindiamo da una valutazione troppo polemica e contingente, la clausola edittale non può non apparirci in un significato più ampio e cioè come espressione di un potere discrezionale amplissimo, che il magistrato dichiara di voler esercitare per la revisione dei giudicati. *Animadvertere* non significa solo « punire »; questo è, anzi, il valore traslato al quale il termine giunge, per litote, dalla originaria accezione di « prestare attenzione » « notare », attraverso una sfumatura di biasimo che spesso vi è connessa (129). Nel linguaggio dei testi normativi dell'epoca repubblicana *animadvertere* significa propriamente « provvedere » ed è usato per indicare l'attività ampiamente discrezionale del magistrato volta a rimuovere situazioni dannose o pericolose per la vita dello Stato. Tipico, in proposito, il senatoconsulto *de philosophis et de rhetoribus*, riferito da Gellio (130), con il quale il Senato stabiliva « *ut M. Pomponius praetor animadverteret curaretque, ut si ei e re publica fideque sua videretur, uti Romae ne essent* ».

In questa stessa accezione il termine si trova nell'editto pretorio, come promessa di provvedimenti che non sono preventivamente determinati, ma restano affidati alla discrezionalità del magistrato. Particolarmente interessante è per noi che con questa portata il termine si ritrovi proprio in uno degli editti sulla *restitutio in integrum* trasmessici attraverso il commento ulpianeo, quello sulla *restitutio* dei minori. La promessa di *animadvertere* non intendeva probabilmente indicare, nel testo originario di questo editto, solo l'intenzione di restituire, ma più genericamente il proposito di provvedere, discrezionalmente, secondo le circostanze (*uti quaeque res erit*). La prassi e soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale hanno messo a fuoco in particolare, fra i vari possibili provvedimenti pretori, quello della *restitutio*, che meglio si prestava ad una sistematica disciplina. Ma nell'*animadversio* pretoria potevano rientrare anche misure diverse, di cui si ha esempio nell'applicazione di questo e di altri editti stilati nella stessa forma. Così esso si traduce in una *denegatio actionis* nel caso ancora ricordato da Gaio in D. 4, 4, 27, 1: *si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem.* E così pure nel caso previsto dall'editto *ne quid infamandi causa fiat* (D. 47, 10, 15, 28).

In altri casi la promessa di *animadvertere* conduceva all'applicazione di sanzioni punitive (di polizia?): ciò avveniva per esempio nell'editto *de aleatoribus* (D. 11, 5, 1, 4).

Il termine esprimeva, insomma, la larga discrezionalità del magistrato, esplicantesi nelle forme più varie, secondo le necessità.

Nell'editto di Verre esso sta appunto in questo largo significato: Verre dichiara che eserciterà la *cognitio* nei riguardi delle sentenze pronunciate dai giudici della provincia e che provvederà discrezionalmente. Ciò non significava necessariamente, come afferma Cicerone con evidente, e d'altronde necessaria tendenziosità, che venisse minacciata ai giudici una punizione; significava, però, di certo, e gli esempi che Cicerone dà nel corso della sua arringa lo confermano, che il governatore si riservava il potere di sindacare l'opera dei giudici, di riesaminare le sentenze, di decidere egli stesso per via di *cognitio* o, eventualmente, di far rinnovare il giudizio; che il suo potere di controllo si traduceva, insomma, in un potere di rescissione e di restituzione.

10. Un quadro molto vivo delle possibilità di applicazione della *restitutio* come rimedio contro le sentenze pronunciate in giudizi

(128) Verr. 2, 2, 27, 66.

(129) Cfr. Ernout-Meillet, *Dict. étymologique de la langue lat.*, Paris 1959⁴, 1, 34 (v. *anima*).

(130) Gell., *Noct act.*, 15, 11, 1.

(131) Cfr. i brevi accenni in Charvet, *Restitution des majeurs*, 10; Duquesne, *Cicéron Pro Flacco*, 25; Raggi, *Restitutio*, 315, n. 86 (impreciso però nella ricostruzione della fattispecie: Eraclide non ha *interrotto* l'esecuzione della sentenza di condanna a suo carico. La sentenza è stata integralmente eseguita. Ad esecuzione compiuta si ha il tentativo di Eraclide di ottenere in qualche modo una revisione).

dell'*ordo*, ed insieme della libertà di apprezzamento e della varietà di decisioni cui lo stesso caso poteva dar luogo da parte di diversi magistrati è offerto da un'altra pagina di Cicerone, poco studiata sotto questo profilo (131), che descrive la vicenda giudiziaria di uno degli accusatori di Flacco, il retore Eraclide di Temno (132).

Eraclide, per acquistare a Roma un fondo, ha contratto un mutuo con il cavaliere romano Sestilio Stloga, con la garanzia di un altro eminente cittadino, P. Fulvio Nerazio. Per pagare questo primo debito ne ha contratto un secondo con Caio e Marco Fufio, facendosi garantire, questa volta, dal concittadino Ermippo (133). Poi ha lasciato Roma senza pagare. I creditori si rivolgono ad Ermippo, il quale adempie l'obbligazione ed agisce, quindi, contro Eraclide per ottenere il rimborso della somma pagata. Il giudizio, benchè la controversia riguardi due cittadini greci, si svolge dinanzi al tribunale del proconsole d'Asia, che è in quel momento L. Flacco, e viene deciso da un collegio di *recuperatores*, i quali, nonostante gl'impudenti tentativi di Eraclide di negare il debito (134), lo condannano, dinanzi all'evidenza delle prove, alla prima udienza. Quindi, perchè non esegue il giudicato, il debitore viene *addictus Hermippo et ab hoc ductus est*, e per liberarsi vende al creditore pochi schiavi (135).

Su questa prima parte della vicenda si inseriscono i successivi tentativi di Eraclide per distruggere gli effetti della condanna. Succeduto a Flacco, come governatore della provincia d'Asia, Q. Cicerone, Eraclide ripropone a lui la questione, sostenendo che i *recuperatores* del precedente processo *vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse* (136). Q. Cicerone decreta *ut, si iudicatum negaret, in duplum iret, si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.*

Eraclide rifiuta l'alternativa così postagli dal proconsole, e, *quasi nihil esset iudicatum, nihil actum*, tenta un'altra via, proponendo dinanzi al legato proconsolare M. Gratidio la revindica degli schiavi

(132) Cic., *Pro Flacco*, 20-21.

(133) A questa operazione allude, probabilmente, il termine *versura*, con cui Cicerone la indica nel corso dell'esposizione. Cfr. Triantaphyllopoulos, *Praeiudicium legis Cicereiae*, in « Mnemeion Siro Solazzi », Napoli 1964, 519 ss.

(134) *Pro Flacco*, 20, 48: *Nolite existumare, iudices, non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Fecit eadem omnia quae nostri debitores solent: negavit sese omnino versuram ullam fecisse Romae; Fufiorum se adfirmavit numquam omnino nomen audisse...*

(135) Si tratta, evidentemente, di una vendita fittizia, in funzione di *datio in solutum*.

(136) *Pro Flacco*, 21, 49.

da lui stesso venduti ad Ermippo. Ma Gratidio gli nega l'azione, dichiarando di volere tener ferma la *res iudicata*.

Neppure a questo punto Eraclide si arrende: ritornato a Roma, vi intenta una nuova *rei vindicatio* (137) contro il senatore C. Plotio, già legato in Asia, il quale aveva, probabilmente, acquistati da Ermippo gli schiavi che Eraclide *se, cum iudicatus esset, per vim vendidisse dicebat*. Questa volta riesce ad ottenere la concessione dell'azione e la nomina di un *iudex* nella persona dell'ex pretore Q. Nasone. Ma, quando si accorge che il giudice *sententiam secundum Plotium dicturum*, abbandona anche questo processo e rinuncia definitivamente alla contesa.

Ognuna delle fasi di questa vicenda presenta elementi assai interessanti per il vivace quadro dei rapporti sostanziali e dello svolgimento del processo. Ma in particolare interessano, qui, i ripetuti, e fino ad un certo punto riusciti, tentativi di Eraclide per ottenere la rescissione del giudizio nel quale è rimasto soccombente o dell'atto satisfattivo del debito verso Ermippo, che ne è seguito. In questi tentativi entra evidentemente in gioco la *restitutio in integrum*.

Vi entra, però, non in virtù di un chiaro e preordinato disegno, nè in base a principî già definiti ed a norme preesistenti, ma come frutto episodico dell'iniziativa della parte e delle decisioni contingenti dei magistrati.

Eraclide non si richiama, evidentemente, ad una norma edittale che gli consenta, in caso di *metus*, di postulare una *restitutio*. Nè ciò che egli chiede è, formalmente, una *restitutio*. Quando adisce il tribunale del proconsole egli si limita a prospettare una situazione di fatto: *causam ita detulit, recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse*; e dinanzi al legato Gratidio, o, più tardi, dinanzi al *praetor peregrinus*, non fa che intentare un'azione e chiedere la concessione della formula relativa. Il problema della *restitutio* nasce dall'esigenza di distruggere l'efficacia del precedente giudicato o gli effetti del precedente negozio, esigenza che le domande di Eraclide pongono implicitamente; nasce come un risultato spontaneo, non da un principio posto *a priori*.

Il quadro offerto da Cicerone ci pone, insomma, dinanzi ad uno squarcio di vita giudiziaria, nel quale possiamo cogliere, felicemente, un momento del processo di enucleazione della *restitutio* dalle esi-

(137) Che si tratti di una *rei vindicatio*, e non di altro tipo d'azione, com'è stato supposto, sarà meglio chiarito più oltre.

genze della pratica, ad uno dei tanti sconosciuti episodi attraverso i quali, mediante specifiche decisioni magistratuali, l'istituto si è andato, a poco a poco, quasi insensibilmente, configurando.

Nè, si noti, le decisioni dei magistrati investiti della questione sono univoche ed uniformi, il che dimostra che non solo non esistevano in questa materia norme edittali precise, ma che gli stessi principî ispiratori delle decisioni erano ancora incerti e mutevoli.

Q. Cicerone, al quale, evidentemente, non è stato chiesto un provvedimento specifico, ma solo prospettata una situazione di fatto che rende necessario un suo intervento, risponde additando al postulante un'alternativa, che si fonda su criteri discrezionali e di equità: *frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit ut, si iudicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores* (138).

Il decreto ci pone di fronte a quel misterioso mezzo processuale che, sulla traccia di un passo delle *Sententiae* di Paolo, l'unico che, accanto a quello di Cicerone, faccia menzione dell'istituto (139), è stato indicato con il nome di *revocatio in duplum*. Negare, com'è stato fatto (140), l'esistenza stessa di questo mezzo, diretto a far valere la nullità della sentenza, o ridurlo ad un istituto ibrido e bastardo sorto nel diritto tardo-romano, forse dall'incomprensione del regime classico dell'*infitiatio* (141), non sembra, francamente, possibile. La testimonianza di Cicerone è troppo precisa e non si può eliminarla sostenendo che nel passo in esame si contemplava null'altro che l'*infitiatio*, perchè, in realtà, contro Eraclide si era già esercitata

(138) Molto interessante questo provvedimento «alternativo». Esso mostra quanto fosse e sia ingannevole l'argomento spesso invocato dalla critica interpolazionistica di fronte a rescritti imperiali conservati nella Compilazione giustinianea e considerati non genuini perchè, invece di risolvere un caso determinato, prospettano a volte, ipotesi diverse. Si diceva che queste alternative fossero necessariamente il frutto di ampliamenti compilatori. Non è detto che sia necessariamente così. Il decreto di Q. Cicerone mostra che anche un magistrato repubblicano, dinanzi al caso pratico prospettatogli, si poneva diverse ipotesi, che la parte aveva, evidentemente, omesse.

(139) PAUL., *Sent.*, 5, 5a, 6a: *Ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest.* Id. 8: *Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari.*

(140) BIONDI, *Appunti sulla natura della sentenza*, 92. Cfr. anche AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 146, il quale, pur ritenendo la *revocatio in duplum* un mezzo autonomo rispetto all'*infitiatio*, lo ascrive all'ultima età classica.

(141) ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953², 107 s.

l'*actio iudicati*, e, *cum iudicatum non faceret*, era stata accordata la *ductio*.

La possibilità di contestazione del giudicato in sede difensiva, attraverso l'*infitiatio*, era, dunque, già superata, e sarebbe stato veramente assurdo che il proconsole suggerisse ad Eraclide di opporsi per quella via ad un giudicato che era stato già eseguito. Si deve, perciò, ritenere che una delle due vie indicate ad Eraclide fosse quella di un vero e proprio gravame di nullità da far valere autonomamente per via di azione (142).

L'altra via, pur senza che l'istituto venisse espressamente nominato, era quella della *restitutio*. È senza dubbio un provvedimento restitutorio quello che Q. Cicerone offre ad Eraclide per consentirgli di rinnovare il processo dinanzi agli stessi *recuperatores*, la cui prima sentenza si assumeva viziata dalla violenza e dal *metus*.

Abbiamo, così, la prova che il *metus* cominciava a profilarsi come possibile presupposto di *restitutio*; non in base ad un editto preesistente, che almeno per la provincia d'Asia non sembra provato e che, anzi, dal tenore del decreto di Q. Cicerone, sembra da escludere, ma in virtù di una valutazione discrezionale del caso da parte del magistrato.

Abbiamo anche la prova che la *restitutio* doveva condurre, nelle intenzioni di Q. Cicerone, ad una ripetizione del processo, innanzi agli stessi giudici che avevano emesso la prima sentenza, che la *restitutio*, quindi, doveva concretarsi in un provvedimento del magistrato che, rescindendo il primo giudizio, ne avrebbe consentito la rinnovazione, concedendo una nuova formula ed un nuovo *iussus iudicandi*.

Eraclide, come si è visto, non segue nessuna delle due vie indicategli dal decreto del proconsole, e ne tenta una diversa, intentando la *vindicatio* degli schiavi già venduti ad Ermippo.

Il discorso di Cicerone su questo secondo tentativo non lascia chiaramente intendere se la questione sia stata prospettata al legato Gratidio negli stessi termini in cui era stata proposta innanzi al proconsole, invocando, cioè, ancora la *vis ac metus* come ragione di nullità della sentenza e della vendita, o se piuttosto Eraclide abbia cercato di ignorare sentenza e vendita, affermando, puramente e semplicemente, la proprietà sugli schiavi come presupposto per la *rei*

(142) Cfr. in proposito, da ultimo, RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961, 68 nota.

vindicatio. La frase *quasi nihil esset iudicatum nihil actum* si presta ad essere interpretata sia in un senso sia nell'altro. Ma la decisione di Gratidio, motivata con il richiamo al rispetto del giudicato, mostra che, comunque, a questo problema di fondo si è ritornati, per lo meno nel corso della *cognitio* (probabilmente perchè l'efficacia della sentenza dei *recuperatores* sarà stata invocata dal convenuto) e che si è così nuovamente profilata l'esigenza di una *restitutio* come premessa necessaria per l'accoglimento della richiesta di azione da parte di Eraclide. La *restitutio* poteva riguardare, in questo caso, la sola compravendita, senza toccare la validità della sentenza. Il fatto che Gratidio abbia giustificato la *denegatio actionis* con la volontà di mantener ferma la *res iudicata* conferma che sia le parti, sia i magistrati si muovevano su un terreno ancora non segnato da idee chiare e principî precisi. Il che trova, poi, ulteriore conferma se si considera che, mentre il proconsole aveva ritenuto possibile rimettere in discussione il giudicato sia per la via di un'impugnazione di nullità della sentenza, sia per quella della *restitutio in integrum* e della conseguente rinnovazione del processo, il suo legato, proprio richiamandosi allo stesso giudicato, escludeva la concessione dell'azione (143).

La stessa varietà di valutazioni dimostra il successo conseguito, almeno *in iure*, dal terzo tentativo, compiuto a Roma, quindi dinanzi al *praetor peregrinus*.

Eraclide, questa volta, attacca, sul presupposto che fosse viziata da violenza, proprio la vendita degli schiavi e riesce ad ottenere la *datio iudicii*.

Sulla natura di questo giudizio si sono avanzate le più varie ipotesi: si è pensato ad una *condictio certae rei* (144), ad un'*actio in factum* del tipo dell'*actio quod metus causa* (145). A me pare che nessuna di queste ipotesi regga. Non certo la prima, perchè non esisteva tra Eraclide e Plozio alcun rapporto obbligatorio che consentisse l'esperimento della *condictio*. Non la seconda, la quale presuppone l'esperibilità dell'*actio metus*, sia pure nella forma dell'*actio in factum*,

(143) Sul provvedimento di Gratidio cfr. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in « Ann. Un. Palermo », 24 (1955), 274, il quale ritiene che la *denegatio actionis* fosse, in questo caso ed in altri non frequenti esempi di decisioni della giurisprudenza classica, una manifestazione dell'efficacia pregiudiziale della sentenza formulare.

(144) KASER, *Die lex Aebutia*, in « Studi in memoria di E. Albertario », 1, 34, con la citazione della letteratura precedente.

(145) MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, 548 n. 103.

contro il terzo estraneo al negozio viziato. Ora, anche a non voler condividere l'opinione secondo cui la costruzione dell'*actio quod metus causa* come *actio in rem scripta* sarebbe tutta opera dei compilatori giustinianei (146), non si può negare che deve trattarsi, quanto meno, di una tarda conseguenza della confusione insorta fra l'*actio quod metus causa* e la *restitutio in integrum ob metum*, la quale, in realtà, aveva effetto anche nei confronti dei terzi. Manca, comunque, ogni appiglio per ritenere che tale principio fosse già formulato ed affermato all'epoca di Cicerone, quando l'*actio quod metus causa*, anzi, più esattamente, la *formula Octaviana* che ne costituisce la prima espressione, aveva una storia ancora relativamente breve (147) e mancava l'elaborazione giurisprudenziale da cui quel principio, nella migliore ipotesi, sarebbe stato enucleato.

Del resto, a parte ogni congettura ed ogni considerazione, contro le due ipotesi sopra ricordate sta il linguaggio di Cicerone, che qualifica senza possibilità di dubbio l'azione di Eraclide come una *rei vindicatio*: *petit Heraclides a C. Plotio senatore ... mancipia quaedam quae se ... per vim vendisse dicebat. Petere mancipia* non si potrebbe dire nè per la *condictio certae rei*, nè dell'*actio quod metus causa*. È senza possibilità di dubbio, la *vindicatio* degli schiavi che Eraclide promuove a Roma contro Plozio, come già aveva tentato di fare direttamente contro Ermippo. E perchè l'azione gli venisse concessa era necessario che il pretore rescindesse la compravendita che si diceva compiuta sotto l'effetto della *vis*.

11. Di un'altra applicazione *della restitutio in integrum*, di cui è parola nel cap. 32 dell'orazione *pro Flacco*, la dottrina si è da tempo ripetutamente occupata (148), pur senza giungere a risultati che si possano considerare interamente persuasivi; il che, del resto, non è

(146) Cfr. in proposito LUEBTOW, *Der Ediktstitel 'quodmetus causa gest um erit'* 183 s. Ma vedi ora BISCARDI, *Contro l'oralità della formula processuale classica*, in « Studi in onore di B. Biondi », 1, 653.

(147) La *formula Octaviana*, che Metello aveva inserita nel 71 a. Cr. nell'editto urbano e l'anno seguente nell'editto per la Sicilia (CIC., *Verr.*, 3, 3, 65, 152), era stata introdotta probabilmente, nel 79 o 78 da uno dei pretori Cn. o L. Ottavio. Si potrebbe attribuire certamente al primo se si fosse sicuri del riferimento di Cicerone *Ad Q. fratrem* 1, 1, 7, 21, che invece è incerto per la lettura del testo. Non erano dunque passati venti anni quando si svolgeva il processo contro Plozio.

(148) Particolarmente il DARESTE, *Questions de droit grec*, 110, ed il DUQUESNE, *Cicéron Pro Flacco*, cit.

forse possibile, dato che, della complessa vicenda giudiziaria alla quale Cicerone si riferiva e della quale si valeva per attaccare un altro dei testi d'accusa di Flacco, Deciano, sfuggono al lettore moderno molti elementi che l'oratore presupponeva o che precisava nello svolgimento della difesa con la lettura di documenti che a noi ora mancano, come pure i dati relativi agl'istituti di diritto greco, che Cicerone richiama ed interpreta in termini romani e forse con dubbia esattezza.

Per valutare il fondamento giuridico e la portata dei vari interventi dei governatori romani nella vicenda è, innanzi tutto, necessario precisare da quale ordinamento il rapporto creatosi fra Deciano e le due donne greche, moglie e suocera, rispettivamente, di Aminta, doveva essere regolato. Per quanto riguarda la capacità dei soggetti, non vi è dubbio che questa era rimessa ai rispettivi diritti nazionali. Sappiamo, infatti, dallo stesso Cicerone che nella stipulazione del contratto le due donne avevano dovuto essere assistite da un κύριος, secondo i principî del diritto greco. Ma da altri particolari del discorso di Cicerone si può ricavare che anche la sostanza del rapporto era regolata dalla legge greca. Così si spiega che, mentre i beni venduti sono proprietà della madre, nel contratto è intervenuta anche la figlia, probabilmente come presunta erede (149). Così si spiega, anche, che Deciano abbia trascritto o tentato di trascrivere gli atti di vendita nei pubblici registri della città secondo una pratica greca (150). Così si spiega, infine, che la questione sia stata portata di-

(149) È questa la congettura del Dareste, accettata anche dal Duquesne.

(150) Risultano con sicurezza, dal discorso di Cicerone, il tentativo di Deciano di ottenere la trascrizione nei registri della città di Pergamo (30, 74: *Defers ad Pergamenos ut illi reciperent in suas litteras publicas praeclaras proscriptiones et emptiones tuas*) ed il rifiuto che gli è stato opposto (*repudiant, reiciunt*). È dubbio che in precedenza Deciano avesse ottenuto la trascrizione nei registri di Apollonide, come si vorrebbe desumere dal parlare, che Cicerone fa, a più riprese, di *proscriptiones* (*emptiones falsas praediorum proscriptiones cum mulierculis aperta circumscriptione fecisti; inritae venditiones, inritae proscriptiones*), traducendo (secondo l'ipotesi del Dareste, accolta dal Duquesne) il greco ἀναγραφή. Il contesto in cui il termine *proscriptio* è inserito rende discutibile questa interpretazione. Cicerone dice che Deciano ha concluso le *proscriptiones* con le due donne *aperta circumscriptione*; si riferisce, cioè, ancora al contratto di vendita, non ad un successivo e distinto atto di trascrizione, del quale non potrebbe dire *cum mulierculis aperta circumscriptione fecisti*. Ed anche più oltre, quando accenna alla richiesta di trascrizione nei registri di Pergamo, parla di un *recipere in suas litteras publicas praeclaras proscriptiones*, considera, cioè, le

nanzi al tribunale della libera città greca di Apollonide con quell'azione contro il κύριος delle due donne, che Cicerone qualifica con l'espressione romana *de dolo malo et fraude* ed è stata identificata con la greca δίκη κακοτεχνιῶν (151), e sia stata decisa secondo il diritto greco.

Il risultato di questo giudizio resta, peraltro, problematico. Cicerone proclama che per effetto di esso le vendite erano divenute nulle; ma non dice, nè è obbiettivamente spiegabile, come a tale risultato si fosse potuti giungere con un'azione non esperita nei confronti delle parti del negozio e che, se fosse stata del tipo della romana *actio doli*, come farebbe supporre la qualificazione che l'oratore ne dà, avrebbe dovuto sfociare in una condanna ad una pena pecuniaria (152). Si deve supporre, quindi, o che si trattasse di un'a-

proscriptiones come oggetto del *recipere in suas litteras publicas*, non come esprimenti l'atto del trascrivere.

Mi sembra più probabile che *proscriptio* sia usato da Cicerone per sottolineare enfaticamente la illiceità degli acquisti di Deciano, per esprimere il concetto che quelle che Deciano chiamava vendite erano, in realtà, vere e proprie spoliazioni (cfr. in questo senso Boulanger nell'edizione dell'orazione *Pro Flacco*, Paris, Les belles lettres, 1959, 123, n. 1) e non per significare che gli atti erano stati già trascritti ad Apollonide.

(151) Dareste, *Questions de droit grec*, 110; Beauchet, *Droit privé de la rép. athénienne*, 3, 331, n. 3; con qualche perplessità Duquesne, *Cicéron Pro Flacco*, 10, n. 1.

Senza pretendere di affrontare qui l'argomento, che dovrebbe essere ben altrimenti approfondito, io credo che le perplessità di fronte alla tesi del Dareste siano ben maggiori di quelle a cui accenna il Duquesne. Non sembra, infatti, che la δίκη κακοτεχνιῶν si possa considerare destinata a colpire in generale qualsiasi comportamento doloso. Essa sarebbe esperibile contro chi abbia usato falsi testimoni. Cfr. Meier-Schoemann-Lipsius, *Der attische Prozess*, Berlin 1883-87, 492 s. L'identificazione proposta dal Dareste richiederebbe, quindi, una dimostrazione che manca, invece, totalmente.

(152) Sulla funzione e finalità delle azioni contrattuali in diritto greco, cfr. Gernet, *Sur la notion du jugement en droit grec, Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955, 76 ss.

In uno studio, ancora in corso di stampa, della dr. Eva Cantarella (che per la cortesia dell'Autrice ho potuto leggere in bozze) si critica l'ipotesi del Gernet, che il diritto greco non conoscesse l'invalidità del negozio giuridico viziato da violenza o da dolo e, per quanto riguarda quest'ultimo, si richiama l'attenzione su un passo dell'orazione di Iperide contro Atenogene, nel quale si afferma che, accanto al principio secondo cui ogni accordo è vincolante per le parti, ne esiste un altro, che ordina di non frodare la controparte [Cantarella, *In tema di invalidità dei negozi giuridici nel diritto greco*, in «Labeo», 12 (1966)].

Lo spunto è, senza dubbio, interessante; ma non risolve il quesito: con quale azione si potesse far valere la supposta invalidità.

zione a noi sconosciuta, che, anche proposta nei confronti del κύριος, avesse come effetto la dichiarazione della nullità del negozio compiuto con la sua assistenza, o, com'è più probabile, che le parole *inritae venditiones, inritae proscriptiones*, contengano un'evidente esagerazione oratoria.

È certo, comunque, che, quale che ne fosse il contenuto, la sentenza dei giudici di Apollonide non poteva avere efficacia nei confronti di Deciano, che non solo non era stato parte del giudizio, ma che, come cittadino romano, non era soggetto alla giurisdizione dei tribunali greci (153).

Si spiega quindi la necessità dei ripetuti ricorsi ai governatori della provincia d'Asia succedutisi in quegli anni ed anche la natura extraprocessuale dei loro interventi.

In effetti un giudizio ordinario non sarebbe stato possibile sia per la mancanza di legittimazione dei soggetti che conducevano l'azione contro Deciano, sia perchè una normale revindica dei beni non era configurabile, nè per il diritto romano, che non era, del resto, applicabile al rapporto, nè, probabilmente, per il diritto greco.

Problematica è anche la spiegazione dei reiterati interventi dei governatori e di quello del Senato, della loro iniziativa, del loro oggetto.

Di sicuro v'è solo che durante il consolato di Cicerone i cittadini di Apollonide hanno inviato un'ambasceria a Roma, per sottoporre al Senato le loro doglianze sulle illegalità di Deciano e che hanno ottenuto una deliberazione, sulla quale, più tardi, si è basato il decreto di Flacco (154).

---

(153) Non si spiegherebbe, altrimenti, perchè, anzichè limitarsi ad agire contro il κύριος delle due donne, non fosse stato convenuto dinanzi ai giudici di Apollonide lo stesso Deciano, nè perchè la questione dovesse essere ripetutamente portata dinanzi al governatore romano e persino dinanzi al Senato. Sappiamo ben poco sull'ordinamento giurisdizionale delle provincie nell'età repubblicana ed in particolare sulla posizione dei cittadini romani. Non credo, però, possano esservi dubbi sul punto che le controversie fra provinciali e romani dovessero esser portate dinanzi al governatore (o ai suoi delegati). Potrà esservi questione sulla cittadinanza dei giudici. In Sicilia, in base alla *lex Rupilia*, se il convenuto era un siciliano, aveva diritto ad un giudice siciliano, e viceversa se il convenuto era un romano. Ma non sappiamo se lo stesso principio si applicasse anche nelle altre provincie. Cfr. De Martino, *Storia della costituzione romana*, 2, 2, 329 ss.

(154) *Pro Flacco*, 32, 79: *Ad senatum nostrum me consule nonne legati Apollonidenses omnia postulata de iniuriis unius Deciani detulerunt?*

Ma nè dell'uno nè dell'altro provvedimento è rimasto il testo o per lo meno è stato riferito il contenuto. Tanto meno si sa quale fosse l'oggetto dei decreti dei predecessori di Flacco, Orbio e Globulo: si può dire soltanto che il primo era sfavorevole, il secondo favorevole a Deciano. Sappiamo, infine, che fra i vari provvedimenti dev'esservene stato almeno uno, e forse più di uno, implicante la *restitutio*: nell'enumerare le ragioni per cui i beni acquistati da Deciano non potevano considerarsi legittimamente acquisiti, Cicerone ricorda, infatti, che essi erano stati *etiam a nostris magistratibus restituta* (155).

Con dati così incerti non è possibile stabilire, altrimenti che per congètture, se già il decreto di Orbio contenesse un ordine di *restitutio*, rimasto ineseguito e rinnovato due anni dopo da Flacco, o se gl'interventi di Orbio e di Globulo fossero stati richiesti dallo stesso Deciano, forse per ottenere la trascrizione degli atti di vendita rifiutatagli dai Pergameni (156) ed il provvedimento di *restitutio* sia solo quello adottato da Flacco sulla base del senatoconsulto ottenuto dai cittadini di Apollonide.

Nel discorso di Cicerone vi sono elementi a favore sia dell'una sia dell'altra ipotesi. Da un lato si parla, infatti, di restituzioni ordinate *a nostris magistratibus*, che sarebbero, dunque, più d'una. D'altra parte, però, lo svolgimento del discorso farebbe pensare, piuttosto, che gli interventi di Orbio e di Globulo non siano stati provocati dai cittadini di Apollonide contro Deciano, ma siano stati richiesti da Deciano stesso, in relazione al tentativo di ottenere a Pergamo la trascrizione degli atti di vendita. Si osservi, infatti, lo sviluppo logico del discorso e la concatenazione dei fatti: dopo aver detto che le vendite sono divenute nulle in seguito alla sentenza dei giudici di Apollonide, Cicerone continua, rivolgendosi a Deciano: *Num restituis? Defers ad Pergamenos ut illi reciperent in suas litteras publicas praeclaras proscriptiones et emptiones tuas. Repudiant, reiciunt.* E, dopo un'ampia digressione ironica sugli onori decretati dai Pergameni a Deciano, la ripresa: *Ipsi igitur illi Pergameni proscriptiones quas tu adferebas repudiaverunt. P. Orbius, homo prudens et innocens, contra te omnia decrevit.*

---

(155) *Pro Flacco*, 32, 79: *Mitto quod aliena, mitto quod possessa per vim, mitto quod convicta ab Apollonidensibus, mitto quod a Pergamenis repudiata, mitto etiam quod a nostris magistratibus in integrum restituta, mitto quod nullo iure neque re neque possessione tua.*

(156) Questa è la congettura del Dareste, *Questions de droit grec*, 111.

La richiesta di trascrizione delle vendite a Pergamo, il rifiuto, il ricorso al governatore romano, appaiono strettamente collegati, come episodi di una serie di tentativi compiuti da Deciano per ottenere il riconoscimento dell'efficacia dei suoi acquisti, mentre non v'è cenno alcuno, fin qui, di iniziative prese contro Deciano.

La stessa impressione si trae dal seguito del discorso.

Respinto da Orbio, Deciano incontra, dice Cicerone, maggior favore presso il successore, P. Globulo; e lo dice rivolgendosi ancora a Deciano (*apud P. Globulum fuisti gratiosior*), con un'espressione che sembra meglio appropriata a significare l'accoglimento di una domanda che, rigettata da Orbio, viene più benevolmente considerata dal nuovo governatore, piuttosto che il rigetto di un nuovo ricorso presentato contro Deciano.

Ed infine, da un altro punto del discorso (32, 79), in cui sono riepilogate le varie fasi della vicenda, sembra desumersi che alle autorità romane i cittadini di Apollonide si siano rivolti solo una volta, con l'ambasceria al Senato e con il ricorso a Flacco: si noti la diversa espressione usata dall'oratore per il ricorso a Flacco: *haec Apollonidenses occasione facta ad Flaccum ⟨non⟩ detulerunt*; e per gl'interventi dei suoi predecessori: *apud Orbium acta non sunt, ad Globulum delata non sunt*?

Il problema è, comunque, di relativa importanza per il nostro tema. Siano stati uno o più i provvedimenti di *restitutio*, interessa piuttosto cercare di precisarne, per quanto sia arduo ricavare elementi sicuri dai pochi e, come s'è visto, non chiari accenni di Cicerone, i tratti rilevanti per la storia dell'istituto.

Ancora una volta credo che si debba sottolineare, a questo riguardo, l'estrema fluidità delle linee di questo, quale emerge dall'esposizione ciceroniana.

Sembra certo che il o i provvedimenti restitutori non siano stati emanati in base ad un editto.

Se è vero, dunque, che il principio secondo cui non si dovevano considerare vincolanti i negozi contrari alla buona fede era stato introdotto alcuni decenni prima da Scevola nell'editto della provincia d'Asia, si deve ritenere che esso non si fosse conservato negli editti dei successori e che, per lo meno, non fosse applicato in tutta l'ampiezza che sarebbe stata possibile. Tanto è vero che non era possibile il richiamo ad un editto, che, per ottenere un intervento decisivo, è stato necessario ai cittadini di Apollonide il ricorso al Senato; e sulla base di un senato-consulto è stato emesso il decreto di Flacco,

che, fra i vari provvedimenti ricordati da Cicerone, sembra quello a più sicuro contenuto restitutorio.

La mancanza di un editto, la natura decretale dell'intervento di Flacco, la connessione fra questo decreto ed il senatoconsulto ottenuto in precedenza dai cittadini di Apollonide sono tutti elementi che risultano chiaramente dal passo di Cicerone. Questo mostra, anche, però, come la materia non fosse regolata da principî sicuri e fermi. Flacco veniva attaccato, fra l'altro, dai suoi accusatori proprio per aver provveduto con un decreto e non in base ad un editto, e Cicerone cercava di coprine la responsabilità mostrando come il decreto trovasse il presupposto nel senatoconsulto. La lettura dei due provvedimenti doveva servire, a questo punto, a provare l'identità del loro contenuto (157).

Ciò starebbe ad indicare che, sia pure per i fini di una polemica giudiziaria, inserita a sua volta nel quadro più vasto di una azione politica (158), il principio della libertà del magistrato di provvedere in una determinata situazione con semplice decreto, senza un editto di portata generale, poteva esser posto in discussione. Elemento, questo, tanto più importante, in quanto l'attacco concerneva l'operato di un governatore provinciale, la cui libertà d'azione era assai più larga di quella del magistrato cittadino, ed in quanto la sua fondatezza non viene, sostanzialmente, contestata da Cicerone, il quale cerca solo di coprire la responsabilità del suo difeso mostrando come egli non avesse fatto che applicare le direttive del Senato.

Un altro dato di notevole interesse che si ricava dal discorso di Cicerone è che già sul finire della Repubblica si cercava d'inquadrare i provvedimenti fondati sull'*imperium* magistratuale in un procedimento e di richiedere per questo un minimo di garanzie for-

(157) *Pro Flacco*, 31, 78: *Nunc accusamur ab iis qui in consilio nobis fuerunt. «Decrevit Flaccus». Num aliud atque oportuit? «In liberos». Num aliter censuit senatus? «In absentem». Decrevit cum ibidem esses, cum prodire nolles; non est hoc in absentem, sed in latentem reum.* SENATUS CONSULTUM ET DECRETUM FLACCI. *Quid? Si non decrevisset, sed edixisset, quis posset vere reprehendere?*

(158) Flacco era stato pretore nello stesso anno del consolato di Cicerone ed aveva collaborato attivamente alla repressione della congiura di Catilina, fra l'altro arrestando gl'inviati degli Allobrogi e sequestrando i messaggi che dovevano dare al console la prova irrefutabile della responsabilità dei congiurati. Il processo a Flacco era una delle avvisaglie della tempesta che si andava addensando sul capo di Cicerone stesso, quale esponente del governo degli *optimates*, ad opera del partito cesariano e si inquadrava nell'aspra lotta politica in corso in quegli anni per la conquista del potere.

mali. Infatti, oltre all'accusa di aver provveduto con decreto e non sulla base di un editto, si moveva a Flacco quella di aver provveduto *in absentem*. Ed anche su questo punto la difesa di Cicerone non si fondava tanto sulla contestazione dell'esigenza del contraddittorio, quanto sul rilievo di fatto che Deciano non poteva considerarsi assente, ma doveva ritenersi latitante, per essersi volontariamente sottratto alla comparizione avanti al magistrato.

Questo dato è di grande importanza per la storia della *restitutio*. Com'è noto il problema della necessità che ambedue le parti interessate fossero presenti innanzi al magistrato che doveva provvedere alla *restitutio* è uno dei più controversi. Poichè numerosi testi conservati nella Compilazione giustinianea affermano in modo reciso tale necessità, gli studiosi meno recenti ritenevano che in ogni caso il postulante fosse tenuto a citare regolarmente l'avversario e che il procedimento fosse valido solo se questi compariva o restava contumace (159). Ma questa opinione fu attaccata dal Leifer (160), il quale affacciò l'ipotesi che la necessità della citazione e della comparizione fossero sorte solo in conseguenza della trasformazione subita dalla *restitutio*, sulla fine dell'età classica, da *cognitio* a *iudicium*. E, a parte una certa disparità di vedute circa l'epoca in cui la trasformazione dovrebbe essere collocata (161), si può dire che questo punto di vista sia ormai il più diffuso.

Il passo dell'orazione *pro Flacco* mostra che la soluzione del problema non può essere così netta e che il processo storico non è così univoco come si pensa.

---

(159) Cfr. per tutti SAVIGNY, *Sistema* 7, § 337.

(160) LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens in röm. Staatsrecht*, München 1914, 90 ss.

(161) Dal Carrelli, secondo il quale di un vero e proprio obbligo di convocazione dell'avversario non si può avere documentazione che per il diritto giustinianeo, mentre nel diritto classico la convocazione, piuttosto che necessaria sarebbe stata normale (CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, in « Ann. Un. Bari », 1 (1938), 183), al Cervenca, il quale ritiene che la norma sulla presenza della controparte nella procedura della *restitutio* appaia già formulata all'epoca di Antonino Pio e generalizzata all'età dei Severi (CERVENCA, *Studi*, 88 ss.), al Raggi, che pure riporta all'azione della giurisprudenza e della cancelleria imperiale nell'epoca tardo-classica l'assimilazione della *restitutio* alle *actiones* ordinarie, di cui è indice, fra gli altri, l'estensione alla prima della terminologia e dei principî propri della seconda (cfr. in particolare, sullo svolgimento *praesente diversa parte*, RAGGI, *Restitutio*, 83, n. 52).

Naturalmente il riferimento ciceroniano non va nè sopravvalutato nè generalizzato. Si tratta di un episodio, dell'episodio, per di più di una contesa giudiziaria e di una lotta politica. Che Flacco fosse attaccato per aver pronunciato un decreto *in absentem* non significa che esistesse già in quell'epoca, chiaramente formulato, e tanto meno consolidato, il principio della necessità della convocazione delle parti avanti al magistrato perchè questi potesse legittimamente decidere nell'ambito dei poteri di *cognitio*. Ma il fatto che un simile attacco potesse esser mosso e che Cicerone non ne svalutasse *a priori* la portata, non lo respingesse negando senz'altro la necessità della convocazione, dimostra che non solo nel diritto giustinianeo e neppure solo nell'età post-classica o tardo-classica viene affermata l'esigenza di certe garanzie procedurali nello svolgimento della *cognitio* magistratuale, in genere, e di quella in materia di *restitutio*, in particolare.

Anche se tali affermazioni sono, all'epoca di Cicerone, episodiche ed isolate, la loro esistenza deve condurre ad una maggiore cautela nella ricostruzione del processo storico e nella individuazione di cesure e contrapposizioni nello sviluppo degl'istituti.

Mi pare che abbia, viceversa, un'importanza relativa l'inquadramento di questo caso di *restitutio* in uno o in un altro degli schemi edittali a noi noti ed in particolare in quello della *restitutio propter dolum*.

La questione dell'esistenza di una *restitutio in integrum ob dolum*, è, in effetti, una delle più delicate fra quelle che si pongono per la ricostruzione e la conoscenza di questo istituto. Di essa dovremo, naturalmente, occuparci distesamente nel corso di questi studi. Qui sarà sufficiente osservare che se, come si è visto, la *restitutio* accordata contro Deciano non è fondata su un editto, ma è concessa per decreto e sulla base di un senatoconsulto, e se la mancanza di un editto in provincia è un argomento valido per ritenere che neppure nell'editto del pretore urbano la *restitutio ob dolum* fosse, almeno in quell'epoca, prevista, ha scarsa importanza stabilire se nel caso specifico la restitutio fosse fondata sul dolo e solo su questo.

Elementi di dolo esistevano, senza dubbio, nella condotta di Deciano, e Cicerone li rileva definendo gli acquisti da lui fatti *emptiones falsas, praediorum proscriptiones cum mulierculis aperta circumscriptione (factas)*.

Ma quella condotta aveva concretato anche altri profili antigiuridici, che Cicerone pure non manca di sottolineare, la violenza, ad esempio, messa in risalto nel movimento finale di questa parte del

discorso, dove si enumerano le ragioni dell'invalidità degli acquisti di Deciano e della inammissibilità di una iscrizione di quei beni nelle liste del censo.

Sembra, comunque, che, non una singola illegalità, ma l'insieme del comportamento antigiuridico di Deciano fosse denunciato a Roma dai legati di Apollonide ed è pensabile che il senatoconsulto, su cui si fondava il successivo decreto di Flacco, fosse stato emesso appunto in considerazione del complessivo comportamento e non solo di un atto specifico e di una specifica ragione giuridica.

Il che ci pone ancora una volta di fronte ad una forma di *restitutio* tuttora non rigorosamente inquadrata in una figura specifica e fondata su presupposti giuridici determinati, ma espressione di quel largo potere discrezionale degli organi del governo repubblicano che abbiamo già rilevato negli altri casi fin qui esaminati (162).

12. Un accenno mi pare meritino ancora alcuni casi di *restitutio* comiziale documentati in scritti dell'ultimo periodo repubblicano.

Si potrebbe dubitare dell'opportunità di inserire anche questi casi nel quadro della applicazione della *restitutio*, considerato che si tratta di provvedimenti i quali incidono su pronuncie di carattere penale, non su atti negoziali o su sentenze attinenti a rapporti privatistici.

Ma io credo, al contrario, che una visione d'insieme delle vicende della *restitutio* nella fase più antica del suo sviluppo non sarebbe completa se non si prendessero in esame anche questi interventi comiziali. In realtà, come i provvedimenti, essenzialmente politici, del Senato e dei magistrati, di cui si è discorso nelle pagine precedenti, anche questi provvedimenti, formalmente legislativi, sostanzialmente politici, servono a porre in luce la natura dell'istituto e la sua fondamentale unità.

(162) Non mi pare il caso di considerare, fra i passi di Cicerone utili per la storia della *restitutio* nel periodo repubblicano il frammento dell'orazione *In P. Clodium et C. Curionem*, conservato negli scolî bobbiensi, di cui si è occupato recentemente il Triantaphyllopoulos, *Praeiudicium legis Cicereiae*, 509 ss. Il testo di Cicerone, che accenna alla cancellazione delle *satisdationes* prestate a favore di Clodio, non offre, infatti, alcun dato certo sul mezzo con cui questo effetto era stato ottenuto; e lo scolio, che afferma: *satisdationes dicit rescindi sententia praetoris*, appartiene ad un'epoca troppo tarda, perchè se ne possa utilmente inferire qualche dato sicuro sulla procedura alla quale il testo originario si riferiva. Contro l'ipotesi della *restitutio* si pronuncia, del resto, anche il Triantaphyllopoulos (*l.c.* 515), il quale suppone che l'inefficacia della *satisdationes* potesse derivare, invece, dall'applicazione del *praeiudicium legis Cicereiae*.

È necessario, naturalmente, che, per inserire anche la figura della *restitutio* comiziale nel quadro d'insieme della storia dell'istituto, si pongano da parte gli schemi concettuali propri della moderna dommatica giuridica, come i concetti di grazia e di amnistia, nei quali, per solito, gli episodi ai quali ora accenneremo sono stati costretti.

L'idea della grazia, intesa come provvedimento sovrano che estingue o diminuisce la pena inflitta con una sentenza passata in giudicato è troppo legata ad un insieme di principî e di forme istituzionali che o si sono inserite nell'esperienza romana nel corso di una lunga e complessa evoluzione storica o sono, addirittura, il prodotto assai più tardo di una concezione della funzione punitiva dello Stato, che si preoccupa di contrastare residui di forme e strutture autocratiche ed è, perciò, tipica espressione della pubblicistica moderna.

All'esperienza romana è senza dubbio estranea l'esigenza di una realizzazione della pena in funzione sociale e così pure la consapevolezza che l'attività giurisdizionale non sempre può soddisfare adeguatamente tale esigenza, sia per l'eventualità di errori, sia per l'impossibilità di una perfetta individualizzazione della pena e di una valutazione delle personalità del reo e delle condizioni ambientali nelle quali il delitto è stato commesso. Mancano, d'altra parte, nel mondo romano, gli stessi presupposti istituzionali di siffatto modo d'intendere la funzione della grazia, e cioè la divisione dei poteri, la netta differenziazione di una funzione giurisdizionale, la rigida determinazione di pene edittali. Sarebbe vano, perciò, ricercare nel pensiero e nell'esperienza giuridica romana una nozione del potere di grazia inteso come strumento destinato ad interferire dall'esterno sull'attività giurisdizionale nell'intento di correggerne gli errori, di temperare i rigori della pena, possibili anche nella giusta applicazione della legge, di valutare la personalità del reo e la sua particolare posizione.

Ma sarebbe del pari antistorico attribuire al mondo romano, senza alcuna distinzione di tempi, quella concezione del diritto di grazia contro cui si dirige la critica di quanti vi vedono, appunto, la manifestazione di strutture autocratiche e di indebite interferenze sulla funzione giurisdizionale. In parte per le stesse ragioni alle quali si è accennato più sopra, questo modo di vedere il problema non terrebbe conto della struttura del mondo romano e del fatto che solo gradualmente ha potuto introdurvisi e divenire attivo il principio

di un potere sovrano separato dagli altri poteri e funzioni dello Stato ed a questi sovrapposto, con la conseguente possibilità di interferire nell'attività di altri organi e di modificarne le decisioni. Questa concezione si verrà affermando, se mai, nell'età imperiale, a mano a mano che la posizione del principe si delineerà in maniera sempre più netta come centro di un potere superiore a quello delle antiche magistrature ed organi dello Stato repubblicano, e troverà la sua completa attuazione nell'impero assoluto. Ed è nella fase più tarda dell'evoluzione storica del diritto romano che va collocata la radice della nozione di grazia come espressione di un potere autocratico.

Le prospettive dell'epoca repubblicana sono assai diverse e non vi trovano posto le categorie della grazia e dell'amnistia.

È stato osservato, del resto, che, come il nome, così il concetto di amnistia è di origine greca e che i casi citati dagli scrittori di storia romana sotto l'influenza del ricordo di precedenti greci non hanno nessun fondamento nella storia delle istituzioni romane (163).

Anche per la grazia non esiste un termine tecnico nel linguaggio giuridico romano (164) e la remissione della pena può trovare fondamento in fatti e criteri assai diversi. Così non bisogna confondere la grazia con la liberazione dei criminali che trova giustificazione nel *ius sacrum*, come nel caso di ineseguibilità della pena di morte sul condannato che abbia incontrato una Vestale (165). Così non si può identificare la grazia con l'*abolitio*, come non si può identificare interamente l'*abolitio* con l'amnistia. Termini, ed istituti che essi indicano, sono, in realtà, propri di una peculiare esperienza giuridica e vanno interpretati nel quadro di questa e tenendo conto delle modificazioni che questa ha subito nel corso della storia.

Ciò è vero, in particolare, per la *restitutio*, le cui applicazioni in materia penale non differiscono sostanzialmente, nei presupposti e nell'ispirazione, da quelle che abbiamo visto fin qui attuate nel campo privatistico. Anch'esse rispondono a quella concezione, così caratteristica della mentalità romana, che attribuisce al potere sovrano, a volta a volta espresso dai magistrati, dal Senato o dal popolo, la capacità di cancellare non solo gli effetti di un atto, ma la stessa esistenza di questo, ripristinando la situazione anteriore, quando l'atto

(163) Esempi in KLEINFELLER, v. *Indulgentia*, PW 9, 1379; CUQ, v. *Indulgentia*, DS *Dict. ant.*, 3, 481.

(164) CUQ, *l. c.*, 480.

(165) KLEINFELLER, *l. c.*; CUQ, *l. c.*

medesimo, per ragioni di sostanza o di forma, sia viziato e contrasti con criteri di valutazione sempre, in ultima analisi, di carattere politico.

Che questa possibilità, nei confronti delle sentenze penali, non sia ristretta alle deliberazioni comiziali ed ai pochi casi documentati dalle fonti dell'ultimo periodo repubblicano, abbiamo del resto, già avuto modo di constatare, nel corso di questo studio. Quando il Senato deliberava a proposito della rescissione dei giudizi che avevano colpito gli esuli spartani (166), quando, in epoca più recente, Verre affermava il principio della rescindibilità delle sentenze pronunciate dai giudici della provincia e lo applicava anche ai giudicati penali (167), la *restitutio* trovava attuazione senza alcun intervento popolare. Ancora una volta va rilevato che i rapporti internazionali e l'esercizio dell'*imperium* magistratuale nelle provincie hanno dato l'avvio ad interventi che solo più tardi hanno trovato applicazione anche nell'ambito cittadino.

L'intervento, in questo ambito, dei comizi non è un elemento che differenzi in modo assoluto la *restitutio* in materia penale dalle altre forme di restituzioni.

Si deve tener presente, innanzi tutto, che al riguardo siamo, purtroppo, assai poco documentati, e che la documentazione si riferisce tutta allo scorcio dell'età repubblicana, ad una fase, cioè, della storia politica e costituzionale romana nella quale prevalgono le dottrine e correnti ultrademocratiche sulla sovranità popolare.

Malgrado ciò, la competenza esclusiva dei comizi per la *restitutio* in materia penale non si può dire affermata neppure in questo periodo, come non si può dire esclusa la possibilità di restituzioni da parte del Senato o dei magistrati. Il principio, enunciato da Pomponio e riferito da Ulpiano in D. 3, 1, 1, 10, che escludeva la possibilità della *restitutio* da parte dei pretori *nisi sicubi ex officio iurisdictionis suae subvenerunt : ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, ceterisque speciebus quas sub titulo de in integrum restitutione exequemur*, è da ritenere formatosi molto più tardi, in età imperiale, nel quadro del processo di accentramento dei poteri nelle mani del principe, e non ancora sicuramente affermatosi, per lo meno nell'epoca di Pomponio. Nel passo ora richiamato la questione appare, infatti, ancora controversa (*an autem et praetor restituere possit quaeritur*)

(166) Cfr. *supra*, pag. 248 ss.

(167) Cfr. *supra*, pag. 266 ss.

e, per epoca di poco anteriore, dall'epistolario di Plinio risulta che i governatori provinciali non si ritenevano incompetenti a concedere la *restitutio*, mentre la cancelleria imperiale, pur tendendo ad escludere il loro potere in questo campo, non considerava, però, *a priori*, privi di fondamento i loro interventi. Tanto è vero che Traiano cautamente scriveva: *quid in persona eorum statuendum sit, qui a P. Servilio Calvo proconsule in triennium relegati et mox eiusdem edicto restituti in provincia remanserunt, proxime tibi rescribam, cum causa eius facti a Calvo requisiero* (168).

Per l'età repubblicana mi sembra che il criterio di mera opportunità politica da cui era determinato il ricorso alla deliberazione comiziale sia bene illuminato da uno degli episodi di *restitutio* a cui va fatto riferimento, e precisamente da quello documentato nel passo del *Bellum civile* 3, 1.

Fra i provvedimenti adottati da Cesare nel breve periodo dell'anno 49 a.Cr. trascorso a Roma fra la fine della campagna di Spagna e l'inizio di quella decisiva contro Pompeo, il passo ricorda anche la *restitutio* accordata a coloro che erano stati condannati per concussione, *illis temporibus, quibus in urbe praesidia legionum Pompeius habuerat*. Si trattava di giudizi che non solo si erano svolti in una situazione eminentemente incostituzionale, sotto il controllo della forza armata che presidiava la città, in contrasto con i principî fondamentali dell'ordinamento pubblico romano, ma anche in modo formalmente irregolare, tanto che le sentenze erano state pronunciate persino da giudici diversi da quelli che avevano assistito ai dibattimenti. Cesare fa deliberare la *restitutio* dai comizi, su proposta dei pretori e dei tribuni della plebe, e sottolinea di aver voluto le deliberazioni comiziali per una considerazione di opportunità politica: *statuerat enim, prius hos iudicio populi debere restitui quam suo beneficio videri receptos, ne aut ingratus in referenda gratia aut arrogans in praeripiendo populi beneficio videretur*.

In linea di principio, dunque, il ricorso ai comizi non sembra fosse assolutamente indispensabile e lo stesso magistrato (Cesare era nel 49 investito della dittatura, ed era stato eletto console per l'anno successivo) avrebbe potuto disporre la rescissione di sentenze ritenute sostanzialmente ingiuste e formalmente viziate.

Anche per un altro aspetto è necessario tenersi lontani, nel valutare questi problemi, da una troppo rigorosa schematizzazione:

(168) PLIN., *Ep.*, 10, 57 (65), 1. Cfr. anche la lettera 32 (41) dello stesso libro.

intendo dire per quanto riguarda la distinzione tra diverse forme e figure processuali, in particolare tra *iudicia privata* e *iudicia publica*, nei possibili riflessi sull'applicazione della *restitutio* alle relative pronuncie.

I casi di cui ci stiamo ora occupando si riferiscono, come ho già rilevato, allo scorcio dell'epoca repubblicana, ad un momento storico, dunque, in cui la terminologia e la corrispondente delimitazione dei concetti, per quanto riguarda la distinzione tra *iudicia publica* e *privata*, non erano ancora fissate in schemi precisi (169). In questa fase storica, Cicerone poteva ancora definire l'*actio legis Plaetoriae* come *iudicium publicum rei privatae* (170) e parlare anche altrove di *iudicium publicum* (171) riferendosi essenzialmente all'attribuzione dell'iniziativa di questi giudizi, che potevano essere promossi da *quivis ex populo*.

Non escluderei, però, che, alla vigilia, ormai, di quel riordinamento del processo che sarà compiuto alcuni decenni più tardi da Augusto con le due *leges Juliae*, in un quadro di già largo sviluppo delle *quaestiones*, che nel sistema delle *leges Juliae* costituiranno la categoria dei *iudicia publica* per eccellenza, questo significato del termine non si delineasse già negli schemi concettuali della tarda Repubblica. Ma, anche se ciò fosse, non mancherebbero, d'altra parte, anche in quest'epoca, figure processuali non nettamente classificabili, per il loro carattere e per le loro forme, nè alla luce dei più antichi criteri distintivi fra *iudicia publica* e *iudicia privata*, nè tenendo conto ed in certo senso anticipando quello che sarà il criterio distintivo proprio delle *leges Juliae*.

Una rigorosa esclusione dell'applicabilità della *restitutio* a sentenze pronunciate in giudizi pubblici non sarebbe, pertanto, giustificata nè in ragione della forma di questi nè in ragione della materia cui essi si applicano, e che non può ritenersi, neppure essa, delimitata in base a criteri aprioristici. Ed appare, da questo punto di vista, eccessivamente rigida l'affermazione del Mommsen, secondo il quale il principio dell'irrevocabilità della sentenza sarebbe stato rigorosamente rispettato sotto la repubblica come sotto il principato, es-

(169) Cfr. in proposito PUGLIESE, *Processo privato e processo pubblico*, in « Riv. dir. proc. », 3 (1948), 1, 77 ss.

(170) CIC., *De nat. deor.*, 3, 30, 74.

(171) Cfr. CIC., *Verr.*, 2, 1, 60, 155, dove si parla di *iudicium publicum* a proposito di un processo svoltosi dinanzi al pretore, non dinanzi ad una *quaestio*, per l'irrogazione di una multa.

sendo per così dire connaturato con il processo accusatorio e con il sistema della giuria (172). La *restitutio*, strumento di un'ampia libertà di valutazione e di decisione dei magistrati ed eventualmente del popolo (alle cui assemblee la questione è, in ogni modo, deferita pur sempre dal magistrato o dai tribuni della plebe) ha giocato anche in questo campo una parte di indubbia importanza.

Un interessante esempio di una situazione del genere è offerto da un passo della seconda Filippica (173), nel quale, tracciando un quadro dei misfatti di Antonio, l'oratore ricorda, fra gli altri episodi, il provvedimento di *restitutio* a favore di Licinio Denticulo, *de alea condemnatum, collusorem suum*.

L'interesse del passo è duplice: per la forma del provvedimento e per il preciso richiamo, che Cicerone fa, alle possibili giustificazioni che per esso avrebbero potuto essere invocate.

Per quanto riguarda il primo punto, sembra indubbio, dal contesto del discorso, che la *restitutio* era stata concessa con una deliberazione popolare. Cicerone si chiede, infatti, quale giustificazione sia stata presentata al popolo per ottenere il provvedimento e conclude che la ragione vera era stata l'intento di liberarsi, con la concessione di un *beneficium legis*, degli obblighi che Antonio aveva personalmente verso Licinio Denticulo per le perdite subite al gioco. *Referre populo* e *quod in alea perdiderat beneficio legis dissolvere* sono espressioni che si riferiscono chiaramente allo svolgimento di una procedura comiziale, usata da Antonio per dar forma al provvedimento a favore del suo compagno di gioco.

Che sia stato richiesto l'intervento dei comizi in questione di così modesta portata, priva senza dubbio dei riflessi politici che potevano essere invocati da Cesare nel caso più sopra richiamato, è, probabilmente, solo la conseguenza del fatto che Antonio, come tribuno della plebe, non aveva i poteri necessari per provvedere egli stesso alla *restitutio*, come avrebbe potuto Cesare in veste di dittatore. Non è da pensare, infatti, che la deliberazione comiziale, fosse, nel caso di una condanna per gioco d'azzardo, più necessaria che nel caso di condanne per concussione. Sarebbe, se mai, da ritenere il contrario, sia per il rilievo politico di questo reato, sia perchè esso era di competenza di un'apposita *quaestio*, e rientrava perciò sicuramente nella categoria dei *iudicia publica*, mentre non è sicuro che

(172) Mommsen, *Röm. Strafrecht*, 450 ss.
(173) Cic., *Phil.*, 2, 23, 56.

esistesse una *quaestio* per i processi in materia di gioco d'azzardo, nè che questi avessero veramente natura pubblicistica e non fossero, piuttosto, rivolti all'irrogazione di una pena non dissimile da quella applicata ai più tipici delitti privati (174).

Quanto al secondo punto, Cicerone offre un quadro delle possibili cause di *restitutio*, a cui il provvedimento avrebbe potuto richiamarsi, quando si chiede quale ragione Antonio avesse rappresentato al popolo per ottenerlo: *quam attulisti rationem populo romano, cur eum restitui oporteret? absentem, credo, in reos relatum, rem indicta causa iudicatam, nullum fuisse de alea lege iudicium, vi opressum et armis, postremo... pecunia iudicium esse corruptum*; per con-

(174) Sulla repressione del gioco d'azzardo a Roma si hanno poche e poco precise notizie. Che tre leggi, la *lex Titia*, la *lex Publicia* e la *lex Cornelia* siano state emanate su questa materia si suol desumere da un accenno di Marciano in D. 11, 5, 3 (Mommsen, *Röm. Strafrecht*, 860; Rotondi, *Leges publicae populi romani*, 363, 479 s.). Ma nulla si può dire sul contenuto di dette leggi, delle quali dal passo di Marciano si ricava solo che esse consentivano le scommesse nelle gare sportive. Le altre notizie che si ricavano dal titolo 11, 5 del Digesto mostrano una stratificazione di interventi repressivi e disciplinatori del gioco e delle scommesse (senatoconsulti, editti pretori) sui quali non è il caso ora di soffermarsi. Un'altra tarda notizia dello Pseudo Asc., *In div.*, 24, si riferisce ad un *iudicium* concesso contro i contravventori al divieto dei giochi d'azzardo, che conduceva ad una condanna al quadruplo della somma impegnata nel gioco, dunque ad una tipica pena pecuniaria, del tipo di quelle irrogate per il furto e per altri delitti privati.

Soprattutto, poi, la repressione del gioco d'azzardo sembra affidata alla *coercitio* dei magistrati, in particolare degli edili. Si ha un esempio di un'*animadversio* magistratuale, traducibile, secondo l'interpretazione della giurisprudenza, nell'irrogazione di multe o nell'arresto, nell'editto pretorio, che ancora nel testo riferito e commentato da Ulpiano recava la clausola « *In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam* » (D. 11, 5, 1 pr. § 4). Per un accenno alla funzione degli edili, cfr. Mart., *Ep.*, 5, 84 v. 5; *aedilem rogat udus aleator*.

Sembra, invece, da escludere che si sia applicata negli ultimi tempi della Repubblica la pena dell'esilio, come vorrebbe il Mommsen, argomentando proprio dal passo delle Filippiche qui in esame, nonchè dall'affermazione di Dione Cassio (45, 47), che, riferendosi allo stesso episodio, pretende che Antonio abbia richiamato Licinio Denticulo φυγόντα. Lo scrittore greco deve aver frainteso la testimonianza di Cicerone, dalla quale si arguisce, invece, che Licinio Denticulo continuava, nonostante la condanna, a restare a Roma ed a svolgervi impudemente l'attività di giocatore (*hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere*), tanto che lo stesso Antonio mostrava di volerne la *restitutio, quasi vero ludere cum condemnato non liceret*. La *restitutio* doveva avere come effetto, perciò, non il richiamo dall'esilio, ma la cancellazione della conseguenze di una condanna che, oltre alla pena pecuniaria del quadruplo, portava con sè l'*ignominia*. Cfr. in questo senso Costa, *Cicerone giureconsulto*, 1, 87 n. 4; 2, 127.

cludere che nessuna di queste cause era stata invocata, e che si era trattato di una misura adottata unicamente per favorire un uomo indegno di qualsiasi favore: *hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere.*

La precisa elencazione del passo ciceroniano mostra come si fosse abbastanza innanzi, sul finire della Repubblica, nell'individuazione delle cause che potevano giustificare la *restitutio* nei confronti di sentenze definitive pronunciate in giudizi di carattere pubblico; molto più innanzi e con idee più precise di quelle che, nello stesso tempo, si avevano riguardo alla *restitutio* di atti negoziali o anche di sentenze pronunciate da giudici privati, come abbiamo visto nei casi più sopra passati in rassegna, particolarmente nelle vicende di Deciano e di Eraclide, di cui si parla nell'orazione *Pro Flacco.*

Si delinea, così nelle parole di Cicerone, una teoria dei limiti e del corretto uso della *restitutio*, che tocca il terreno, naturalmente più delicato, della stabilità del giudicato, specialmente penale, e che preannuncia l'analoga delimitazione delle figure di *restitutio* che si avrà, nello stesso torno di tempo, attraverso l'editto pretorio.

13. Possiamo ora cercare di trarre, dall'indagine fin qui condotta, qualche considerazione finale, che, consentendo di fissare i risultati di questa prima parte della ricerca propostaci, fornisca l'avvio al suo sviluppo ulteriore.

Avvertimmo, nell'iniziare l'esame delle fonti repubblicane, che non pensavamo di rintracciare in esse la figura della *restitutio* già delineata secondo gli schemi edittali più tardi, ma che ci interessava, piuttosto, cercar di stabilire se ed in quali forme si fossero inizialmente espressi i principî che costituiranno anche più tardi i presupposti e le basi dell'istituto.

Sotto questi profili l'indagine svolta ci sembra abbia confermato pienamente la sua utilità: essa ha consentito di cogliere le prime manifestazioni di una posizione che informerà tutto lo svolgimento storico della *restitutio* e di individuarne le attuazioni via via più precise.

Siamo ora in grado di constatare che le fonti repubblicane dimostrano la considerevole antichità dell'istituto: la dimostrano innanzi tutto in maniera diretta, attraverso la documentazione testuale, da esse fornita, di applicazioni risalenti allo scorcio della seconda guerra punica ed all'epoca immediatamente successiva dell'espansione territoriale romana fuori d'Italia; ma la dimostrano anche,

in maniera indiretta, in quanto gli episodi da esse testualmente comprovati rivelano l'esistenza di una forma mentale già, per così dire, consolidata, nel cui quadro i primi interventi restitutori noti appaiono ovvii e connaturali, da un lato, al rapporto politico-costituzionale fra Senato e magistrati, dall'altro a quello fra organi dello Stato romano e città e popolazioni politicamente soggette.

Istituto antico, dunque, la *restitutio*, ma non certo nel senso e con le conseguenze volute da quella parte della dottrina romanistica che si pronunciava, in passato, per tale antichità. Non nel senso, innanzi tutto, che la *restitutio* sia nata da una deliberata attività normativa del pretore e che abbia rappresentato un mezzo di difesa, ancora rudimentale ed imperfetto, di interessi individuali che avrebbero trovato successivamente tutela più adeguata nella azione. Questo modo di intendere la genesi storica e la funzione della *restitutio*, rispondeva, da un lato, alla convinzione che essa non avesse avuto altre applicazioni che quelle regolate negli editti pretori a noi noti attraverso la successiva tradizione ed elaborazione della giurisprudenza, e che in ogni caso si fosse, più o meno, verificato il fenomeno ipotizzato per il caso della repressione del *metus*, e, sia pure con minor certezza, del dolo: la concessione della *restitutio*, cioè, come precedente storico della tutela accordata più tardi mediante le azioni. D'altro lato esso si rifaceva a schemi concettuali ispirati alla indiscussa superiorità della tutela giurisdizionale, come conseguenza e riflesso del riconoscimento e dell'attribuzione di diritti subbiettivi, di fronte ad altre meno perfette forme di protezione affidate all'arbitrio del magistrato.

Non è ancora il caso di discutere qui il secondo degli accennati problemi.

Quanto al primo, si può, invece, constatare che l'esame delle fonti repubblicane, mentre conferma, come s'è notato, l'antichità delle applicazioni della *restitutio*, non offre alcun appiglio per la surricordata ipotesi circa la sua formazione storica e conduce, anzi, ad escluderla nella maniera più certa.

La *restitutio* non è nata, infatti, per un'iniziativa del pretore, determinata dall'intento di tutelare posizioni individuali minacciate o compromesse da atti compiuti sotto l'effetto della violenza o del dolo, ma su un piano di esigenze e di rapporti di carattere pubblicistico, dinanzi a problemi politici determinati da fatti bellici, a complesse situazioni create dall'espansione e dall'azione politica generale di Roma, ed è nata per una germinazione spontanea ed

occasionale, per il gioco, come s'è detto, dei rapporti politico-costituzionali fra i vari organi dello Stato romano e dell'azione di questi nei confronti dei territori e delle popolazioni assoggettate e controllate.

Si ripensi per un momento ai provvedimenti di *restitutio* adottati da Scipione a favore dei Siracusani.

È, allo stato delle nostre conoscenze, il piú antico esempio di questo genere di provvedimenti, benchè nulla autorizzi ad affermare che esso non abbia precedenti nella storia di Roma. Comunque, è interessante rilevare come esso scaturisca con tutta spontaneità dalla situazione politico-costituzionale, dai fattori che in essa giocano, dalle convinzioni che ne determinano la soluzione. Nessuno sembra dubitare, fra gli attori della vicenda, che il Senato abbia il potere di ratificare o, viceversa, di rescindere gli atti compiuti dal magistrato e di confermare o distruggere le loro conseguenze giuridiche, anche quelle che interferiscono nella sfera dei rapporti privati. In questo legame politico-costituzionale fra magistrato e Senato è la prima radice della possibilità, nel caso concreto, di una *restitutio* a favore dei Siracusani, la cui pratica attuazione è affidata ancora al magistrato, esecutore della direttiva politica impartita dal Senato, ma titolare, egli, del potere necessario ad attuarla, e libero, perciò, di attuarla, anche se vincolato, come affermerà Scipione, dal rispetto della *publica fides*. Un delicato gioco, come si vede, di forze e di influenze, di concetti e di principî giuridico-politici, presenti e vivi, soprattutto, nella conoscienza degli uomini e nell'abito mentale della classe dirigente romana.

L'episodio illustrato da Livio consente, per la ricchezza di particolari, di illuminare in modo particolarmente efficace questi elementi. Ma non è a credere che siano diversi l'ambiente ed il clima in cui si concretano gli altri episodi consimili, cronologicamente di poco posteriori a quello liviano ed inquadrati in una situazione storica in gran parte simile. Anche negli episodi documentati dalla lettera di Flaminino ai magistrati di Ciretia, nel racconto di Polibio circa le vicende degli esuli spartani, nonchè, in un'epoca più recente, ma sul filo della stessa tradizione, nei senato-consulti *de Stratonicensibus* e *de Asclepiade*, si realizza un analogo gioco di forze e di istanze politiche, che si traduce in un'analoga esigenza giuridica.

Siamo ben lontani, dunque, dalla visuale, ristretta ed insufficiente, di una *restitutio* nata per la difesa ancor rudimentale di interessi individuali, in una fase pre-processuale, e perciò stesso imperfetta, di tale difesa.

La *restitutio*, in realtà, attua la costituzione, o la ricostituzione, di situazioni giuridiche, opera su un piano sostanzialmente normativo, cancellando gli effetti di atti giuridici in sè validi ed efficaci.

Lo strumento processuale può essere uno dei mezzi attraverso cui questo scopo si attua. Scipione restituisce i Siracusani, come s'è visto, anche *iudiciis redditis*; i magistrati di Ciretia (il documento epigrafico non lo dice, naturalmente, ma possiamo bene arguirlo) avranno dovuto anch'essi tradurre in atto mediante strumenti processuali il κρίνω δίκαιον εἶναι αποκαθίστασθαι αὐτοῖς di Flaminio. Ma questa direttiva di Flaminino, come il senatoconsulto relativo alle cose di Siracusa, *ut quod sine iactura rei publicae fieri posset, fortunis eius civitatis consuleret*, come quello relativo agli esuli di Sparta, *restitui iudiciaque facta tolli*, sono precedenti e presupposti del futuro, eventuale processo; in sè essi esprimono un comando giuridico.

Nè, del resto, lo strumento processuale sarà sempre necessario, per attuare la *restitutio*, come per attuare qualsiasi comando giuridico. Livio lascia intendere che le restituzioni ordinate da Scipione si sono realizzate in parte come diretta conseguenza degli editti da lui emanati. Ed anche più tardi, quando Metello si servirà della *restitutio* per riparare alcune delle malefatte di Verre in Sicilia, saranno convenuti dinanzi al magistrato solo coloro che non ottempereranno spontaneamente all'ordine di restituzione dei beni di Eraclio, e solo contro di loro sarà necessario ricorrere alla *ductio* (175).

Nata, così, sul terreno pubblicistico, e con funzione sostanzialmente creativa di una situazione giuridica, la *restitutio* mantiene l'originaria ispirazione anche nelle più recenti applicazioni all'epoca repubblicana. Se pure non si tratti più di porre riparo a situazioni create da eventi bellici o da contrasti politici interni di comunità dominate da Roma (ma questo fattore ancora determina, in ogni modo, più o meno immediatamente, provvedimenti restitutori abbastanza recenti, come il senatoconsulto *de Stratonicensibus* ed il senatoconsulto *de Asclepiade*), la *restitutio* si rivela ancora, tuttavia, come uno strumento destinato ad innovare, per fini di carattere generale, una situazione giuridica precostituita, ed ancora il suo uso è il risultato di un gioco di fattori politici e di forze di potere.

(175) Cic., *Verr.*, 2, 2, 26, 63.

Così vediamo, per esempio, applicata la *restitutio* in Sicilia, da Verre, con un'ispirazione essenzialmente politica, per il controllo dell'attività dei giudici locali. Non interessa, in questa prospettiva, l'uso illecito che Verre può aver fatto di tale delicato strumento; non interessa neppure stabilire quanto possa esservi di tendenzioso e di forzato nell'interpretazione ciceroniana. Importa, invece, rilevare che il controllo e la revisione delle sentenze dei giudici costituiscono, in linea di principio, essenziale e necessaria manifestazione del potere di governo del magistrato romano, e che di tale potere la *restitutio* è attuazione.

Così vediamo, più tardi, la *restitutio* usata, ancora in Sicilia, contro lo stesso Verre, per distruggere le inique conseguenze della sua opera di governo, o in Asia, nel caso della *restitutio* contro Deciano o nella vicenda di Eraclide. Ed anche in tutti questi casi si tratta di provvedimenti, che, per quanto colpiscano atti di natura privata, come i contratti conclusi da Deciano e da Eraclide, conservano un fondamento pubblicistico ed un'ispirazione politica, ravvisabile ancora nell'esigenza di controllo dell'opera del magistrato (Eraclide invoca la *vis* di Flacco, che avrebbe viziato la pronuncia dei *recuperatores*), o, più largamente, degli stessi cittadini romani nei loro rapporti con le popolazioni provinciali (come nel caso di Deciano).

Su questi moventi spiccatamente pubblicistici s'innesta, è vero, qualche elemento più caratteristicamente privatistico, quale l'affermazione della non obbligatorietà del negozio contrario alla buona fede, contenuta, secondo la nostra ipotesi, nell'editto asiatico di Scevola e suscettibile di aprire l'adito, in certi casi, anche ad una *restitutio*. Ma, come abbiamo visto, questo elemento resta, nel quadro delle applicazioni dell'istituto in epoca repubblicana alquanto marginale ed episodico; di esso è incerto l'ambito di applicazione e solo più tardi, nella più matura disciplina dell'istituto in epoca imperiale, esso avrà un più organico sviluppo.

Certo anche per riflesso dell'impronta e dell'ispirazione pubblicistica a cui si è ora accennato, la *restitutio* repubblicana appare ancora lontana dall'inquadramento in schemi fissi e tanto più da una sistematica precisa.

Abbiamo più volte sottolineato, nelle pagine precedenti, che nessuna delle figure di *restitutio* che s'incontreranno nella più tarda disciplina pretoria dell'istituto può essere con sicurezza identificata nelle applicazioni dell'età repubblicana.

Per certi aspetti tale mancanza appare addirittura strana. È singolare, ad esempio, che nessuno dei passi esaminati si riferisca a quella *restitutio* dei minori, che sarà, invece, per quanto si può giudicare dai resti della giurisprudenza imperiale, al centro dell'attenzione dei giuristi nei secoli successivi. Ciò non significa necessariamente che questa figura di *restitutio* fosse del tutto ignota in epoca repubblicana; può darsi che la mancanza di riferimenti testuali sia un fatto occasionale. Ma è, quanto meno, da escludere che essa formasse oggetto di una specifica ed organica disciplina, che non sarebbe rimasta completamente senza eco, almeno in scritti di autori dell'ultimo periodo repubblicano, non insensibili ai problemi ed ai fatti giuridici, come Cicerone. E non si può a meno di ritenere che il completo silenzio delle fonti repubblicane a questo riguardo costituisca un ulteriore indizio dell'importanza prevalentemente pubblicistica che l'istituto conservava in questa fase della sua storia e dello scarso rilievo di applicazioni di natura più propriamente privatistica, quali appunto quella a favore dei minori.

Per quanto riguarda le altre figure di *restitutio*, si possono fare analoghe osservazioni.

Della restituzione a favore degli *absentes rei publicae causa* si ha un importante esempio nel senatoconsulto *de Asclepiade*; ma essa si presenta, come s'è visto a suo luogo, con caratteri notevolmente diversi da quelli che la distingueranno nell'editto pretorio e nei commenti della giurisprudenza, sicchè l'esistenza di un editto in materia è, alla luce del senatoconsulto, addirittura da escludere.

Della *restitutio propter dolum* e di quella *propter metum* si possono vedere applicazioni, più o meno sicure, nei passi dell'orazione *Pro Flacco* relativi alle vicende di Deciano e di Eraclide; ma né l'uno né l'altro fanno pensare, come s'è già avuto modo di porre in rilievo, all'esistenza di una disciplina edittale della materia; anzi questa è senz'altro da escludere, posto che in uno dei due casi in questione si critica il magistrato proprio per aver provveduto nei confronti di Deciano con un decreto ed in mancanza di un editto, e nell'altro la varietà stessa delle decisioni adottate, anche a breve distanza di tempo e nello stesso ambiente provinciale, esclude, nonchè l'esistenza di un editto, anche quella di una prassi chiaramente formata e costante.

In definitiva l'applicazione della *restitutio*, ancora verso la metà dell'ultimo secolo della Repubblica appare interamente lasciata alla libera valutazione dei magistrati, non senza l'intervento, in qual-

che caso, dello stesso Senato, come testimonia la vicenda di Deciano, nonchè dei comizi per le materie penali. E se si andavano delineando alcuni presupposti tipici dei provvedimenti magistratuali, quali l'assenza, il *metus*, il dolo, non si trattava ancora, tuttavia, di figure oggetto di una precisa definizione normativa e tanto meno di un'elaborazione giurisprudenziale.

Libera era, poi, anche l'attività del magistrato per quanto riguardava la forma ed il modo della *restitutio*.

Nel caso della *restitutio* di Eraclide incontriamo una serie di esempi di quello che viene considerato lo schema classico dell'attività restitutoria, cioè, di decreti del magistrato che accolgono (come nell'ultima fase della vicenda, innanzi al *praetor peregrinus* in Roma), o promettono di accogliere (come nel decreto di Q. Cicerone), o rigettano (come nel decreto del legato Gratidio) l'istanza dell'interessato, aprendo o negando, così, l'adito all'esperimento di quell'azione che nelle fonti più tarde sarà chiamata rescissoria.

Anche in altri dei casi di *restitutio* sopra esaminati questo schema trova riscontro, con maggiore o minore precisione, e secondo le particolarità del caso. Così quando Verre rescinde la sentenza pronunziata contro il centuripino Eraclio (Verr. 2, 2, 26, 66), è presumibile, per quanto Cicerone non lo dica, che la questione dovesse essere nuovamente esaminata da altro giudice nominato dal governatore, come ad un nuovo processo dà luogo la rescissione della sentenza assolutoria di Sopatre di Alicia (Verr. 2, 2, 28, 68 e ss.), Ma, come si è già osservato, non è detto che la fase processuale fosse sempre il necessario sbocco del provvedimento di *restitutio*. Le restituzioni di Metello a favore delle vittime di Verre, ad esempio, danno solo in alcuni casi luogo ad un'azione che si conclude con la *ductio* dei convenuti (Verr. 2. 2, 26, 63).

Per concludere, da tutti i punti di vista e sotto tutti gli aspetti la *restitutio* ci appare anocra, sul finire dell'età repubblicana, in uno stato di fluidità, che è il riflesso del suo carattere pubblicistico e della corrispondente ampiezza di poteri dei magistrati che se ne servono.

Da queste considerazioni converrà prendere le mosse per la successiva ricerca sull'ulteriore storia dell'istituto.

PAOLO COSENTINO

OSSERVAZIONI IN TEMA DI *MANDATUM* E DI *DELEGATIO*

(Contributo alla dogmatica della delegazione di credito in diritto romano) (*)

I.

1. Fino alla seconda metà del secolo scorso, com'è noto, la dottrina romanistica corrente (1), sulle orme del Cuiacio (2) e del Donel-

(*) Il presente lavoro rappresenta una parte, o per dir meglio un estratto, di un disegno molto più vasto ed ambizioso, che pressanti impegni di natura professionale non mi hanno ancora consentito di condurre a termine. Era infatti — e lo è tuttora — mio intendimento quello di indagare, attraverso l'esame dei numerosissimi testi che ne recan menzione, il problema del *iussum* delegatorio ed in particolare dei suoi rapporti col *mandatum* e ciò tanto nella *delegatio* propriamente detta quanto nella delegazione di pagamento e nella delegazione a dare. Si trattava, in sostanza, di un ampliamento ed approfondimento dell'ultima parte della mia dissertazione di laurea, relativa ai rapporti in generale tra *iussum* e *mandatum* in diritto classico, che ebbe a suo tempo, nell'anno 1962, l'immeritato riconoscimento, sia pure « formale », della dignità di pubblicazione. I successivi impegni di studio e di lavoro mi hanno costretto a differire lontano nel tempo l'ambizioso progetto, al quale tuttavia non rinuncio: e quasi come arra ed anticipazione del divisato lavoro mi accingo ora a pubblicare queste brevi osservazioni sui rapporti tra mandato e delegazione di credito, che costituiscono un pò il germe di ogni mia futura ricerca in materia.

Con animo devoto e sinceramente riconoscente mi permetto di dedicare questo modesto frutto della mia passione per il diritto romano al professor Emilio Betti, che mi fu relatore in sede di laurea e che mi ha poi di continuo incoraggiato, con la Sua opera e con la Sua parola, a proseguire lungo la via di quegli studi, nei quali Lo riconosco come unico ed amatissimo Maestro.

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten* (8ª ed., Frankfurt a.M. 1900), 2, 755, n. 8a (trad. Fadda e Bensa, Torino 1904, 2, 2 185, n. 8a) e von VANGEROW, *Pandekten* (3ª ed., Marburg u. Leipzig 1876), 375.

(2) Cfr. CUIACIUS, *Paratitla in tit. cod. de nov. et del.* (ed. Neapolis 1758, t. IX, 1282 E).