

I SACRAMENTA NELLE LEGIS ACTIONES: DA UN PROCESSO “DIVINO” A UN PROCESSO LAICO¹

Fecha de recepción: 6 de abril de 2018 / Fecha de aceptación: 6 de junio de 2018

Federica Bertoldi
Università degli Studi di Roma Tre
federica.bertoldi@uniroma3.it

Sommario: Il tratto più significativo del processo privato romano arcaico è costituito dal collegamento della decisione della lite a un giudizio che aveva carattere religioso, in ragione della stretta correlazione del *ius* con il *fas*. Il termine *ius* esprime valori religiosi, quando è collegato con il *fas* che, in tale caso, indica l’approvazione divina di una condotta umana. Pertanto, la sentenza non verteva sulle ragioni giuridiche delle parti, ma doveva stabilire la conformità o meno al *ius* del *sacramentum*. Quest’ultimo era in origine un giuramento solenne che coincideva con un atto religioso, posto in essere da ciascuna parte, la quale realizzava in tal modo un contatto con la divinità e si rendeva partecipe della sua forza. Emerge dalle fonti come le *legis actiones in rem* e *in personam* delle origini fossero improntate a una struttura dove la religione svolgeva un ruolo preponderante. In una fase successiva, i sacerdoti interpreti delle volontà divine formularono le loro valutazioni utilizzando anche ragionamenti razionali: già con le XII tavole le *legis actiones* subirono un cambiamento verso un processo più improntato a un giudizio di tipo laico.

Parole chiave: processo privato; *ius*; *fas*; *sacramentum*; *legis actio sacramenti in rem*; *legis actio sacramenti in personam*.

Abstract: The most significant feature of the archaic Roman private process is the linking of the decision of the litigation to a judgment that was religious in nature, due to the close correlation of the *ius* with the *fas*. The term *ius* expresses religious values, when it is connected with the *fas* which, in this case, indicates the divine approval of a human conduct. Therefore, the sentence did not focus on the legal reasons of the parties, but had to establish conformity or not with the *ius* of the *sacramentum*. The latter was originally a solemn oath that coincided with a religious act carried out by each side, which thus created contact with the divinity and became a participant in its power. It emerges from the sources that the *legis actiones in rem* and *in personam* of the origins were based on a structure where religion played a preponderant role. At a later stage, the priests who interpreted the divine will formulated their evaluations using rational reasoning: already with the XII tables, the

¹ Il presente testo riproduce, con l’aggiunta delle note, la relazione svolta al III Congresso Internazionale Cattedra Innocenzo III, Giustizia e processo. Linee evolutive e percorsi giuridici nella Storia del diritto, tenutosi a Murcia nei giorni 29-30 novembre, 1 dicembre 2017.

legis actiones underwent a change towards a process more marked by a judgment of a secular type.

Keywords: private process; *ius*; *fas*; *sacramentum*; *legis actio sacramenti in rem*; *legis actio sacramenti in personam*.

1. LE LEGIS ACTIONES SACRAMENTI.

Le forme di azione appartenenti al periodo arcaico sono le *legis actiones*, che rappresentano la prima forma nota di processo privato². Le *legis actiones* più antiche sono la *legis actio sacramenti* (nelle due varianti: *in rem* e *in personam*) e la *manus iniectio*. La loro origine non è databile con precisione³: comunque per lungo tempo i Romani ebbero a disposizione solo queste azioni.

L'espressione *legis actio*⁴ è attestato per la prima volta da Plauto (458 a.C.)⁵. Pertanto, secondo l'interpretazione prevalente, almeno in origine, al termine *lex* non si deve attribuire il significato di *lex publica*, ma quello di *certa verba* vale a dire “pronunzia imperativa e solenne giuridicamente rilevante”⁶. Anche il termine *actio*

² CANNATA, C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le legis actiones*, Torino 1980, p. 11.

³ Cfr.: NICOSIA, G., *Il processo privato romano*, III, *Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, I, Catania 2012, pp. 7-10.

⁴ La forma verbale corrispondente, ‘*lege agere*’, pare più antica (PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 62). Secondo il BRUTTI, M., *Il diritto privato nell'antica Roma*³, Torino, 2015, pp. 586-587, «l'ablativo *lege* (“per mezzo di legge”) indica uno strumento dell'*agere*. Questo strumento è proprio la procedura solenne e inderogabile che occorre seguire per tutelare il proprio interesse. Procedura costituita essenzialmente dalla pronuncia di parole predeterminate (*certa verba*), provenienti dai *mores* e dalla elaborazione dei pontefici. Il sintagma rinvia ad un significato remoto di *lex*, come dichiarazione verbale vincolante, di cui abbiamo una reminiscenza nella categoria degli *actus legitimi*, riferita ad atti che implicano il formalismo delle parole, o nella nozione di *leges mancipii* (le clausole della *mancipatio*) ed in alcune sparse formulazioni usate dai giuristi: ad esempio *iure legitimo stipulatio interposita*, in Ulpiano, ... Dunque, ... nel *lege agere* l'elemento decisivo è l'osservanza scrupolosa del rito, che ha l'effetto di determinare conseguenze giuridiche e che viene prima sia delle Dodici Tavole sia delle *leges publicae*. L'osservanza si esprime attraverso una ripetizione di comportamenti stilizzati. Esattamente come avviene, dall'età più antica, nell'esperienza religiosa».

⁵ Plaut. *Aul.* 458-459: EUC. *Lege agito mecum; molestus ne sis. Ei, cenam coque, aut abi in malum cruciatum ab aedibus.*

⁶ SANTORO, R., «Potere e azione nell'antico diritto romano», in *AUPA* 30 (1967), p. 294; ALBANESE, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, p. 13; MAROTTA, V., «Il diritto privato», in *Storia giuridica di Roma*, ed. SCHIAVONE, A., Torino 2016, p. 47. Secondo il NICOSIA, G., *Nuovi profili di diritto privato romano*⁶, Catania 2013, p. 126, “il significato del termine *lex* era

rinvierebbe al compimento di atti dispositivi solenni, caratterizzati dalla pronuncia di determinate parole non mutabili ad arbitrio di chi le pronuncia⁷. Di conseguenza il termine *legis actio*, in antico, si pone in relazione a qualunque atto dispositivo giuridico, religioso e rituale. Le *legis actiones* infatti comportano la pronuncia di formulari solenni, accompagnati dal compimento di specifici gesti⁸. Le formule e i gesti devono essere esattamente adoperate per riprodurre l'azione sacra che raffigura l'azione dei miti secondo i *mores*⁹.

In una fase più antica il *rex* sovrintendeva l'intero processo fino alla sentenza¹⁰: a lui infatti spettava, in quanto sacerdote, anche il giudizio sui *sacramenta*¹¹. Tuttavia a partire presumibilmente da Servio Tullio si sarebbe introdotta una bipartizione della struttura del processo privato¹².

quello originario di 'pronuncia di *certa verba*' che produceva determinati effetti giuridici, significato che per altro rimase persistente fino a tardi nel linguaggio giuridico anche in riferimento ad altri campi, indicandosi con *lex* una dichiarazione con effetti impegnativi proveniente da privati (così in riferimento alle disposizioni testamentarie, *leges testamento dictae*, così, ancor più frequentemente, in riferimento alle clausole contrattuali, *leges contractui dictae*, quali le numerose *leges locationis* o *leges venditionis*, come ad es. la *lex commissoria*). L'espressione *lege agere* equivaleva ad *agere certis verbis*, *agere* per mezzo (*lege* è ablativo strumentale) della 'pronuncia di parole precisamente determinate', quindi compiere le prescritte attività gestuali (*agere*) intrecciandole con la coerente pronuncia delle parole stabilite".

⁷ Liv. 1,41,5; Cic. *de rep.* 2,21,38.

⁸ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 296.

⁹ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 357.

¹⁰ Cic. *de rep.* 5,2,3.

¹¹ LÉVY-BRUHL, H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, p. 31; ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 13.

¹² Dion. Hal. 4,25,2; 4,36,2. Cfr.: ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 23; p. 106, n. 366; p. 13; NICOSIA, G., *Il processo privato romano, I, Le origini*, Torino 1980, p. 45; FASCIONE, L., *Il Mondo nuovo. La costituzione romana nella storia di Roma arcaica di Dionigi di Alicarnasso*, II, Napoli, 1993, pp. 35-36; SERRAO, F., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma, I, Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, p. 429; ORTU, R., «Alle origini del *iudicium privatum*», in *Il giudice privato nel processo civile romano*, ed. GAROFALO, L., I, Padova 2012, pp. 148-149; PELLOSO, C., «Giudicare e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8», in *Il giudice privato nel processo civile romano*, ed. GAROFALO, L., I, Padova 2012, pp. 99-100; GUIDA, G., «*Ius dicere e iudicare. Iurisdictio* del magistrato e poteri del giudice», in *Il giudice privato nel processo civile romano*, ed. GAROFALO, L., III, Padova 2015, p. 13.

La prima parte che verrà detta fase *in iure* si sarebbe svolta davanti al *rex*¹³ e solo con l'avvento della repubblica, davanti a un magistrato¹⁴.

La seconda fase, che verrà detta *apud iudicem*, veniva celebrata dinnanzi inizialmente ai pontefici¹⁵, che avevano il controllo dei riti, dei culti e di tutte le attività che avessero connessione con i *sacra* (ivi compresa l'attività di evitare che il *ius* non contrastasse con il *fas*) e solo in un secondo momento davanti ad un giudice privato cittadino, scelto dalle parti¹⁶.

La fase *in iure* serviva ad impostare la controversia, in quanto le parti assumevano posizione sull'oggetto della controversia attraverso i formulari delle *actiones*.

Mentre per la *legis actio sacramenti in rem* è nota la procedura *in iure*, per quanto riguarda quella *in personam* il manoscritto veronese di Gaio è muto¹⁷, a causa di una lacuna del Palinsesto Veronese¹⁸; tuttavia pare possibile arrivare a una ricostruzione della stessa attraverso l'analisi di altre fonti indirette.

¹³ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 24.

¹⁴ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., pp. 24-26.

¹⁵ Secondo il DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 44, "il potere di *ius dicere* ha una precisa affinità in quello che dev'essere il potere dei pontefici: rivelare alle parti quasi come il responso di un dio, la norma del singolo caso. L'arcaico diritto processuale ... è così pieno di elementi religiosi, è così stilizzato in rigide forme solenni rituali, da suscitare la viva impressione che esso abbia radici, come ordinamento giuridico, in un originario procedimento sacerdotale". Cfr.: NICOSIA, *Il processo privato romano* ... cit., I, p. 55: "le ... fonti non solo non parlano mai di *ius dicere* e *iuris dictio* in riferimento all'attività dei pontefici, ma, pur sottolineando l'importanza di tale attività, la configurano e qualificano come *iuris interpretatio*, ponendola chiaramente e correttamente su un piano di intervento, certo relevantissimo, ma diverso".

¹⁶ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 57.

¹⁷ BÖCKING, E., *Corpus iuris romani anteiustiniani*, Bonn 1837, p. 111; STUEMUND, G., *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, s.l. 1873, p. 192.

¹⁸ LUZZATTO, G.I., *Procedura civile romana*, I, Bologna 1948, pp. 123-128; AMBROSINO R., «La *legis actio sacramento in personam* e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari», in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1953, p. 251; LÉVY-BRUHL, H., «Le *sacramentum in personam*», in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1953, p. 15; FUENTESECA, P., «¿Existio la denominada *legis actio sacramento in personam*?», in *AHDE* 25 (1955), p. 544; LÉVY-BRUHL, H., *Recherches sur les actions de la loi* ... cit., p. 83; KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, p. 137; PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 298; LUZZATTO, «Rec. a FUENTESECA, *Investigaciones de Derecho procesal romano Salamanca, 1969*», in *SDHI* 36 (1970), pp. 480-481; KASER M. HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, p. 86.

2. IL SACRAMENTUM.

Prima di analizzare le rispettive procedure, pare utile sottolineare come il tratto più significativo del processo romano arcaico sia costituito dal collegamento della decisione della lite a un giudizio che aveva carattere religioso¹⁹, in ragione della stretta correlazione del *ius* con il *fas*²⁰.

Il termine *fas* richiama la religione, ciò che è consentito dagli dei, e del resto il termine *ius* sarebbe originariamente connesso con il sacro²¹.

Il termine *ius* pertanto esprime valori religiosi, quando è collegato con il *fas* che, in tale caso, indica l'approvazione divina di una condotta umana²² e che è finalizzato a ristabilire la *pax* con gli dei²³. Difatti, diritto e religione non sono nel periodo più arcaico concetti antitetici²⁴: non vi è una vera e propria distinzione tra religione, costume, morale e diritto²⁵. Pertanto, la sentenza non verteva sulle ragioni giuridiche delle parti, ma doveva stabilire la conformità o meno al *ius* del

¹⁹ Cfr.: ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 58.

²⁰ Sul ruolo assolto dalla religione nella struttura delle *legis actiones sacramenti in rem e in personam* si veda: NOAILLES, P., «*Vindicta*», in *RH* 19-20 (1940-41), pp.1-57; ID., *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris, 1948; pp. 45-90;; KASER, M., «Religione e diritto in Roma arcaica», in *Annali del Seminario giuridico* 3 (1948-49), pp. 92-96; NOAILLES, *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris, 1949, pp. 52-56; PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, pp. 48-50; SANTORO, *Potere e azione*, cit., pp. 216-222.

²¹ VOICI, P., «Diritto sacro romano in età arcaica», in *SDHI* 19 (1953), pp. 45-46. In proposito GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 25-28, afferma: «*fas* esprimerebbe ... il concetto generico del 'lecito' religioso; d'altra parte anche il *ius* primitivo sarebbe strettamente connesso col sacro, non solo per la materia, ma per la sua stessa provenienza. ... Si è pensato che *fas* possa indicare la liceità del dire e *ius* quella del fare, o, rispettivamente, la generica rivelazione della volontà divina fatta dal *rex* e questa stessa volontà rivelata in relazione a una controversia giudiziaria; o ancora: ciò che è consentito dagli dei e ciò che essendo stato accertato a seguito del giuramento giudiziario (*sacramentum*) è ugualmente conforme alla loro volontà»; prosegue poi l'autore: «*fas* è inteso come volontà degli dei e può venire ad acquistare un senso obiettivo, indicando non soltanto il lecito, ma anche ciò che gli dei vogliono, quindi la '*lex divina*'. Non si tratta dei singoli precetti del culto, che sono piuttosto espressi con *ius* (*ius pontificium*, *ius fetiale*, *ius augurum*, *ius religionum*), ma dei fondamentali doveri religiosi, insomma del *ius sacrum* complessivamente considerato». Cfr.: KASER, M., *Das Altrömische Ius*, Göttingen 1949, pp. 22-34.

²² SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 447.

²³ CATALANO, P., «Per lo studio del *ius divinum*», in *Studi e materiali di storia delle religioni* 33 (1962), p. 130.

²⁴ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 464.

²⁵ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 49.

sacramentum. Quest'ultimo, come emerge dal nome, era in origine un giuramento solenne che coincideva con un atto religioso²⁶, posto in essere da ciascuna parte, “quale supremo sigillo del proprio comportamento processuale”²⁷. La parte attraverso il *sacramentum* realizzava un contatto con la divinità e si rendeva partecipe della sua forza²⁸.

Il *sacramentum* si ritiene sia la più antica e solenne forma di giuramento²⁹, che riguardava la fondatezza della propria pretesa, una sorta di scommessa giurata il cui oggetto riguardava l'esistenza della causa vantata dall'attore³⁰; pertanto con esso le parti litiganti si vincolavano all'osservanza della lite giudiziaria³¹. Inoltre il *sacramentum*, se falso non solo implicava un'offesa alla divinità, ma comportava anche un disonore sociale, costituendo una reale remora per chiunque volesse affrontare un processo senza fondate ragioni³².

In un primo momento le parti dovevano depositare presso i pontefici o 5 pecore o 5 buoi, a seconda del valore del bene. In seguito alla legge Artenia Tarpeia del 455 a.C.³³, invece di animali si depositavano 50 assi per le controversie sulla proprietà di cose di valore inferiore ai 1000, e di 500 assi per le altre³⁴.

²⁶ LUZZATTO, *Procedura civile* ... cit., p. 105.

²⁷ GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., p. 120; ALBANESE, *Il processo privato*... cit., p. 58.

²⁸ SANTORO, «Potere e azione ... cit., pp. 207-208.

²⁹ GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., p. 120.

³⁰ ID., *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, p. 57.

³¹ DE MARTINO, *La giurisdizione* ... cit., pp. 46-47.

³² GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., p. 132.

³³ Cic. *rep.* 2,35,60: ...Gratamque etiam illam legem quarto circiter et quinquagesimo anno post primos consules de multa et sacramento Sp. Tarpeius et A. Aternius consules comitiis centuriatis tulerunt. Annis postea XX ex eo, quod L. Papirius P. Pinarius censores multis dicendis vim armentorum a privatis in publicum averterant, levis aestumatio pecudum in multa lege C. Iulii P. Papirii consulum constituta est. Gell. 11,1,2: Coniectare autem possumus ob eandem causam, quod Italia tunc esset armentosissima, multam, quae appellatur ‘suprema’, institutam in singulos dies duarum ouium, bovum triginta, pro copia scilicet bovum proque ovium penuria. Sed cum eiusmodi multa pecoris armentique a magistratibus dicta erat, adigebantur boves ovesque alias pretii parvi, alias maioris, eaque res faciebat inaequalem multae poenitionem. Idcirco postea lege Aternia constituti sunt in oves singulas aeris deni, in boves aeris centeni. Si veda: ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, estr. dall' *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1912, 200.

³⁴ Festus, (L. 268; 270): Peculatus furtum publicum dici coeptus est a pecore, quia ab eo initium eius fraudi esse coepit, siquidem ante aes aut argentum signatum ob delicta poena gravissima erat duarum

Secondo il Cannata, “*in epoca antica la somma doveva essere depositata da entrambe le parti prima del giudizio, ma poi, per una riforma democratica, si ammise che solo la parte soccombente pagasse, a giudizio avvenuto*”³⁵.

In età arcaica dunque non v’era una *summa sacramenti* in danaro, ma si impiegavano animali sacrificali³⁶. Pertanto in origine ciò che entrambe le parti depositavano presso il tempio non era denaro o metallo non coniato, ma una certa quantità di animali che restavano ai sacerdoti, quali oggetti “consacrati” agli dei, per essere offerti al sacrificio³⁷.

Quanto detto si accorda bene con il significato primario attribuibile a *sacramentum*, vale a dire un atto che implica una consacrazione (*sacratio*) realizzata mediante un giuramento (*ius iurandum*)³⁸. Il *sacramentum* si trova nei confronti del *iusiurandum* in un rapporto tra mezzo e fine, come è evidenziato da Festo:

Festus (L. 466): Sacramento dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita actum est. ...

Festus (L. 468): ... Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus divinis.

In sostanza, “il *sacramentum* è la *sacratio* del *iusiurandum*, ossia quel momento rituale attraverso il quale il soggetto, realizzato il rapporto con la divinità, può partecipare della sua forza e rafforzare, perciò, il *ius* asserito, confermare ... la legittimità di quel comportamento ... cui si riferisce la sua pronunzia, sanzionata dal

ovium et triginta bovum e<am> lege<m> sanxerunt T. Menenius Lanatus et P. Sestius Capitolinus consules. Quae pecudes, postquam aere signatum uti coepit populus Romanus, Tarpeia lege cautum est, ut bos centusibus, ovibus ducusibus aestimaretur.

³⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 16.

³⁶ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 17.

³⁷ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 60.

³⁸ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 60.

giuramento”³⁹. Il *sacramentum* è strettamente legato alla sfera divina (‘*consumere in rebus divinis*’)⁴⁰.

In sostanza ciascuna parte si dichiarava pronta a rimettere la sorte della lite al giudizio di entità soprannaturali⁴¹. Presumibilmente venivano interpretati gli *auspicia*, tramite l’osservazione del volo degli uccelli, oppure si procedeva all’esame divinatorio delle viscere degli animali stessi⁴².

Probabilmente col tempo, in una fase più avanzata, i sacerdoti interpreti delle volontà divine devono aver formulato le loro valutazioni utilizzando anche ragionamenti razionali.

In ogni modo, essendo il *sacramentum* un giuramento, forse spettava ai pontefici tanto il giudizio sul *sacramentum* stesso, quanto la riscossione della somma⁴³, come emerge da Varrone:

Varr. *de ling. lat.* 5,180: “Si es<t> pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro; qui[s] petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus ut<e>r[i]que quingenos aeris ad pont<ific>em deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.”

Secondo Varrone, il denaro che si versava come deposito giudiziario nei processi si chiamava *sacramentum*, da sacro⁴⁴. L’attore e il convenuto depositavano nelle mani del pontefice gli assi previsti per il tipo di causa. Colui che nel giudizio risultava vincitore riprendeva dal deposito ciò che aveva versato, mentre la somma

³⁹ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 209.

⁴⁰ Quanto detto sembra confermato pure da Cicerone: Cic. *de off.* 3,29,104: ...Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi; est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. ... Il giuramento è un’affermazione religiosa e si richiama la tutela della giustizia.

⁴¹ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 61.

⁴² LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* ... cit., pp. 74-75; ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., pp. 61-62.

⁴³ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 17.

⁴⁴ Cfr.: PUGLIESE, *Il processo civile romano* ...cit., I, pp. 52-53.

del soccombente passava all'erario. È chiaro che solo col prevalere di un processo laico, la somma venne riscossa dall'*aerarium*, la cassa dello stato.

3. LA PROCEDURA DELLA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM RELATIVA A BENI MOBILI: GAI. 4,16.

A questo punto pare utile sottoporre a esame singole fonti che coordinate tra di loro permettono di ricostruire la procedura tanto della *legis actio sacramenti in rem* quanto di quella *in personam*. In sostanza la finalità è quella di ricostruire i momenti essenziali di queste due *legis actiones* per poter individuare in esse caratteri di ordine sacrale.

Partendo dalla prima, la *legis actio sacramenti in rem*, questa serviva per le controversie relative alla proprietà di un bene⁴⁵.

La struttura variava a seconda che la cosa fosse mobile, e quindi potesse essere portata *in ius*, ovvero fosse immobile; in quest'ultimo caso, come vedremo, la presenza della cosa *in iure* comportava che il *rex* (e in seguito il magistrato) si recasse personalmente sul fondo controverso⁴⁶. Solo in seguito fu sufficiente portare una zolla davanti al magistrato.

Il procedimento, nelle controversie circa cose mobili, lo conosciamo dalle Istituzioni di Gaio, che lo descrive in modo assai particolareggiato, con riferimento alla rivendica della proprietà di uno schiavo⁴⁷:

Gai. 4,16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat:

⁴⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 13.

⁴⁶ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 13.

⁴⁷ GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., 103; CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, pp. 13-16; KASER, M., «Über 'relatives Eigentum' im altrömischen Recht», in ZSS 102 (1985), 5-7; ID., «Zur *legis actio sacramento in rem*», in ZSS, 104 (1987), 54-84; CORBINO A., «La struttura dell'affermazione contenziosa nell'*agere sacramenti in rem* ('*secundum suam causam*' in Gai. 4,16)», in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 142-163; KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ... cit., pp. 89-100.

HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; SECUNDUM SUAM CAUSAM⁴⁸, SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM⁴⁹ IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant; qui prior vindica<verat, ita alterum interroga>bat: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; Ille respondebat: IUS FECI, SICUT VINDICTAM INPOSUI: deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; scilicet <si de re M aeris plurisque agebatur, D, si de minoris> L asses sacramentum nominabant; deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituere, eumque iubeat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.

Le parti, *prior vindicans* e *adversarius*, erano dunque *in iure*, nel tribunale del *rex*, alla sua presenza. Più precisamente Gaio impiega i termini *qui vindicat* e *adversarius*, in quanto le parti erano in posizioni processuali uguali⁵⁰ dal punto di vista formale⁵¹.

⁴⁸ Tale lettura è suffragata dalla sigla di Probo: Prob. 4, 6: S. S. C. C. S. D. E. T. V. secundum suam causam sicut ecce tibi vindicta. Cfr.: NOAILLES, *Fas et Jus* ... cit., 66-75; ID., *Du Droit sacré* ... cit., 94-97; PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, p. 278; SANTORO, «Potere e azione ... cit., pp. 264-285; ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 66; CORBINO, «La struttura dell'affermazione ... cit., pp. 141-145.

⁴⁹ Secondo il NOAILLES, *Fas et Jus*, ... cit., 52-65; 74-75, il termine *vindicta* avrebbe designato non la *festuca*, ma la *vis dicta* e la sua *causa* sarebbe stata il rito della *vindicatio*, compiuta con la pronuncia della formula vindicatoria. Cfr. le critiche del SANTORO, «Potere e azione ... cit., pp. 265-269.

⁵⁰ Relativamente alla posizione del *prior vindicans* cfr.: CANNATA, C.A., «*Qui prior vindicaverat*: la posizione delle parti nella *legis actio sacramenti in rem*», in *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, pp. 83-96.

⁵¹ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., pp. 61-62.

Le parti erano munite di una *festuca*, che rappresentava originariamente un simbolo di forza in una vicenda di potere, espressione di un impiego magico⁵². La *festuca* appare come *signum iusti domini*⁵³. Era inoltre presente la cosa controversa⁵⁴.

Ora il *prior vindicans* era la persona che con una mano, afferrava la cosa; quindi, mentre poneva sopra la cosa stessa la *festuca* che impugnava con l'altra mano⁵⁵, diceva:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio.

Vale a dire, “afferma che questo schiavo è mio per diritto dei Quiriti”. La locuzione ‘*meum esse aio*’ esprime, secondo il Santoro, un potere che si crea nel momento della pronuncia delle parole⁵⁶.

Secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposuit.

“In conformità con la sua causa, così come ho detto, ecco che vi pongo sopra la mia lancia”. Questa rappresentava il simbolo della forza guerriera⁵⁷ e della personalità virile e aveva anche una sorta di “virtù magica”⁵⁸. La causa costituiva la ragione della *vindicatio* indicando il fatto che la cosa apparteneva al *vindicans*.⁵⁹ La precedente locuzione ‘*meum esse aio*’ esprime un potere che è giustificato da un gesto consistente nella *inpositio vindictae*⁶⁰.

⁵² SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 279.

⁵³ «Potere e azione ... cit., p. 280. *Contra*: LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi ... cit.*, pp. 57-79.

⁵⁴ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 13.

⁵⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 14.

⁵⁶ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 365.

⁵⁷ MACCORMACK, G., «Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law», in *TR* 37 (1969), p. 448.

⁵⁸ GIOFFREDI, *Diritto e processo ... cit.*, p. 109.

⁵⁹ Sul significato del termine ‘*causa*’ la dottrina non è concorde; sul punto v. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., I, pp. 278-281.

⁶⁰ SANTORO, «Potere e azione ... cit., pp. 365-366.

L'*adversarius*, dopo il *prior vindicans*, “parlava e gestiva allo stesso modo”⁶¹. Secondo il Santoro, “la *contravindicatio* ha la funzione di impedire ... un atto di concreto esercizio della potestà, mirando essa stessa a realizzarlo”⁶².

Entrambi i litiganti si richiamano a un ordine che è stato messo in discussione e che si vuole restaurare⁶³. Si comprende che le parole e i gesti visti sono atti realmente impegnativi perché sono atti che si compiono sotto la minaccia del giudizio degli dei⁶⁴.

L'affermazione iniziale è dunque identica per entrambe le parti: entrambi afferrano la cosa, con un atto materiale e intanto dicono: ‘*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*’, vale a dire: “Affermo che questo schiavo è mio per diritto dei Quiriti”⁶⁵. Tali parole contengono un'affermazione solenne di proprietà⁶⁶ non nei confronti della controparte, ma in assoluto, nei confronti di chiunque; tale asserzione è propriamente una *vindicatio*, vale a dire la pronuncia di una formula solenne e religiosa (nella quale è contenuta un'affermazione “solenne” e “formale” di proprietà)⁶⁷, accompagnata da corrispondenti gesti rituali⁶⁸.

Le parti, *prior vindicans* e *adversarius*, aggiungono: “come ho detto ecco io ho imposto la mia *vindicta*, la mia lancia, dirigendola verso di te”. L'imporre l'arma sulla cosa indirizzandola verso l'avversario, sembrerebbe esprimere l'intenzione della parte a battersi contro l'altra a difesa della cosa.

Dal momento che le parti hanno esaurito le due *vindicatioes*, esse si trovano pertanto “in situazione di materiale contesa”: sono passate alle vie di fatto⁶⁹. L'adempimento del rituale divino da parte dei litiganti è interrotto dall'intervento del

⁶¹ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 14.

⁶² SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 409.

⁶³ CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 379.

⁶⁴ GIOFFREDI, *Diritto e processo ... cit.*, p. 110.

⁶⁵ Cfr.: CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 14.

⁶⁶ LÉVY-BRUHL, *Recherche sur les actions de la loi ... cit.*, p. 38.

⁶⁷ SANTORO, «Potere e azione ... cit., pp. 358; 364; CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 14.

⁶⁸ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 322.

⁶⁹ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 16.

rex o del magistrato⁷⁰. Infatti questi deve intervenire, a tutela della pace pubblica, pronunciando le parole⁷¹:

Mittite ambo hominem.

“Lasciate entrambi lo schiavo”. Fino a questo momento abbiamo assistito ad una lite; l’ordine stabilisce che la forza non è il modo accettabile per la *civitas*. Infatti la via da seguire è quella del processo; questo dato esclude categoricamente che in epoca, anche arcaica, ci fosse un’ordalia⁷², una sorta di duello giudiziario, come sostiene un parte della dottrina⁷³.

Le due parti obbediscono: lasciano la presa e calano le armi.

Proseguono però le contestazioni verbali, che vertono sulla causa e non sulla proprietà in sé. Colui che aveva fatto per primo la *vindicatio* interroga l’*adversarius* con queste parole⁷⁴:

Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

“La causa, sulla quale hai basato la tua *vindicatio*, falla esplicita”⁷⁵, vale a dire ti invito a dichiarare in forza di quale causa hai fatto la tua *vindicatio*⁷⁶. Tale richiesta rivolta al *contravindicans* è un invito a riflettere sulla liceità del comportamento⁷⁷. Essa implicava anche la possibilità di una mancata risposta⁷⁸, con la conseguenza che il procedimento potesse chiudersi così, senza la sfida al *sacramentum*⁷⁹.

⁷⁰ Cfr.: CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* ... cit., I, p. 377.

⁷¹ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 16.

⁷² FREZZA, P., «Ordalia e *legis actio sacramento*», in AG 142 (1952), pp. 86-87; FIORI, R., «Ordalie e diritto romano», in *Iura* 65(2017), p. 128.

⁷³ Per una completa illustrazione di detta letteratura v.: FIORI, «Ordalie ... cit.», pp. 2- 32.

⁷⁴ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 16; ID., *Per una storia* ... cit., I, p. 57.

⁷⁵ CANNATA, *Per una storia* ... cit., I, p. 57.

⁷⁶ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 16; ID., *Per una storia* ... cit., I, p. 57.

⁷⁷ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 444.

⁷⁸ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 371.

⁷⁹ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 323.

Se il processo continuava l'*adversarius* rispondeva di aver fatto, quando rivendicava, “*cosa conforme al diritto*”⁸⁰:

Ius feci sicut vindictam imposuit.

“Imponendo la lancia ho agito conformemente a diritto, cioè per una causa giusta”⁸¹. Ciò significa affermare la legittimità del comportamento e la sua corrispondenza all’ordine divino⁸². Con le parole ‘*ius feci*’ l'*adversarius* afferma la liceità della sua azione, senza darne prova⁸³; il soggetto intende ribadire che ha esercitato la sua forza rituale⁸⁴, che si atteggiava in senso religioso. In sostanza la parola *ius* pare indicare la forza che deriva dal contatto del soggetto con il divino⁸⁵, giusta “in quanto approvata dall’alto”⁸⁶. Da ciò deriva il ricorso a un mezzo di prova di tipo sacrale⁸⁷ e quindi, in un periodo meno arcaico, il *vindicans* rispondeva con un tono di sfida:

Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco.

“E invece no, la tua *vindicatio* non era conforme al diritto, cioè la tua *causa* non è giusta e io ti sfido con un giuramento (di 500 assi)”⁸⁸. Il termine *provoco* non ha lo stesso significato del termine *provocatio ad populum* del processo penale, ma quello di sfida⁸⁹. Queste parole comportano un invito al convenuto a corroborare la propria *vindicatio* invocando la testimonianza divina⁹⁰.

⁸⁰ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 16.

⁸¹ Cfr.: CANNATA, «*Qui prior vindicaverat ... cit.*, p. 87.

⁸² Cfr.: GIOFFREDI, *Diritto e processo ... cit.*, p. 55-56; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà ... cit.*, I, p. 380; CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 16; ID., *Per una storia ... cit.*, I, p. 58.

⁸³ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 466. Cfr.: LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi ... cit.*, pp.53-59.

⁸⁴ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 221.

⁸⁵ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, (rist. 2001), Paris 1985, p. 329 : «Le mot a dû signifier à l’origine formule religieuse qui a force de la loi ».

⁸⁶ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 371.

⁸⁷ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 466.

⁸⁸ CANNATA, «*Qui prior vindicaverat ... cit.*, p. 87.

⁸⁹ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 288.

⁹⁰ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 289.

Al che l'*adversarius* accettava e rilanciava la sfida:

Et ego te.

“E così sfido te ad analogo giuramento”⁹¹.

Nella reciproca sfida al *sacramentum*, l'azione veniva proiettata nella sfera religiosa, in quanto le parti facevano appello alla divinità per chiederle un aiuto e riuscire a prevalere sull'avversario⁹².

Dopo che le parti si erano sfidate con il *sacramentum*, il *rex* (o il magistrato) prendeva “alcuni provvedimenti necessari alla procedura”⁹³. In primo luogo egli provvedeva all'attribuzione della cosa fino a che la lite non fosse stata decisa: il che faceva assegnando la cosa a quella parte che avesse presentato dei *praedes litis vindiciarum*, cioè dei garanti per la cosa e i suoi frutti⁹⁴.

A partire dall'epoca in cui la *summa sacramenti* era pagata solo dal soccombente, il magistrato assumeva anche dei *praedes sacramenti*, che garantivano la *summa sacramenti* cioè la somma dovuta all'erario dalla parte che sarebbe risultata soccombente⁹⁵.

A partire da un certo periodo, quando il *sacramentum* cominciò a perdere di importanza, nella conclusione della fase *in iure* avveniva la *litis contestatio* che era la chiamata congiunta dei testimoni fatta dalle parti perché riferissero quanto da loro conosciuto a chi doveva giudicare⁹⁶. A partire da questo momento la seconda fase del procedimento era introdotta dalla *comperendinatio*, intimazione dell'una delle

⁹¹ CANNATA, «*Qui prior vindicaverat ... cit.*, p. 87.

⁹² SANTORO, «Potere e azione ... cit.», pp. 475-476. Secondo il NICOSIA, *Il processo privato romano ... cit.*, I, p. 130, “il ricorso al *sacramentum* aveva ... l'effetto di trasportare la contesa sul terreno religioso e sollecitare l'intervento divino a favore di uno dei contendenti. Ora, infatti, era la divinità che doveva decidere quale dei due contendenti avesse giurato il vero e quale fosse da considerare spergiuro, e doveva quindi manifestare attraverso *signa certa* tale decisione, essendo stata chiamata direttamente in causa, giacché uno dei due, avendo osato invocarla giurando il falso, l'aveva offesa”.

⁹³ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, 17.

⁹⁴ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», pp. 551-552; CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 17.

⁹⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 17.

⁹⁶ Festus (L. 34): *Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote*; cfr. pure: Festus (L. 50): *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.*

due parti all'altra di comparire davanti all'organo giudicante il dopodomani del giorno in cui la *litis contestatio* era stata effettuata. Tale intervallo, che in origine era libero, presumibilmente serviva per la raccolta delle prove⁹⁷.

A questo punto la controversia era pronta per essere decisa e in origine il giudizio era un atto religioso che riporta la valutazione sulla liceità dell'atto⁹⁸: ma, trattandosi di stabilire la conformità alla situazione giuridica effettiva di un *sacramentum*, il giudizio '*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*', "*quale delle due parti, cioè, avesse fatto un giuramento giusto e quale ingiusto, spettava inizialmente ai pontefici*"⁹⁹ poi al giudice laico¹⁰⁰. Con la sua introduzione, sicuramente in corrispondenza con l'emanazione della XII Tavole, il *iudicium* propriamente detto comprendeva la discussione della causa con l'istruzione probatoria e si concludeva con la decisione che dipendeva dalla prova che l'attore fosse in grado di fornire circa il fondamento della sua proprietà.

La laicizzazione del processo comportò la trasformazione del procedimento probatorio e del procedimento decisorio, dal momento che il *iudicatum* non fu più il prodotto di un'attività divina, ma il prodotto di un'attività razionale laica, grazie al sussidio dei testimoni¹⁰¹.

In antico la decisione, come si è già accennato, dipendeva certamente da eventi soprannaturali che avrebbero stabilito quale parte avesse ragione e quale torto¹⁰²; chi avesse perso la lite in origine sarebbe stato soggetto a una punizione degli dei¹⁰³ e avrebbe perduto la cosa. Col tempo è chiaro che la struttura stessa del processo tende a modificarsi. Con il giudizio laico, una volta emanata la pronuncia finale, colui che avesse pronunziato un *sacramentum iniustum* doveva pagare la *summa sacramenti* e, se assegnatario del possesso interinale (cioè provvisorio),

⁹⁷ Tac. De orat. 38,1-2.

⁹⁸ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 540.

⁹⁹ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 18.

¹⁰⁰ Cfr.: PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, pp. 169-189.

¹⁰¹ SANTORO, «Potere e azione ... cit., p. 566.

¹⁰² PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, p. 59.

¹⁰³ PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, p. 291.

restituire alla controparte la cosa e i frutti, con l'eventuale, sussidiaria responsabilità dei *praedes* in caso di inottemperanza degli obblighi¹⁰⁴. Una volta intervenuta una decisione sfavorevole, la parte poteva chiedere la nomina di un collegio di tre arbitri per la determinazione della *poena* della *dulpio rei fructus*¹⁰⁵. Viceversa a colui che aveva pronunciato il *sacramentum iustum* gli veniva attribuita la proprietà della cosa controversa¹⁰⁶.

4. LA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN REM RELATIVA AGLI IMMOBILI

Come risulta da un passo di Aulo Gellio e da uno di Cicerone, l'antica procedura prevedeva che la rivendica di un fondo si facesse *in iure, re praesenti*, vale a dire davanti al *rex* ed alla presenza della cosa. Ciò significa che la rivendica si faceva sul fondo, dove pure il *rex* (e in seguito il magistrato) si recava per partecipare agli atti¹⁰⁷. Ora all'atto della *vindicatio*, nel processo relativo agli immobili, "le parti, entrambe sul fondo, si afferravano reciprocamente le mani (*'manum conserere'*), simbolo della lotta per scacciarsi dal fondo stesso. Ora, qui è evidente che il processo non può essere provocato se non dalla parte che non possiede il fondo e vi entra, appunto, per scacciare il possessore (vantando una *causa*) ma ne è respinto (perché il possessore contesta quella causa)"¹⁰⁸:

Gell. 20,10,1: *Ex iure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent.*

Cic. *p. Mur.* 12,26: *Cum hoc fieri bellissime posset: 'Fundus Sabinus meus est'. 'Immo meus', deinde iudicium, noluerunt. 'FUNDUS' inquit 'QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR'. Satis verbose; cedo quid postea? 'EUM EGO EX IURE QUIRITIVUM MEUM ESSE AIO'. Quid tum? 'INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERIVIM'*

¹⁰⁴ Si veda: Tab. XII, 3: *SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS ... TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO ... FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO*. Cfr: SANTORO, «XII Tab. 12.3 », in *AUPA* 30 (1967), 5-89; CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 18.

¹⁰⁵ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 594.

¹⁰⁶ SANTORO, «Potere e azione ... cit.», p. 578.

¹⁰⁷ CANNATA, *Profilo istituzionale ...*, I, p. 22.

¹⁰⁸ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 22.

VOCO'. Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille unde petebatur non habebat. Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo. 'UNDE TU ME' inquit 'EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO'. Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est cum ceteris rebus absurdum tum vero in illo: 'SUIS UTRISQUE SUPERSTATIBUS PRAESSENTIBUS ISTAM VIAM DICO; ITE VIAM'. Praesto aderat sapiens ille qui inire viam doceret. 'REDITE VIAM'. Eodem duce redibant. Haec iam tum apud illos barbatos ridicula, credo, videbantur, homines, cum recte atque in loco constitissent, iuberi abire ut, unde abissent, eodem statim redirent. Isdem ineptiis fucata sunt illa omnia: 'QUANDO TE IN IURE CONSPICIO' et haec: 'ANNE TU DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS?' Quae [sed] dum erant occulta, necessario ab eis qui ea tenebant petebantur; postea vero pervolgata atque in manibus iactata et excussa, inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima.

Cicerone, come esempio delle lungaggini procedurali create dai giuristi, richiama il formulario della *legis actio sacramenti in rem* relativamente a controversie di proprietà relative ad immobili. La locuzione *ex iure manum consertum vocare* appare come una struttura linguistica autonoma, in quanto riappare in Probo¹⁰⁹:

Prob. 4, 6: E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocavit.

Pertanto, con le *vocationes* contrapposte, i litiganti si intimavano vicendevolmente di recarsi presso il fondo per compiere il *manum conserere*, che letteralmente significa "incrociare le mani"¹¹⁰.

Gellio afferma, in deroga al regime più antico, la prassi per cui i litiganti si recavano presso l'oggetto controverso, ne prelevavano una parte e lo portavano *in ius* davanti al pretore¹¹¹:

¹⁰⁹ LUZZATTO, *Procedura civile* ..., p. 123; GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., p. 113.

¹¹⁰ GIOFFREDI, *Diritto e processo* ... cit., p. 112.

¹¹¹ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 83.

Gell. 20,10,9: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati proficisci uindicarum dicendarum causa <ad> longinquas res grauabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed 'ex iure manum consertum' uocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, uocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro uindicarent.

Il rituale riportato da Gellio appare tuttavia diverso da quello di epoca ciceroniana, in quanto, dopo le contrapposte *vocationes*, interveniva il pretore con un ordine solenne¹¹²:

Suis utrisque superstibus praesentibus istam viam dico; ite viam.

“Alla presenza dei testimoni di entrambe le parti io vi indico la strada che dovete percorrere”.

E poi aggiungeva:

*Redite viam*¹¹³.

“Ritornate”.

In epoca repubblicana dunque il pretore, dopo che le parti avevano pronunciato le rispettive formule, le invitava ad andare, accompagnate dai testimoni, a prelevare una parte del fondo, che veniva in seguito riportata in tribunale per lo svolgimento ulteriore della procedura¹¹⁴. Che fosse sufficiente portare una zolla davanti al magistrato ci è confermato da Gaio¹¹⁵.

¹¹² ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 84.

¹¹³ Cfr. NICOSIA, «Redite viam», in *Legal Roots* 3(2014), pp. 63-70.

¹¹⁴ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 85; NICOSIA, *Il processo privato romano* ... cit., III, p. 122.

¹¹⁵ Gai. 4,17: Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur.

5. LE FONTI SULLA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN PERSONAM: TAB. I, 1-3.

Le origini della *legis actio sacramenti in personam*, come ha bene messo in luce il Pugliese sono da connettere “con l’intervento del *vindex* nella *manus iniectio*, il più antico processo esecutivo romano¹¹⁶. Si deve pensare che sia stato istituito a un dato momento un mezzo per accertare nei confronti del *vindex* la fondatezza della *manus iniectio*”. Da questo *sacramentum* nei riguardi del *vindex* sarebbe poi derivata la *legis actio sacramenti in personam*¹¹⁷.

In questa *legis actio*, in seguito, si agiva con il *sacramentum* per tutte le situazioni in cui il *ius civile* riconosceva un’obbligazione del convenuto, che poteva derivare sia da atto lecito che da atto illecito.

Per prima cosa, si deve ritenere che la procedura della chiamata in giudizio (*in ius vocatio*), normativamente determinata dalla legge delle XII tavole, servisse senza dubbio per la *legis actio sacramenti in personam* e si può ritenere in linea di massima precedente nella sostanza alla legislazione decemvirale. Il testo delle XII Tavole dice:

Tab. 1, 1: SI IN IUS VOCAT, [ITO.] NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO. 2. SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO. 3. SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, [QUI IN IUS VOCABIT]IUMENTUM DATO. SI NOLET, ARCEREM NE STERNITO.

“In caso di chiamata in giudizio, se il chiamato non va, prima di tutto (colui che effettua la chiamata) faccia constatare (pubblicamente) la cosa”¹¹⁸, vale a dire il rifiuto del chiamato a seguirlo; ciò fatto “(se il rifiuto permane) lo afferri. Se (il

Similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae

¹¹⁶ Non intendo trattare in questa sede della *legis actio per manus iniunctionem*; rinvio in proposito a quanto sintetizzato da KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* ... cit., p. 131-145.

¹¹⁷ PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, p. 299.

¹¹⁸ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 28.

chiamato) recalcitra o fa per fuggire”¹¹⁹, colui che effettua la chiamata gli faccia la *manus iniectio*. “Se (il chiamato) è impedito da malattia o dall’età, gli si fornisca un semplice veicolo. Se quello non consente ancora, non gli dia ... una carrozza. A parte i dati di costume che caratterizzano le ultime due proposizioni, è chiaro che siamo di fronte ad un procedimento stragiudiziale ..., munito di garanzie puramente sociali ..., diretto ad assicurare la presenza del convenuto *in iure*”¹²⁰.

L’attore che voglia esperire l’azione contro il convenuto, gli deve intimare di seguirlo in giudizio. Se il convenuto non si conforma all’intimazione, l’attore, alla presenza di testimoni dovrà far constatare che sta effettuando una chiamata in giudizio, e quindi dovrà ripetere l’intimazione, ma ora, se il convenuto non lo segue, può “prendere” l’intimato. “Questo *capere* non è però ancora un atto di forza vero e proprio, non è un atto di violenza; lo è semmai ... in potenza, poiché si tratta di una sorta di avvertimento minaccioso”. Se il convenuto resiste alla sollecitazione o cerca di scappare, l’attore passa a compiere il gesto di violenza effettiva formale della *manus iniectio*, alla quale il convenuto non potrà sottrarsi, salvo l’intervento di un *vindex*¹²¹.

Nel processo *in personam*, al contrario di quanto avveniva nel processo *in rem*, la presenza del convenuto era, “oltre che formalmente, sostanzialmente necessaria”¹²². Secondo il Cannata, “l’assenza del convenuto rendeva impossibile all’attore l’affermazione del diritto, poiché questa ... era pronunciata *in personam*, e quindi esigeva la presenza della persona nei confronti della quale era fatta, allo stesso modo in cui la *vindicatio* ... esigeva la presenza della cosa rivendicata”¹²³.

¹¹⁹ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 28.

¹²⁰ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 28-29.

¹²¹ CANNATA, C.A., «Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano», in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1083, 169 (= in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 386). 9

¹²² CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 29.

¹²³ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 29.

È chiaro che “il convenuto doveva essere in qualche modo indotto ... a partecipare al processo”; la sanzione per la mancata partecipazione del convenuto era commisurata alla gravità delle conseguenze che la stessa generava all’attore¹²⁴.

Nei processi *in personam* la conseguenza della renitenza del convenuto ha subito una certa evoluzione, “ma comunque appare ... influenzata dall’idea che ..., in assenza del convenuto, riesce del tutto impossibile l’affermazione del diritto: per cui il convenuto recalcitrante è lasciato in balia dell’attore, almeno finché l’affermazione rituale (processuale) del diritto non diventi possibile, nei confronti del convenuto stesso o di altri che si offra a sostituirlo”¹²⁵. Infatti, se il chiamato “recalcitra o tenta di scappare, constatatosi che la chiamata in giudizio non ha avuto esito, l’attore è legittimato a passare direttamente alla *manus iniectio*, che è il procedimento di esecuzione sulla persona”¹²⁶.

Per questa differenza “nelle conseguenze dell’inerzia o della renitenza del convenuto a seconda che si trattasse di *actio in rem* o *actio in personam*, i giuristi classici costruirono ... un obbligo del convenuto di «*se defendere*», cioè a difendere ... la propria persona, nell’*actio in personam*; mentre videro un semplice onere del convenuto con un *actio in rem* a «*rem defendere*»”¹²⁷. Se il chiamato non si difende in un processo *in personam*, ciò “avrà conseguenze più gravi e più vaste, che oltrepassano i limiti del diritto che l’attore voleva dedurre nel singolo processo, e riguardano l’intera posizione del convenuto nel contesto socio-giuridico”¹²⁸. Si può al riguardo ipotizzare che in antico le conseguenze della mancata difesa del convenuto fossero sanzionate da norme di tipo religioso, che inducevano il convenuto a presentarsi *in ius*.

¹²⁴ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 30.

¹²⁵ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 30.

¹²⁶ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 30.

¹²⁷ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, pp. 30-31.

¹²⁸ CANNATA, *Profilo istituzionale* ... cit., I, p. 31.

6. (SEGUE): CIC. DE NAT. DEOR. 3,30,74.

Relativamente alla *legis actio sacramenti in personam* una testimonianza rilevante riguarda l'*actio furti* ed è tratta dal '*De natura deorum*' di Cicerone:

Cic. *de nat. deor.* 3,30,74: Sed exeamus e theatro, veniamus in forum. Sessum it praetor. quid ut iudicetur? qui tabularium incenderit. quod facinus occultius: at se Q. Sosius splendidus eques Romanus ex agro Piceno fecisse confessus est. qui transcripserit tabulas publicas: id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est; quid hoc homine sollertius? cognosce alias quaestiones, auri Tolossani coniurationis Iugurthinae; repete superiora: Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam; posteriora: de incestu rogatione Peducaea; tum haec cotidiana: sicae venena peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. inde illa actio 'ope consilioque tuo furtum aio factum esse', inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria, inde everriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit, quem dolum idem Aquillius tum teneri putat cum aliud sit simulatum aliud actum.

C. Aurelio Cotta, per dimostrare come a volte la ragione sia rivolta a fini malvagi, ricorda la trattazione di diversi casi giudiziari e l'introduzione di strumenti processuali atti a combattere comportamenti riprovevoli; tra questi viene nominata pure l'azione '*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*'¹²⁹. Tale *actio* veniva esperita nell'ipotesi di un *furtum nec manifestum*¹³⁰ attraverso la procedura della *legis actio sacramenti in personam*. Cicerone riporta letteralmente la formula

¹²⁹ Cfr. LA ROSA, R., *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnus decidere*, Catanzaro, 1990, pp. 92-103.

¹³⁰ WLASSAK, M., *Römische Prozessgesetze*, I, Leipzig 1888, pp. 87; 128; KASER, M., «Ius honorarium und ius civile», in *ZSS* 101 (1984), p. 55.

dell'agere *sacramento in personam*¹³¹ intendendola come espressa dall'attore: 'ope consilioque tuo *furtum aio factum esse*'.

Il fatto che Cicerone citi in questo contesto il formulario della *legis actio sacramenti in personam* costituisce un indizio molto forte per considerare questa procedura ancora in uso al suo tempo¹³². La *legis actio sacramenti in personam* era dunque ancora impiegata¹³³ nel 45-44 a.C., anni in cui Cicerone scrisse il *De natura deorum*. Si può ben capire come questo testo assuma una posizione centrale nella nostra analisi: è un passo di Cicerone, persona che certo non ignora le novità giudiziarie; si parla di una *legis actio*, quella *sacramenti in personam*, sulla quale abbiamo scarse notizie nelle fonti.

Da quanto detto finora si può concludere che la *legis actio sacramenti in personam* veniva impiegata anche per i nuovi tipi di *delicta*, i quali portarono a un radicale mutamento delle pene, consistenti nel pagamento di una somma a titolo di composizione e riscatto¹³⁴.

Inoltre Cic. *de nat. deor.* 3,30,74 risulta di fondamentale importanza nel processo ricostruttivo della procedura *in iure* della *legis actio sacramenti in personam*, in quanto possiamo sostenere con certezza che il formulario dell'attore nel caso del *furtum nec manifestum* era: 'ope consilioque tuo *furtum aio factum esse*'.

Tuttavia questa fonte ciceroniana nulla dice in merito all'antica procedura per sanzionare i *delicta*, di conseguenza non può essere utilizzata per la ricostruzione della *legis actio sacramenti in personam*.

¹³¹ KASER, M., «Die *lex Aebutia* », in *Studi Albertario*, I, Milano, 1953, p. 51; MARRONE, «L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano», in *AUPA* 24 (1955), p. 539, n. 76.

¹³² *Contra*: TALAMANCA, M., «Il riordinamento augusteo del processo privato», in *Atti dell'VIII Convegno di diritto romano di Copanello*, Napoli 1999, p. 86.

¹³³ Secondo il DI LELLA, L., *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, p. 135, risulta assai difficile ammettere che a quest'epoca in caso di *furtum* vi fosse la possibilità per i cittadini romani di esperire, oltre alla *legis actio*, anche il processo formulare.

¹³⁴ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 299.

7. (SEGUE): PROBO E VARRONE.

Ulteriori elementi in merito alla procedura *in iure* della *legis actio sacramenti in personam* sono rinvenibili nell'opera di Valerio Probo grammatico operoso sullo scorcio del I secolo d.C. In una collezione di *notae* si rinvengono le seguenti, che paiono indubbiamente riferibili alla *legis actio sacramenti in personam*:

Prob. 4,1: A.T.M.D.O. aio te mihi dare oportere

Prob. 4,2: Q.N.T.S.Q.P. quando negas, te sacramento quingenario provoco

Il primo passo richiama l'*oportere*, verbo che già forse al tempo della XII tavole era diventato tecnico per indicare l'esistenza di un'obbligazione¹³⁵. Nella fonte abbiamo la locuzione '*dare oportere*', ma considerata la varietà di rapporti a cui la *legis actio* si applicava, erano certamente possibili altre forme¹³⁶.

Nel caso prospettato da Probo tuttavia all'affermazione dell'attore doveva verosimilmente seguire una domanda, simile a quella della *legis actio per iudicis postulationem* e della *legis actio per conductionem*, rivolta al convenuto: '*Id postulo aias an neges*'¹³⁷.

Se il convenuto diceva '*aio me tibi dare oportere*', si aveva la *confessio*; se egli invece contestava, l'attore lo sfidava al *sacramentum*¹³⁸, secondo quanto ci riporta Probo nella seconda fonte. Il passo significa letteralmente: "siccome tu neghi, io ti sfido ad un *sacramentum* di 50 assi". Si tratta dunque della sfida al *sacramentum* proposta dall'attore, alla quale è ovvio supporre, per il convenuto, una risposta del tipo '*et ego te*' e così pure ti sfido.

¹³⁵ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 300.

¹³⁶ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 300; ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 102, n. 353; TALAMANCA, «Processo civile (dir.rom.)», in *EDD*, XXXVI, Milano, 1987, p. 14, n. 96.

¹³⁷ Gai. 4,17.

¹³⁸ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 301.

Questa conclusione sembra confermata da un passo di Varrone che, peraltro, tra il 46 a.C. e il 43 a.C., non pare distinguere tra la forma *in rem* e quella *in personam* relativamente al *sacramentum*:

Varr. *de ling. lat.* 5,180: ... qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.

Colui che nel giudizio risultava vincitore riprendeva dal deposito la *summa sacramenti*, quella del soccombente passava all'erario.

Dalla fonte vista si può giungere alla conclusione che la sfida al *sacramentum* nella *legis actio sacramenti in personam* fosse bilaterale come nella forma *in rem*¹³⁹.

8. (SEGUE): GAIO.

Secondo Gaio, la *legis actio sacramenti in personam* era una *legis actio generalis* e si agiva con il *sacramentum* per tutte le situazioni in cui il *ius civile* riconosceva un'obbligazione del convenuto¹⁴⁰:

Gai. 4,13: *Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliterageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. ...*

La dicotomia classificatoria delle azioni in *actiones in rem* e *actiones in personam* è certo assai più tarda dell'epoca antica: poiché essa risale ad un certo periodo non anteriore al II secolo a.C., quando la dialettica divenne strumento acquisito dalla dommatica giuridica.

Ma anche se di origine tarda questa distinzione può essere utile per distinguere le due forme della *legis actio sacramenti*. Gaio dice che è *in personam* l'*actio* con la quale agiamo contro qualcuno che è obbligato nei nostri confronti da contratto o da delitto, e cioè quando noi pretendiamo che costui deve dare, fare o "assicurare" qualcosa:

¹³⁹ PUGLIESE, *Il processo civile romano ... cit.*, I, p. 303; ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 100, n. 338.

¹⁴⁰ Cfr: AMBROSINO, «*La legis actio sacramento in personam ... cit.*, p. 252.

Gai. 4,2: In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

Gaio pone la distinzione in termini sostanziali: “l’*actio in personam* è quella con la quale si fa valere un’obbligazione, l’*actio in rem* con la quale si fa valere un diritto reale. Il che è senza dubbio esatto, ma spiega poco, in quanto la distinzione tra diritti reali e obbligazioni è possibile ... solo riferendosi ai modi della loro tutela”¹⁴¹.

Trasportata questa distinzione alle *legis actiones*¹⁴², quelle che vengono in considerazione sono le dichiarazioni iniziali delle parti: così nella *legis actio sacramenti in rem* la *vindicatio* non comporta la menzione del convenuto; in quella *in personam* le dichiarazioni iniziali includono la menzione della controparte¹⁴³.

La fase *in iudicio* della *legis actio sacramenti in personam*, quella propria di un giudizio già divenuto laico, ci viene sempre riportata da Gaio:

Gai. 4,15: ad iudicem accipiendum venirent; postea *vero* reversis dabatur. Ut autem <die> xxx iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex. Illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam <M> aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. Postea tamen quam iudex datus esset, comperendum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud

¹⁴¹ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 27.

¹⁴² Ora dal passo che si è letto, sembrerebbe, secondo il CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 27, che la distinzione tra azioni *in rem* e azioni *in personam* si trarrebbe dal tenore dell’*intentio* della formula: “Gaio, infatti si riferiva al processo formulare, e ... nelle formule scritte sulle quali si basava quel processo, l’*intentio* era la parte che conteneva l’enunciazione del diritto che l’attore faceva valere ..., onde ottenere il provvedimento, a lui favorevole, del giudice. ... Per cui, l’azione era *in personam*, se l’*intentio* era *scripta in personam*, cioè conteneva la menzione del convenuto; mentre era *scripta in rem* se il convenuto non era menzionato, ma la posizione giuridica dell’attore vi era definita solo in rapporto alla cosa, perché alla pretesa enunciata nell’una azione era indifferente la persona del convenuto, mentre la pretesa, nell’altra azione, non aveva senso se non enunciata nei confronti della persona del convenuto”.

¹⁴³ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, pp. 27-28.

eum *causam* perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur *causae coniectio*, quasi *causae suae in breve coactio*.

Il giudice veniva assegnato subito e nel terzo giorno successivo sarebbero comparse vicino a lui le parti. Nonostante il termine tecnico fosse *comperendinatio*, non doveva essere utilizzato in modo univoco dai giuristi già nel periodo repubblicano, come testimonia lo stesso Cicerone, in *Cic. p. Mur.* 12,27¹⁴⁴. Cicerone ironicamente si meraviglia che i giureconsulti dopo tanti anni non fossero ancora in grado di stabilire se si dovesse dire il “terzo giorno” (*dies tertius*) o il “dopodomani” (*dies perendinus*)¹⁴⁵.

La identità dei termini ‘*dies tertius*’ e ‘*dies perendinus*’ viene anche confermata da Probo¹⁴⁶.

Una volta che le parti fossero comparse davanti al giudice, esse gli esponevano la causa in sintesi, la cosiddetta *causae coniectio*.

9. LA PROCEDURA DELLA LEGIS ACTIO SACRAMENTI IN PERSONAM E LE INNOVAZIONI INTRODOTTE DALLE XII TAVOLE.

Dall’analisi delle fonti che si sono riportate pare possibile giungere a una ipotesi ricostruttiva della procedura *in iure* della *legis actio sacramenti in personam*, in caso di mancato pagamento di un debito nei seguenti termini.

Una volta che l’attore avesse ottenuto, mediante la *in ius vocatio*, la presenza del convenuto *in iure*, aveva luogo l’*actio*, cioè la recitazione, a opera delle parti del rito processuale. È caratteristica nella *legis actio sacramenti in personam* “l’assenza totale di qualunque gesto che possa essere inteso come espressione, simbolica o

¹⁴⁴ *Cic. p. Mur.* 12,27: ... *Iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum ‘diem tertium’ an ‘perendinum’, ‘iudicem’ an ‘arbitrum’, ‘rem’ an ‘litem’ dici oporteret.*

¹⁴⁵ *Cicéron. Discours, IX, Pour L. Muréna*, texte établi et traduit par BOULANGER, Paris, 1962, 46.

¹⁴⁶ *Prob.* 4,9: *I.D.T.S.* *Pin diem tertium sive perendinum.* Cfr. *Festus* (L. 355): *Res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum.*

reale, della forza fisica”¹⁴⁷. In questo senso la procedura pare meno arcaica di quella *in rem*.

L’*actio* veniva introdotta dall’affermazione dell’attore, relativa al proprio diritto nei confronti del convenuto; quest’ultimo “non poteva fare un’affermazione analoga, ma doveva negare l’affermazione dell’attore; ci doveva essere ... una sfida reciproca al *sacramentum*, proposta dall’attore e poi ripresa dal convenuto”¹⁴⁸.

Più precisamente, l’attore che volesse esperire l’azione contro il convenuto, gli doveva intimare di seguirlo in giudizio e, in mancanza, poteva indurlo con la forza. Se il convenuto cercava di sottrarsi a questo atto di violenza materiale, l’attore passava a compiere il gesto di violenza effettiva e formale della *manus iniectio*, alla quale il convenuto non poteva sottrarsi.

Una volta che l’attore avesse ottenuto, mediante la *in ius vocatio*, la presenza del convenuto *in iure*, si faceva luogo all’*actio*, cioè alla recitazione, ad opera delle parti, del rito processuale.

L’attore si rivolgeva al convenuto affermando il proprio diritto, con una frase del tipo¹⁴⁹:

*Aio te mihi sestertium decem milia dare oportere: id postulo aias an neges*¹⁵⁰.

¹⁴⁷ CANNATA, «Violenza fittizia ... cit., p. 159.

¹⁴⁸ CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, p. 31.

¹⁴⁹ Come sostiene il CANNATA, *Profilo istituzionale ... cit.*, I, pp. 31-32, noi conosciamo il formulario della *legis actio per iudicis postulationem* e della *legis actio per conductionem* che potevano essere simili, nella parte iniziale a quello della *legis actio sacramenti in personam*: Gai. 4,17: [Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis erat. Qui agebat sic dicebat: *EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGAS*. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: *QUANDO TU NEGAS*, ... Per conductionem ita agebatur: *AIO TE MIHI SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTULO AIAS AN NEGES*. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: *QUANDO TU NEGAS*, ...

¹⁵⁰ Nel caso si perseguisse la pena pecuniaria per il *furtum nec manifestum* l’azione doveva essere così formulata: *Aio te mihi furtum paterae argenteae fecisse, quam ob rem te pro fure damnatum decidere oportere: id postulo aias an neges*. Cfr.: TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 288.

“Affermo che tu mi devi dieci mila sesterzi e ti chiedo di ammetterlo o negarlo”¹⁵¹.

Se il convenuto rispondeva *aio*, il processo si era concluso, perché la *confessio* così fatta teneva luogo della sentenza ed apriva la via della procedura esecutiva.

Se il convenuto rispondeva *nego*, l’attore proponeva una sfida al *sacramentum*:

Quando tu negas, te sacramento quingenario provoco.

“Siccome tu neghi, io ti sfido a un *sacramentum* di 500 assi”.

Alla sfida al *sacramentum* proposta dall’attore, seguiva una risposta del convenuto:

Et ego te.

“E così sfido te ad analogo giuramento”.

Con l’introduzione del giudizio laico, il giudice veniva assegnato subito e nel terzo giorno successivo sarebbero comparsi vicino a lui le parti.

Ne emerge come nella *legis actio sacramenti in personam*, a differenza di quella *in rem*, dove le parti stanno in giudizio affermando entrambe il proprio diritto sulla cosa oggetto della controversia¹⁵², si distingue, per la prima volta, la posizione dell’attore, che afferma un diritto, dal convenuto che nega lo stesso diritto.

Una volta impostata la controversia, si doveva passare, dopo la *litis contestatio*, come si è già accennato, al *iudicium*, vale a dire al procedimento davanti

¹⁵¹ TALAMANCA, *Istituzioni* ... cit., p. 288.

¹⁵² Come afferma Gai. 4,16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. ...

al giudice, che comprendeva la discussione della causa con l'istruzione probatoria e che si concludeva con una sentenza¹⁵³.

In proposito ci soccorre la norma delle XII tavole la quale recita:

Tab. 1,6: REM UBI PACUNT ORATO.

Se le parti trovano un accordo, l'accordo stesso venga proclamato. In sostanza se i litiganti hanno realizzato un accordo (*pacere*) di rinuncia alla controversia, il magistrato deve proclamare formalmente l'avvenuta transazione¹⁵⁴, che implica la cessazione della lite¹⁵⁵.

Tab. 1,7: NI PACUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSSAM COICIUNTO. CUM PERORANTO AMBO PRAESENTES.

Se invece non trovano un accordo, e quindi sono realizzati i contrapposti *sacramenta*, ciascuna parte era tenuta a compiere la *causae coniectio*, vale a dire un riassunto delle proprie posizioni nel comizio o nel foro¹⁵⁶. Alla *causae coniectio* possono seguire discorsi contrapposti a sostegno delle ragioni di ciascun litigante¹⁵⁷.

Tab. 1,8: POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICTIO.

Se si sia presentato uno solo dei litiganti per realizzare la *causae coniectio*, si deve attendere l'avversario fino a mezzogiorno. Dopo mezzogiorno la lite sia decisa a favore di chi è presente¹⁵⁸.

Tab. 1,9: SI AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCUSUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO.

¹⁵³ CANNATA, *Per una storia ... cit.*, I, p. 60.

¹⁵⁴ GIOFFREDI, *Diritto e processo ... cit.*, p. 151.

¹⁵⁵ ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 133.

¹⁵⁶ Gai. 4,15: ... Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum *causam* perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur *causae coniectio*, quasi *causae suae* in breve coactio.

¹⁵⁷ ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 133.

¹⁵⁸ ALBANESE, *Il processo privato ... cit.*, p. 134.

Se entrambe le parti sono presenti, il processo deve terminare al più tardi al tramonto del sole¹⁵⁹.

Questa norma ai tempi delle XII tavole era intesa nel senso che il processo doveva giungere a sentenza prima del tramonto del sole; ma in seguito essa fu interpretata semplicemente nel senso che l'udienza finiva la sera, per impedire i processi durante la notte, salvo nuove udienze successive¹⁶⁰.

Da quanto detto, al tempo delle XII Tavole, il giudizio sui *sacramenta* non era più, come alle origini, fondato su valutazioni religiose. Atti come la *causae coniectio* non avrebbero avuto significato per un giudizio basato su criteri religiosi. La portata razionale della decisione in questo periodo si accorda con la riduzione dei *sacramenta* a deposito di beni presso il tempio¹⁶¹. In età decemvirale il panorama è del tutto cambiato per la *legis actio sacramenti in personam*, in quanto per la decisione avrà avuto valore decisivo l'accertamento concreto dei fatti e situazioni preesistenti.

Concludendo, emerge dalle fonti come il processo *in rem* e *in personam* delle origini fosse improntato a una struttura dove la religione svolgeva un ruolo preponderante; ma già con le XII tavole tanto la *legis actio sacramenti in rem* quanto la *legis actio sacramenti in personam* subiscono un cambiamento verso un processo più razionale e più improntato a un giudizio di tipo laico, in correlazione con l'avvenuta separazione tra *ius* e *fas*.

¹⁵⁹ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 134.

¹⁶⁰ PUGLIESE, *Il processo civile romano* ... cit., I, p. 405.

¹⁶¹ ALBANESE, *Il processo privato* ... cit., p. 134.