

Alberto Zini

## Appunti sull' 'autonomia' delle *formulae praeiudiciales*

### *Notes on the 'autonomy' of formulae praeiudiciales*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il processo formulare: brevi cenni – 2. I *praeiudicia*. Un primo gruppo – 3. Il secondo gruppo di *formulae praeiudiciales* – 4. La possibile natura autonoma delle *formulae praeiudiciales* – 5. L'esperibilità autonoma dei *praeiudicia* e la *lex Irnitana*

The essay proposes to evaluate the arguments regarding the autonomous nature of the *formulae praeiudiciales*, after recalling some examples of them. The idea emerges that sometimes these procedural instruments could be employed independently of other judgments

KEYWORDS: *formulae praeiudiciales*, *praeiudicium an libertus sit*, *praeiudicium an liber sit*.

#### 1. Introduzione. Il processo formulare: brevi cenni

Come noto, il processo *per formulas*, indipendentemente da ogni questione relativa alla sua origine, era imperniato – come si comprende fin dal nome con il quale esso è ricordato – sulla *formula*<sup>1</sup>, il programma di giudizio<sup>2</sup> al quale il *iudex* era tenuto a conformarsi e che conteneva il perimetro del suo

<sup>1</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 34: «la formula costituisce, ovviamente, l'elemento essenziale attorno al quale ruota il processo formulare».

<sup>2</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 34, osservava che «per indicare il programma di giudizio in cui la formula, da una certa prospettiva, consiste, esistono nel linguaggio delle fonti due termini: *formula* e *iudicium*»; cfr. anche C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino 1980, pp. 70 s., che ricorda come, pur con una spiegazione «senz'altro imprecisa» ai due termini si siano voluti assegnare significati differenti: mentre *iudicium* indicherebbe «il concreto programma decretato dal pretore», formula designerebbe lo «schema edittale astratto»; contrario a tale ricostruzione dicotomica si dimostra il medesimo studioso, in ragione del fatto che le fonti che contengono la dicitura *iudicium dare*, o assimilabili, non andrebbero intese riferendole alle formule, bensì al processo; così la locuzione *iudicium dabo in haec verba* non dovrebbe essere resa riferendola alla formula: essa non andrebbe tradotta con «“darò una formula in questi termini”», bensì “darò un processo in base a questa formula”».

*officium*. La struttura della *formula* appare già di per sé significativa nell'indirizzare l'interprete a comprendere come si atteggiassero, nei più diversi casi, i poteri di cui disponeva il *iudex*, oltre che a delineare la funzione o lo scopo cui ogni singolo mezzo processuale tendeva<sup>3</sup>. Alla formula, alla sua composizione e alle sue *partes*<sup>4</sup>, il ceto giuridico sembra aver dedicato una considerevole attenzione, pur senza un preciso riferimento normativo cogente<sup>5</sup> individuabile eventualmente in una legge o in una regolamentazione imposta da parte dello stesso pretore<sup>6</sup>.

Come si ricava da un celeberrimo passaggio gaiano<sup>7</sup>, la formula era composta da alcune 'parti' tipiche<sup>8</sup> le quali andavano combinandosi<sup>9</sup> – secondo schemi precisi ed attentamente calibrati<sup>10</sup> – onde dar vita a ogni singola *actio* prevista dall'ordinamento.

Innanzitutto a tale elementare struttura, il cui richiamo in questa sede vuol solo chiarire il punto di partenza da cui muovere, occorre comunque osservare come sia possibile porre un discrimine, nell'ambito delle azioni (latamente intese), fra quelle che contenevano una condanna e quelle che ne erano prive. Il potere di giungere a pronunciare una condanna, come si sa, era assegnato al giudice mediante la *condemnatio*, vale a dire una specifica parte della formula la quale conteneva la doppia possibilità per il giudice, oltre che di condannare, anche di assolvere il convenuto<sup>11</sup>. Nel primo caso la conseguenza

<sup>3</sup> In questo senso cfr. già C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, II, cit., p. 72: «la struttura della formula ne riflette la funzione».

<sup>4</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 34, sottolinea come si tratti di una terminologia già impiegata dalla giurisprudenza romana, giusta il riferimento a Gai 4.39; v. oltre, nt. 7.

<sup>5</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 34.

<sup>6</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 34.

<sup>7</sup> Gai 4.39 *Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio*.

<sup>8</sup> Cfr. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, II, cit., p. 72.

<sup>9</sup> Cfr. al riguardo V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 126 s., secondo il quale «da un esame comparativo di tutte le formule conosciute, queste sono tutte redatte secondo pochi schemi grammaticali, facilmente riconoscibili».

<sup>10</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 34, per il quale «la struttura della formula, così com'è proposta nell'albo pretorio, è ispirata, al livello del II secolo d.C., ad una notevole tipicità nelle tecniche e negli elementi costruttivi, a cui corrisponde l'individuazione, già da parte dei *prudentes* dei tipi di azioni caratterizzati da una certa struttura e di elementi costruttivi».

<sup>11</sup> Gai 4.43: *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluendique potestas permittitur, uelut haec pars formulae: IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; item haec: IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO; item haec: IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DUMTAXAT X MILIA*. Cfr. M. TALAMANCA, *processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 37, il quale spiega l'alternativa tra la condanna e l'assoluzione sulla base della «circostanza che risultino provate l'*intentio* e la *demonstratio* che esprimono la pretesa dell'attore ed il suo fondamento»; cfr., tuttavia, M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR*, XL (1997), p. 39: «il giudice, pertanto, avrebbe dovuto pronunziarsi o con *condemno* o con *absolvo* ... Non sembra che al giudice formulare si imponesse nulla di più. Che egli dovesse anche pronunziarsi sull'*intentio*, approvando o disconoscendo espressamente la pretesa attrice, non discende affatto dalla

consisteva nel far sorgere in capo al soccombente un'*obligatio iudicati* che consentiva, se inadempita, l'esecuzione a favore dell'attore vittorioso. Circa la ricorrenza nelle formule di simile clausola la quale – in definitiva – sanciva la natura condannatoria della azione che la conteneva, occorre allora leggere un assai discusso<sup>12</sup>, passo tratto dalle Istituzioni di Gaio<sup>13</sup>.

Fra tutte le parti, la sola che fosse di norma strettamente necessaria era la *intentio*, nella quale l'attore enunciava la propria pretesa<sup>14</sup>, mentre le altre, ivi compresa la *condemnatio*, potevano mancare, anche se – ad un esame sommario – un provvedimento di condanna v'era la maggior parte delle volte<sup>15</sup>. L'*intentio*, inoltre, poteva esaurire la formula stessa, della quale sola – ricorda Gaio – erano composte le *formulae praeiudiciales*<sup>16</sup>. La *demonstratio*, la *condemnatio* e la *adiudicatio*, invece non potevano mai

---

struttura della formula; né tanto meno da alcuna clausola edittale o da altra fonte autoritativa»; cfr. C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, II, cit., pp. 98 s., che ricorda come si sia notato da parte dei romanisti in taluni casi una certa sconcordanza anche grammaticale tra l'*intentio* e la *condemnatio*: la relazione tra le due *partes formularum* sarebbe «impeccabile solo ove l'*intentio* dica *si paret*», mentre risulterebbe «claudicante» nelle altre ipotesi; da ciò si desumerebbe «che vi fu un'epoca nella quale la *condemnatio*, nelle formule con l'*intentio* incerta, si riduceva all'ordine di condannare», pur se si deve notare anche come la menzione all'assoluzione avrebbe soltanto esplicitato un ordine già implicito di assolvere ove non fossero verificati i fatti dedotti in giudizio, dal momento che ove il giudice avesse accertato «che *nihil paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet*», la condanna sarebbe stata «a nulla».

<sup>12</sup> Va ricordato come secondo G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, X (1930), p. 170, l'intero paragrafo sarebbe totalmente spurio. In favore della sua classicità, almeno dal punto di vista sostanziale, si sono espressi M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, XXIV (1955), p. 365, nt. 718, secondo il quale, sebbene tutto il §44 sia «dichiarato spurio dal Beseler per motivi formali», occorre rilevare che «dal lato sostanziale, il testo non solleva alcuna difficoltà»; ID., *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, in *Scritti in onore di G. Salemi*, Milano, 1961, p. 71, secondo il quale «la testimonianza di Gaio è chiara e sicura»; di recente M. VARVARO, *Una congettura sull'applicazione del 'praeiudicium' 'quanta dos sit'*, in F.M. D'IPPOLITO (cur.), *Philia. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007, § 2, per il quale «a favore della genuinità potrebbe richiamarsi ... la circostanza che il brano in questione risulta perfettamente incastonato in un contesto che risulta compatto dal punto di vista tanto argomentativo quanto espressivo, diretto a illustrare la redazione della formula in termini di conclusione e di efficacia»; sul punto, v. le precedenti osservazioni di G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, pp. 76 s.

<sup>13</sup> Gai 4.44: *Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae conplures rell. Demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur, nihil enim omnino <demonstratio> sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel adiudicatio sine demonstratione vel inten>tione nullas vires habet, <et> ob id numquam solae inveniuntur.*

<sup>14</sup> Gai 4.41: *Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIVM AULI AGERII ESSE.*

<sup>15</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 127; cfr. G. PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, Milano-Venezia, 1947, p. 8, che parla di «normale conclusione del processo di cognizione».

<sup>16</sup> Cfr. K. HACKL, *'Praeiudicium' im klassischen römischen Recht*, Salzburg München, 1975, p. 193.

ritrovarsi da sole in quanto tutte queste senza l'*intentio* sarebbero risultate prive di valore<sup>17</sup>.

A ben guardare, il passaggio appena trascritto appare importante in quanto contiene una fondamentale 'digressione' grazie alla quale viene rischiarata la tematica delle formule *praeiudiciales* che intendo in questa sede affrontare. Al riguardo, Gaio, dopo aver ricordato che talvolta<sup>18</sup> l'*intentio* poteva ricorrere certamente da sola<sup>19</sup>, rammentava che ciò accadeva appunto nelle formule *praeiudiciales*, le quali erano *complures*: il giurista ne citava un paio (quella riguardante la dote e quella relativa allo *status* di liberto), senza curarsi di menzionarne altre che pure è probabile vi fossero<sup>20</sup>; accenni a ulteriori mezzi – pur talvolta assai scarni – si rinvennero nella nostra documentazione. Una prima considerazione va comunque svolta sulla base della scarna enunciazione gaiana.

Se, come anticipato, è vero che la struttura<sup>21</sup> della formula ne palesava immediatamente la funzione, appare chiaro come quelle che Gaio chiama *formulae praeiudiciales*<sup>22</sup> – constando della sola *intentio*<sup>23</sup> – demandassero al

<sup>17</sup> Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 76 s., secondo il quale il passaggio gaiano in esame si impennerebbe sul piano dell'efficacia e della conclusione.

<sup>18</sup> Mette in risalto la natura in certo modo 'eccezionale' delle formule *praeiudiciales* K. HACKL, '*Praejudicium*', cit., p. 193: «Eine Ausnahme von der Regel, daß sich eine Klagformel aus mehreren Teilen zusammensetzt, stelle die *formula praeiudicialis* dar: Sie bestehe nur aus einem einzigen Teil, nämlich einer *intentio*».

<sup>19</sup> M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 68.

<sup>20</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 69, secondo il quale dal passo gaiano riportato nel testo «si dovrebbe desumere una certa latitudine nell'impiego di questo mezzo giudiziario». Recentemente cfr. S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010, p. 268: «il giurista rinvia ad *aliae complures*» così lasciando «intendere che erano moltissime le *formulae praeiudiciales* conosciute dal diritto romano, tanche che il giurista antoniniano non prova nemmeno a citarle tutte». Diversamente orientato appare J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, '*Praejudicium*', in *Labeo*, VIII (1962), p. 91, secondo il quale «nel diritto romano i *praeiudicia* come azioni pregiudiziali erano poco numerosi, specialmente se paragonati alle azioni di condanna»; nello stesso senso cfr. anche K. HACKL, '*Praejudicium*', cit., pp. 196 s., che sulla base di un paragone con la terminologia ricorrente in Gai 4.33 (*Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua ui ac potestate ualere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles*) osserva: «Auch lasse der Ausdruck '*complures*' im Gaiustext 4.44 im Gegensatz zu '*actiones innumerabiles*' in Gai 4.33, nicht nur auf einen beschränkten Katalog von Präjudizialklagen, sondern auch auf eine relativ geringe Zahl solcher Klagen schließen. Wir werden also damit rechnen dürfen, daß die in den Quellen genannten *praeiudicia* einen Großteil der in der klassischen Periode bekannten formularen Feststellungsklagen darstellen». Una enumerazione dei *praeiudicia* si ritrova in M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., pp. 370 ss.

<sup>21</sup> Come ricorda M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 68, la struttura dei *praeiudicia* era «particolare», sotto il profilo della «costruzione della formula».

<sup>22</sup> Sul punto, va ricordato come F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, Roma, 1971, p. 189, osservasse che «formula o azione pregiudiziale è lo stesso».

<sup>23</sup> In ciò, secondo A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 138, le *formulae praeiudiciales* si differenzierebbero nettamente dalle altre azioni.

giudice esclusivamente il compito di verificarne il contenuto, senza che venisse in rilievo la necessità di procedere a una condanna ovvero a una aggiudicazione<sup>24</sup>. In altri termini, appare chiaro come, mediante simili *formulae*, al giudice venisse chiesto un accertamento, una verifica relativa ad una certa situazione, fattuale o giuridica<sup>25</sup>. Nell'*intentio* della *formula praeiudicialis* si condensava la «questione fondamentale della lite»<sup>26</sup>, che era determinata dal conflitto tra le parti in merito all'esistenza di un certo *status*<sup>27</sup>, ovvero al suo modo di essere<sup>28</sup> o anche a «un singolo elemento del rapporto giuridico»<sup>29</sup>. È stato osservato, quanto al suo contenuto, che il pronunciamento<sup>30</sup> del giudice poteva limitarsi a un 'sì' ovvero a un 'no', laddove gli fosse incaricato dell'accertamento di un '*certum*', mentre, ove egli avesse dovuto determinare un *incertum*, il giudice determinava appunto questo fatto<sup>31</sup>. La funzione cui rispondevano tali formule si svela nel risultato cui esse davano luogo: esse non erano volte, come le formule che conducevano ad una condanna, a «costituire a carico della parte soccombente un nuovo vincolo (*obligatio iudicati* o obbligo pretorio analogo)»<sup>32</sup>, ma si limitavano alla pura e semplice decisione sull'*intentio*<sup>33</sup>: in altre parole, «il mero accertamento del rapporto o del fatto giuridico»<sup>34</sup>.

A dispetto dell'apparente semplicità, sono diversi i problemi che investono la portata e la funzione di questi mezzi processuali. Non è pertanto inutile cercare di ripercorrerli qui, articolando qualche prima osservazione in merito.

<sup>24</sup> Cfr. al riguardo A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 138, secondo cui «questi giudizi non miravano a dare una condanna e non avevano alcun effetto pratico immediato, ma tendevano unicamente a far riconoscere ed accertare imperativamente, attraverso l'autorità del giudicato, l'esistenza o il modo di essere di un determinato rapporto o stato giuridico».

<sup>25</sup> Al riguardo, già F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, cit., p. 189, riteneva che esse «sono dirette ad ottenere la dichiarazione dell'esistenza di un diritto, di un fatto o di una qualità importante in una questione civile che può essere dipoi introdotta».

<sup>26</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 138.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Cfr. A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 138, secondo cui il pretore nella formula non avrebbe assegnato al giudice il potere di condannare, «ma solo quello di *pronuntiare*».

<sup>31</sup> Sul punto cfr. K. HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 195: «Ist das Klagebegehren auf ein *certum* gerichtet, so braucht die Entscheidung des Richters nur 'ja' oder 'nein' zu lauten, je nachdem, ob er die in der Frage ausgedrückte Behauptung des Klägers richtig findet oder nicht ... Ist dagegen die *intentio* auf ein *incertum* gerichtet, wie die Frage nach der Größe der *dos*, so hat der Richter diese Tatsache, also die Höhe des Betrages, festzustellen, ohne daß im Urteil an diese Feststellung irgendwelche Folgerungen geknüpft werden»; v. già A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 138, secondo il quale il *pronuntiare* del giudice avrebbe comportato il «rispondere affermativamente o negativamente alla domanda propositagli».

<sup>32</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 139.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

## 2. I *praeiudicia*. Un primo gruppo

I problemi che il passo gaiano suscita attengono a diverse tematiche quali, ad esempio, la latitudine dell'impiego di simili formule, la loro natura, la loro esperibilità e la loro efficacia. Tuttavia, prima di passare ai problemi che i *praeiudicia*<sup>35</sup> pongono e prima di affrontarne alcune implicazioni, sembra corretto procedere a ricapitolare alcune fra le formule delle quali le fonti conservano ricordo, almeno quelle che sembrano più significative, avvertendo fin da subito come le notizie in merito siano particolarmente scarse e si limitino il più delle volte ad una semplice menzione.

Come si ricordava, in Gai 4.44 vengono menzionati il *praeiudicium si libertus sit* e il *praeiudicium quanta dos sit*.

Che l'elencazione gaiana non sia esaustiva appare evidente dal fatto che lo stesso giurista del II secolo d.C. affermava come le formule in parola fossero *complures*, il che non può significare altro se non che il giureconsulto si limitava a menzionare due soli fra i possibili esempi di formule *praeiudiciales*<sup>36</sup>. È pure possibile, come è stato osservato, che i due esempi siano stati scelti in quanto espressivi – il primo – delle ipotesi in cui il mezzo processuale fosse rivolto all'accertamento di uno *status* giuridico, e – il secondo – dei casi in cui si agisse per l'accertamento di un fatto<sup>37</sup>.

Alla luce di ciò, i *praeiudicia* possono essere fatti rientrare grossomodo in due distinte categorie<sup>38</sup>. Da una parte stanno le formule di accertamento riguardanti appunto lo stato di una persona<sup>39</sup>, quali il *praeiudicium an libertus sit*, il *praeiudicium an liber sit* e, secondo taluno – pur nel silenzio delle fonti sul punto<sup>40</sup> –, il *praeiudicium an servus sit*<sup>41</sup>. Dall'altra si ritrovano le azioni di accertamento che riguardavano l'esistenza di un elemento del negozio giuridico<sup>42</sup>, ovvero, seguendo un diverso criterio discretivo, un più spiccato

<sup>35</sup> Sulla portata del sostantivo *praeiudicium*, mi permetto di rimandare a A. ZINI, *Considerazioni circa alcune ipotesi di concorso tra repressione pubblica e privata in epoca classica*, in L. GAROFALO (cur.), *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive, I. Le discipline generali*, Napoli, 2022, pp. 473 ss.

<sup>36</sup> Cfr. S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 268.

<sup>37</sup> In tal senso, cfr. K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., p. 194: «da es noch mehrere andere soldcher Klagformulare gegeben hat (*et aliae complures*), könnte das erste Beispiel die Klage auf Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses und das zweite die auf Feststellung einer bestimmten Tatsache repräsentierent».

<sup>38</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., pp. 141 ss.

<sup>39</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 141; analogamente, v. anche F. DE MARINI AVONZO, '*Praeiudicium*', in *Noviss. dig. it.*, XIII (1966), p. 542.

<sup>40</sup> Cfr. A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 141, nt. 2: «l'esistenza di questo *praeiudicium* non è provata dalle fonti. Noi riteniamo, seguendo il GIRARD, *Manuel*, 101, nt. 7, che mentre il *praeiudicium an liber sit* era necessario quando un individuo in stato di schiavitù reclamava la libertà, così pure, quando un individuo libero era reclamato come schiavo, occorreva il *praeiudicium an servus sit*»; cfr. anche K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., pp. 214 s.: «Anders ist die Frage nach dem *praeiudicium an servus sit* zu bewerten. Hier überzeugen die Argumente Lenels dafür, daß es kein *praeiudicium*, aber eine arbiträre Leistungsklage gegeben hat».

<sup>41</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 141.

<sup>42</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 142.

carattere patrimoniale<sup>43</sup>: in questa seconda famiglia vanno allora ricondotti anzitutto il *praeiudicium quanta dos sit*, quello *an ex lege bona venierint*, il *praeiudicium ex lege Cicereia* e il *praeiudicium an ea res qua de agitur maior sit centum sestertiis*<sup>44</sup>.

Prendiamo anzitutto in esame i due esempi gaiani per metterne in luce le loro caratteristiche. Il primo fra i due *praeiudicia* citati, che doveva suonare *An N. Negidius libertus A. Agerii sit*<sup>45</sup>, viene menzionato anche in altri passi giurisprudenziali, pur riferibili a tempi successivi rispetto all'epoca gaiana. Si legga, ad esempio, un fondamentale passo di Ulpiano, tratto dal trentottesimo commentario *Ad edictum*<sup>46</sup>.

Nel passo, dal quale scaturiscono numerosi interrogativi<sup>47</sup>, vengono ripercorse le ipotesi al ricorrere delle quali poteva essere intentato il *praeiudicium* in parola<sup>48</sup>, ovvero – secondo una diversa lettura del brano – le finalità cui esso assolveva<sup>49</sup>, tutte accumulate dal fatto che fosse posto in dubbio lo *status* di *libertus* di una delle parti nel quadro di una causa già incardinata, ovvero in vista dell'instaurazione di un'*actio*<sup>50</sup>. Tralascio per il momento le perplessità che suscita l'inciso *sive nulla causa interveniat*, sulle quali mi soffermerò in seguito, in quanto si dimostra essenziale in tema di autonomia dei mezzi pregiudiziali.

Il nostro *praeiudicium* poteva essere intentato anzitutto (e per taluno si tratterebbe dell'ipotesi che rivela l'origine del mezzo in esame<sup>51</sup>) quando

<sup>43</sup> F. DE MARINI AVONZO, 'Praeiudicium', cit., p. 542.

<sup>44</sup> A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., p. 142; sull'ultimo *praeiudicium* menzionato, cfr. Paul. Sent. 5.9.1.

<sup>45</sup> Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule nel processo privato romano*, Padova, 1999, p. 83, già menzionato.

<sup>46</sup> Ulp. 38 *ad Ed. D. 40.14.6: Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in ius vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Geii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, vincitur.*

<sup>47</sup> Cfr. sul punto, ad es., C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania, 1948, p. 230: «lo squarcio *sive operae - interveniat*, in cui la espressione *obsequium* è contenuta, sembrerebbe una glossa esplicativa posta da un autore postclassico al testo originale del giurista. Gli indizi per una tale diagnosi li darebbero i diversi *sive* che, secondo i criteri fissati dall'Albertario, introdurrebbero delle aggiunte "in grandissima parte" di origine pregiustiniana».

<sup>48</sup> Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, Leipzig, 1907, p. 329: «das Präjudizium, von dem hier die Rede ist, ist offenbar das an *Ns Ns libertus Ai Ai sit*, das zur Anwendung kommt, gleichviel ob *Numerius* der Behauptung des *Aulus* mit '*libertum se non esse*' oder mit '*libertum se esse, sed non Ai Ai*' entgegtritt; dasselbe Präjudizium, das bei Gai. 4.44 und in § 13 *de act.* (4.6) summarisch erwähnt wird».

<sup>49</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 371.

<sup>50</sup> Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 371.

<sup>51</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., pp. 371 s.; cfr. anche C. COSENTINI, *Studi sui liberti*, cit., p. 230: «della classicità della elencazione si può dubitare ancora per il rilievo fatto in dottrina che la concessione del *praeiudicium an quis libertus sit* si dovrebbe ammettere esclusivamente in connessione con la richiesta delle opere».

fossero state richieste le *operae*<sup>52</sup> da parte del presunto patrono e il preteso liberto contestasse il suo *status* di liberto, ovvero di non essere liberto dell'attore<sup>53</sup>. Ciò si dimostra coerente con la collocazione palinogenetica del frammento che andrebbe ricondotto proprio al luogo nel quale il giurista «trattava *de operis libertorum*»<sup>54</sup>.

Il nostro mezzo poteva, inoltre, essere utilizzato nei casi di *accusatio ingrati* quando cioè il preteso liberto non avesse prestato il dovuto *obsequium* al patrono e fossero sorte questioni relative alla sua libertinità<sup>55</sup>. Ancora, veniva in rilievo il caso in cui si volesse intentare un'azione che comportasse, ove accolta, la condanna all'*infamia* per il presunto *patronus*: si trattava, come noto, di ipotesi di mezzi processuali la cui esperibilità era preclusa al liberto ove fossero diretti contro il patrono<sup>56</sup>, sicché il nostro *praeiudicium* veniva in considerazione quando il convenuto avesse fatto constare la propria qualità nei riguardi dell'attore<sup>57</sup>, eventualità che, se verificata, avrebbe paralizzato l'azione stessa. Neppure poteva il liberto evocare in giudizio il proprio patrono senza aver previamente ottenuto un'autorizzazione del magistrato<sup>58</sup>; ove fosse mancata simile autorizzazione e il liberto avesse comunque agito, sarebbe spettata al patrono un'*actio in factum*, nell'ambito della quale il convenuto avrebbe potuto opporre di non essere liberto dell'attore<sup>59</sup>, come si ricava anche da un altro passo di Ulpiano, escerpito dal quinto commentario

---

<sup>52</sup> Sul punto, cfr. Gai 3.96: *Item uno loquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit, etsi haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum. nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus [.....].*

<sup>53</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 371; circa le affermazioni delle parti, già nell'ambito dei giudizi 'principali', cfr. K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., pp. 225 s.: «Ist unter 'sive operae petantur sive obsequium desideretur' die Anstrengung der *actio operarum* oder der *accusatio ingrati liberti* nach der *lex Aelia Sentia* zu verstehen, so steckt notwendig schon in der Erhebung dieser Klagen die Behauptung, daß sich der Kläger für den Patron des Beklagten hält. Das gleiche gilt für die *actio in factum*, mit der der Patron gegen seinen *libertus* vorgeht, wenn ihn dieser ohne Zustimmung des Prätors vor Gericht geladen hat».

<sup>54</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 371.

<sup>55</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 372.

<sup>56</sup> Cfr. K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., p. 227: «Einem Freigelassenen ist es verboten, ein derartiges Verfahren gegen seinen Freilasser durchzuführen. Das Patronatsverhältnis stellt somit eine negative Prozeßvoraussetzung für *actiones famosae* dar. Der Patron wendet *in iure* sein Gewaltverhältnis gegen das Klagebegehren des Freigelassenen ein und will damit erreichen, daß der Prätor die Klage denegiert. Im Hinblick auf das Gewaltverhältnis liegt in der Klageerhebung durch den *libertus* nur eine negative Behauptung, mit der das Nichtbestehen der Abhängigkeit erklärt wird. Mit anderen Worten: Weil mit der Klageerhebung das Gewaltverhältnis vom angeblichen *libertus* bestritten, ein solches vom Patron aber durch die Einwendung der fehlenden Prozeßvoraussetzung behauptet wird, treffen Behauptungs- und Beweislast wieder den angeblichen Patron».

<sup>57</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 372.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

edittole del giurista di Tiro, e tradito dai compilatori nel secondo libro del Digesto<sup>60</sup>.

Se, come abbiamo visto, il primo *praeiudicium* evocato da Gaio trova riscontro significativo nelle fonti presenti nella nostra documentazione, il secondo mezzo indicato nelle Istituzioni si dimostra assai più misterioso<sup>61</sup>, dal momento che su di esso la sola affermazione sicura formulabile concerne la sua esistenza. Esso, infatti, viene menzionato dal solo Gai 4.44 e non si possiedono elementi ulteriori per poterne definire in modo meno vago i suoi contorni<sup>62</sup>. Come sembra rivelare il suo nome, esso era verosimilmente volto a determinare l'ammontare della dote<sup>63</sup>, ma, quanto al suo concreto ambito applicativo – il che equivale a dire quanto alle circostanze nelle quali potesse venire in rilievo una determinazione giudiziale dell'ammontare della dote stessa – non si può far altro che ricorrere alle ricostruzioni puramente congetturali di volta in volta proposte da parte della letteratura<sup>64</sup>.

Come si è osservato la dottrina ha concentrato i propri consensi principalmente attorno alle ipotesi a suo tempo formulate da Lenel e da Karlowa. Secondo il primo<sup>65</sup> – che argomentava sulla base di un frammento tratto dal commentario gaiano all'editto del pretore e collocato sotto la rubrica *de praediatoribus*<sup>66</sup> – il nostro *praeiudicium* avrebbe potuto trovare applicazione in caso di *publicatio dotis*, ovvero «con maggior verosimiglianza, nel caso in cui il *praediator* sottoponesse a esecuzione patrimoniale i beni del *praes* che avesse garantito un'obbligazione assunta nei confronti dello Stato»<sup>67</sup>. L'applicazione del *praeiudicium* avrebbe così consentito di determinare con precisione l'ammontare dei beni presenti nel patrimonio dell'esecutato a titolo di dote, per escluderli dalla vendita degli altri beni del garante<sup>68</sup>. Secondo Karlowa<sup>69</sup>, invece, il nostro mezzo processuale sarebbe venuto in rilievo nell'ambito del «procedimento di *missio*

<sup>60</sup> Ulp. 5 ad Ed. D. 2.4.8.1: '*patronum*', inquit, '*patronam*'. *patroni hic accipiendi sunt, qui ex servitute manumiserunt: vel si collusionem detexit: vel si qui praeiudicio pronuntietur esse libertus cum alioquin non fuerit, aut si iuravi eum libertum meum esse: quemadmodum per contrarium pro patrono non habebor, si contra me iudicatum est aut si me deferente iuraverit se libertum non esse.*

<sup>61</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., § 1.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., §1; F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, cit., p. 190, osservava che questo *praeiudicium* «della dote non si riferisce certamente alla restituzione perché la misura della cosa da restituire e la dimanda della restituzione è un solo giudizio ... è adunque piuttosto da credere che quel pregiudizio si riferisca alla ritenzione della dote; imperocché nessun dubbio essendovi di questo diritto, poteva però parer necessario di sapere quanta era la dote stessa».

<sup>65</sup> LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*. *Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, p. 390, e relative ntt.

<sup>66</sup> Gai. *ad ed. de praediator*. D. 23.3.54: *Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotalis esse videntur.*

<sup>67</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., §2.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, pp. 1183 ss.

*in possessionem dotis servandae causa* richiesto dalla moglie nei confronti degli eredi del marito a garanzia del credito dotale»<sup>70</sup>.

Recentemente si è proposto che questo *praeiudicium* potesse essere usato «anche allo scopo di determinare in via incidentale se, nell’ambito della procedura formulare, un’azione relativa alla restituzione della dote, non importa se *profecticia* o *recepticia* (e, dunque: *actio rei uxoriae* o *actio ex stipulatu*), rientrasse o meno nei limiti della competenza per valore dei magistrati municipali»<sup>71</sup>. Al riguardo, è noto come la documentazione epigrafica e le testimonianze giurisprudenziali mostrino che i magistrati locali erano competenti, oltre che in ragione di luogo e materia, «anche *ratione valoris*»<sup>72</sup>, essendo stabiliti dagli statuti municipali limiti di valore varcati i quali «la competenza sarebbe spettata al pretore oppure al governatore provinciale»<sup>73</sup>.

A mente del principio per il quale la competenza del magistrato giudicante si determinava sulla base della domanda attorea, è possibile immaginare che quando non fosse stato agevole determinare il valore della domanda fosse consentito ai litiganti di utilizzare di uno strumento volto ad accertare, «prima di compiere la *litis contestatio*, la competenza per valore del magistrato innanzi al quale si voleva agire»<sup>74</sup>. Secondo lo stesso Varvaro, autore della congettura<sup>75</sup> in esame, quando fosse richiesta la restituzione della dote, mediante l’*actio rei uxoriae*, la cui *intentio* era incerta, il *praeiudicium quanta dos sit* avrebbe potuto essere utilizzato appunto «per quantificare il valore della domanda»<sup>76</sup> assumendo rilevanza ai fini della ripartizione della competenza per valore del magistrato. Questi, ove il valore determinato sulla base della *formula praeiudicialis* fosse stato superiore al proprio ‘scaglione di competenza’ avrebbe dovuto *denegare actionem*<sup>77</sup> proprio perché il valore della causa esorbitava la propria competenza.

Quanto agli altri *praeiudicia*<sup>78</sup>, rientra per certo nella prima categoria enunciata, il *praeiudicium an liber sit*. La dottrina ha mantenuto a lungo un «atteggiamento di chiusura»<sup>79</sup> rispetto all’esistenza – per l’epoca classica – di

<sup>70</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., § 2.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., § 3.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> È lo stesso Varvaro, nel titolo del contributo ove essa è presentata a qualificare così la propria ipotesi circa l’applicabilità del *praeiudicium quanta dos sit* ai fini della determinazione della competenza del magistrato provinciale.

<sup>76</sup> M. VARVARO, *Una congettura*, cit., § 3.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> La ricostruzione delle formule fornita da D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., pp. 83 s., comprende il *praeiudicium ex lege Cicereia*, quello *an libertus sit*, quello *an ingenuus sit*, quello *an in potestate sit*, quello *de agnoscendis liberis* e quello *si ex servitute in libertatem petatur*.

<sup>79</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 261.

questo mezzo processuale. Sulla scia di Lenel<sup>80</sup>, hanno a lungo pesato la mancata menzione del nostro *praeiudicium* nel passo gaiano più volte evocato<sup>81</sup> e, in generale, il riserbo che i giuristi mantengono sul medesimo, anche ove si parla di *vindicatio in libertatem*. Quanto al primo argomento, si è detto che essendo il *praeiudicium an liber sit* quello probabilmente più importante<sup>82</sup>, se fosse esistito, esso si sarebbe dovuta trovarne traccia nella pur laconica esemplificazione gaiana<sup>83</sup>. Inoltre, a mente di Inst. 4.6.13<sup>84</sup>, il *praeiudicium an liber sit* sarebbe «l'unico fondato sul *ius civile*», e dunque, per tale ragione, «Gaio avrebbe dovuto senz'altro menzionarlo nel suo manuale, dedicato essenzialmente al diritto civile»<sup>85</sup>. Quanto al secondo argomento, il silenzio degli altri giuristi classici, aggiuntivo rispetto a quello di Gaio, risulterebbe rivelatore, in quanto questi «non mancano di sottolineare la natura di *praeiudicium*, parlando delle azioni che tale qualità rivestono»<sup>86</sup>. Entrambi gli argomenti non sono sembrati, negli ultimi anni, invincibili<sup>87</sup>. Se si pensa al fatto che i frammenti dei giureconsulti relativi alla *vindicatio in libertatem* non sono numerosi, ad esempio, si può comprendere come il silenzio in materia non possa essere a tal punto enfatizzato da escludere con sicurezza e in radice l'esistenza del *praeiudicium an liber sit*.

A ben guardare, inoltre, nemmeno la reticenza di Gaio appare dirimente dal momento che l'argomento per il quale, se il giurista avesse conosciuto il *praeiudicium an liber sit* lo avrebbe menzionato perché più rilevante di quelli citati<sup>88</sup> prova troppo, non potendosi ricavare da una rapida digressione una completa architettura sistematica<sup>89</sup>: al riguardo, è stato osservato ancora come

<sup>80</sup> Cfr. K. HACKL, 'Praeiudicium', cit., p. 204: «Nach der Ansicht Lenels soll weder die *vindicatio in libertatem* noch die *petitio in servitatem* in der Form eines Präjudizialstreits durchgeführt worden sein».

<sup>81</sup> Cfr. G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, p. 116.

<sup>82</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 116.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> I. 4.6.13: *Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.*

<sup>85</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 116.

<sup>86</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 117.

<sup>87</sup> Per vero tali non sembrarono nemmeno a Lenel, come osserva K. HACKL, 'Praeiudicium', cit., pp. 206 s.: «Daß Lenel aber seiner eigenen Argumentation keine volle Überzeugungskraft beigemessen hat, zeigt seine Schlußbemerkung: "Es kann mir selbstverständlich nicht beifallen, behaupten, durch obige Erwägungen sei die Nichtexistenz des *praeiudicium de libertate* in klassischer Zeit erwiesen". Diese Zurückhaltung Lenels in der Bewertung seiner Argumentation müssen wir uns vor Augen halten, wenn wir bei Autoren in der Folgezeit angeblich 'gesichertere' Ergebnisse antreffen, ohne daß andere und stichhaltigere Begründungen vorgebracht würden».

<sup>88</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 261.

<sup>89</sup> Non possiamo, in altri termini, determinare i motivi per i quali Gaio abbia scelto di citare proprio quei due soli esempi; a tal proposito v. K. HACKL, 'Praeiudicium', cit., pp. 205 s.: «Gegen das *argumentum e silentio*, das Lenel so hoch bewertet, daß er meint, Gaius müßte dieses *praeiudicium*, wenn es existiert hätte, genannt haben, ist hervorzuheben, daß wir bei Erwähnung von nur zwei Beispielen aus mehreren nicht wissen können, warum der Autor gerade diese Auswahl getroffen hat».

«l'approccio cautelare privilegiato da Gaio» avrebbe potuto forse rendere preferibile proprio il richiamo «di quei due *praeiudicia* e, in particolare, fra quelli di *status*, del *praeiudicium an libertus sit*»<sup>90</sup>. Quanto alla pregiudizialità, sarebbe infatti più chiaramente percepibile nel *praeiudicium an libertus sit* rispetto al quale erano certi i riflessi patrimoniali, dal momento che dall'accertamento della libertinità del convenuto potevano derivare questioni – patrimoniali, appunto – «relative al *ius patronatus*», il che avrebbe forse reso preferibile la citazione del «*praeiudicium an libertus sit* rispetto a quello *an liber sit*»<sup>91</sup>.

È stato inoltre osservato come sia possibile congetturare che la genesi del *praeiudicium an liber sit* sia da collocarsi nella seconda metà del I secolo d.C., ossia in un'epoca successiva rispetto a quella cui dovrebbero ricondursi i modelli che avrebbero ispirato la stesura delle Istituzioni gaiane<sup>92</sup>, il che spiegherebbe il silenzio del Palinsesto Veronese sul punto. Si è sottolineato infatti come, essendo probabile che il manuale di Gaio derivasse da un modello precedente<sup>93</sup>, sia possibile ipotizzare che la causa della mancata citazione di questo *praeiudicium* fosse proprio da rintracciare nella circostanza per la quale, quando simile modello era stato concepito (al riguardo, si è ipotizzata un'opera andata perduta di Cassio, basata «su una rielaborazione del tripartito materiale sabiniano»<sup>94</sup>), il *praeiudicium* non fosse stato ancora introdotto.

Estremamente discussa<sup>95</sup> è quindi l'esistenza del *praeiudicium an liber sit* (o, seppure non certamente, *de partu agnoscendo*<sup>96</sup>), in base al quale è probabile

<sup>90</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 261.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Cfr. S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 262.

<sup>93</sup> Cfr. A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustiniane*, Milano, 2002, pp. 478 s.: «si è giunti ad affermare che un'opera elaborata in modo tutto sommato così articolato ed innovativo, a partire dallo stesso titolo, che non trova riscontro in altre opere giurisprudenziali anteriori o contemporanee, non poteva risalire ad una mente semplice, come quella di Gaio. Certamente questi doveva aver riaggiustato un manuale che per altri versi circolava già tra i teorici. Allora la dottrina specialistica ha dedicato le sue fatiche a cercare, nella letteratura giuridica anteriore, le tracce di un 'proto-Gaio' a cui questo giurista avrebbe attinto per la sua composizione».

<sup>94</sup> Cfr. A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 479.

<sup>95</sup> Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 383; in merito alla discussione in dottrina, e a favore delle posizioni di Triantaphyllopoulos, cfr. anche K. HACKL, *'Praeiudicium'*, cit., p. 214: «Den Ausführungen von Triantaphyllopoulos, denen ich mich anschließe, ist nicht mehr viel hinzuzufügen. Wenn Lenel meinte, mit seiner Argumentation sei das Nichtbestehen des Präjudizialprozesses für die *causa liberalis* nicht erwiesen, so ist aus den vorgetragenen Gegenargumenten der Schluß zu ziehen, daß ein *praeiudicium an liber sit* als Formularverfahren der römischen Klassik doch sehr wahrscheinlich ist. Mit allem Nachdruck verdient hervorgehoben zu werden, daß Diokletian sich nicht auf das prätorische Edikt zu berufen brauchte, wenn er ein Rechtsmittel der Kognition beschreiben wollte. Und noch viel weniger hatte Justinian es nötig, ein von ihm neu produziertes Verfahren mit dem Mäntelchen des klassischen Ursprungs zu tarnen und dazu die Geschichte zu erfinden, daß sich die in der Klassik nachweisbaren *praeiudicia* auf das Honorarrecht stützten, das neu geschaffene aber auf das *ius civile*».

<sup>96</sup> Contro questa denominazione, cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 385, nt. 787: «che i Romani chiamassero il nostro *praeiudicium 'de partu agnoscendo'*, come ritiene

che il giudice formulare fosse chiamato a decidere in merito all' 'appartenenza' del figlio al marito. Al di là della reticenza del Gaio veronese, esso compare – oltre che in un problematico brano di Quintiliano<sup>97</sup> – in un complesso di testi tratti dal venticinquesimo libro del Digesto, sotto la rubrica *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*, ed escerpti dal trentaquattresimo commentario editale di Ulpiano<sup>98</sup>. Essi trattano, a grandi linee, del *Senatus Consultum Plancianum*.

Indipendentemente dalle questioni testuali che i primi due testi suscitano, essendosi spesi per entrambi numerosi sospetti di interpolazione, e in forza della scarsa plausibilità di un mezzo che costringesse il *pater* che non avesse riconosciuto il *filius* a riconoscerlo o a non riconoscerlo, autorevole dottrina ha ritenuto che la formula del nostro *praeiudicium* dovesse suonare così: *A. s. A. s. filius N. i. N. i. sit*<sup>99</sup>.

Per vero, va osservato come senza il fondamentale ritrovamento della *lex Irnitana*, le fonti che si possono radunare per dimostrare la classicità del *praeiudicium an liber sit* costituiscano un assieme che non può certamente

---

qualche autore ... non ci sembra verisimile, sia per l'unità della formula sia perché esso poteva proposto in ogni tempo dopo la nascita, pure dopo la morte del padre, nei confronti dei terzi, da parte del figlio e contro di lui». Pure contrario alla ricostruzione leneliana (che suona an *A. s. A. s. in ea causa sit ut agnoscere debeat* ed è tratta da D. 25.3.1.16; cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., pp. 311 ss.) si dimostra F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*, in *Studi in onore di E. Volterra*, IV, Milano, 1971, p. 112, nt. 12; a favore della ricostruzione: *an filius sit*; circa l'inciso *esse in ea causa ut agnoscere debeat*, lo stesso studioso mostra di ritenere, di contro all'opinione di Marrone che vi individua una possibile interpolazione, che esso possa significare non tanto che «la sentenza del giudice formulare dovesse con mezzi coercitivi imporre al padre di *agnoscere natum* ... ma semplicemente che il padre – avuto esito sfavorevole l'accertamento giudiziale da lui provocato con la negazione, in sede di procedura *ex senatus consultis* che il *factum conceptionis* era a lui riferibile – doveva sottostare alle conseguenze tutte dell'accertamento medesimo».

<sup>97</sup> Cfr., infatti, Quint. *inst.* 3.6.57, su cui v. oltre, sia nel testo che nelle note. Sul brano, v. K. HACKL, *'Praeiudicium'*, cit., p. 214: «Als Bestätigung dafür, daß ein *praeiudicium an liber sit* im klassischen Recht sehr wohl existiert habe, nennt Triantaphyllopoulos noch eine aufschlußreiche literarische Quelle». V. anche la prossima nt.

<sup>98</sup> Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.16: *Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur*; Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3 pr.: *Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicem ius facere. et ita Marcellus libro septimo digestorum probat, eoque iure utimur*; Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3.4: «*Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? et Iulianus Sexto Caecilio Africano respondit locum esse praediudicio.*

<sup>99</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 385; S. SCIORTINO, *Studi*, cit., pp. 270 ss., sulla base dell'identificazione nella parola *adsertio* della lite di libertà, e in modo particolare della *vindicatio in libertatem* crede di poter scorgere nel seguente passo di Quintiliano «un riferimento all'*intentio* formulata in termini ipotetici (*si paret*), di cui consta il *praeiudicium an liber sit*, volto ad accertare *an Titius liber sit*»; cfr. Quint. *inst.* 3.6.57: «*Negotialem (pragmatiken vocat), in qua de rebus ipsis quaeritur remoto personarum complexu, ut 'sitne liber qui est in adsertione', 'an divitiae superbiam pariant', 'an iustum quid, an bonum sit'; iuridicalem, in qua fere eadem, sed certis destinatisque personis quaerantur: 'an ille iuste hoc fecerit vel bene'*».

ritenersi probante<sup>100</sup>. Successivamente al ritrovamento della *lex municipalis* di Irni<sup>101</sup>, invece, l'esistenza del nostro *praeiudicium* non può più essere posta ragionevolmente in dubbio<sup>102</sup>. Nel capitolo 84 della *lex Irnitana*, infatti, vi è un'esplicita menzione ad un *praeiudicium de capite libero* che risulta escluso dall'ambito di competenza del magistrato municipale: viene difatti negato che quest'ultimo potesse essere competente per liti che superassero i mille sesterzi di valore nonché per quelle relative stesse «per esservi un *praeiudicium de capite libero*»<sup>103</sup>.

Ebbene, senza entrare per ora nel merito di alcune delle questioni che la fonte epigrafica solleva, basti ricordare come il *praeiudicium de capite libero* possa essere con buona probabilità ricondotto proprio nell'ambito delle controversie di stato<sup>104</sup> e, in particolare, del *praeiudicium an liber sit*,

<sup>100</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 264

<sup>101</sup> Sulle modalità del ritrovamento, cfr., per tutti, F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'. Municipalità e 'ius Romanorum'*, Napoli, 1993, pp. 1 ss.

<sup>102</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 264.

<sup>103</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 266; se si volesse indagare i motivi per i quali si sia sentita l'esigenza di privare i magistrati municipali della competenza a conoscere di simili cause, cfr. F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*, cit., pp. 152 s.: «occorre tener conto che la complessa materia delle controversie *de libertate* era stata, in periodo postaugusteo, ancora complicata da interventi di Claudio (il quale prescrisse che la causa di stato non poteva essere pregiudicata dalla decisione di una controversia pecuniaria) e dello stesso Domiziano, cui è attribuito un *senatusconsultum de collusione detegenda*: con questo provvedimento si attribuiva lo schiavo, dichiarato ingenuo in giudizio con la complicità del dominus, a colui che fosse riuscito a provare la collusione (e dunque lo *status servitutis* del soggetto). Proprio questa disposizione domiziana aveva dovuto far dilagare i processi di stato (e forse in particolare i *praeiudicia*, che non implicavano la necessità di esborsi pecuniari). Può pensarsi che, per far fronte ad un simile rischio nei municipi, si disponesse la esclusione dei *praeiudicia de capite libero* dalla *iurisdictio* municipale: chi avesse avuto l'intenzione di accaparrarsi uno schiavo, provando la collusione, avrebbe dovuto quanto meno attivarsi sino ad adire la giurisdizione governatoria»; Su questi aspetti cfr. anche R. SCEVOLA, *La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in L. GAROFALO (cur.), *'Crimina e delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli, 2019, pp. 335 ss.

<sup>104</sup> Cfr. M. DE BERNARDI, *'Lex Irnitana' LXXXIV - LXXXV - LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla 'sponsio' nel processo romano*, in *'Testimonium amicitiae' (a Franco Pastori)*, Milano, 1992, pp. 119 s.: «mi pare ... che il periodo 'corra' molto meglio se anche l'espressione *de capite libero* (linea 5) viene collegata sia al *praeiudicium*, sia alla *sponsio*. Il cap. LXXXIV, oltre che alle controversie *de libertate* (linea 9), fa cenno in altri punti al *praeiudicium de capite libero* (linee 16-17, *praeiudicium futurum sit de capite libero*; 19-20, *praeiudicium de capite libero futurum erit*). Il riferimento a *praeiudicia de capite*, preso per sé, potrebbe alludere alla efficacia pregiudiziale della sentenza da pronunciarsi in alcuni *iudicia publica* nei confronti di un *iudicium privatum*, nel senso che il magistrato locale non avrebbe il potere di dar corso al secondo laddove, per fatti in esso rilevanti, dovesse aversi un giudizio criminale. Ma tale interpretazione dà luogo a notevoli perplessità in considerazione dell'uso (ripetuto) dell'aggettivo *libero* accanto a *capite* e trova ostacolo alle linee 5 s. proprio nella riferibilità dell'espressione *de capite libero* non al solo *praeiudicium*, bensì anche alla *sponsio*: una *sponsio de capite libero*, affiancata ad un analogo *praeiudicium*, non richiama affatto alla mente giudizi pubblici». Onde, prosegue l'autore (M. DE BERNARDI, *'Lex Irnitana'*, cit., p. 121), «se si dà al termine 'caput' il significato usuale nelle fonti giuridiche! – di 'persona', appare preferibile una lettura più semplice e piana, secondo la quale la menzione di *praeiudicia* e *sponsiones de capite libero* alluderebbe a controversie in tema di stato. Pregiudizi 'su di una persona libera' sarebbero stati anzitutto quelli *an libertus*

costituendo un indizio decisivo a favore della classicità del mezzo in parola<sup>105</sup>.

Ancora è discusso il *praeiudicium an ingenuus sit*, in qualche modo correlato con quello *an libertus sit* la cui esistenza, come si è visto, è garantita per l'epoca classica da quanto ricordato da Gaio in 4.44. La dottrina tradizionale era solita ritenere, infatti, che esistesse un *praeiudicium an ingenuus sit*, il quale poteva essere esperito quando fosse necessario procedere all'accertamento dell'*ingenuitas* di colui che agiva in giudizio. Per le sue caratteristiche, nonché per quelle proprie del *praeiudicium an libertus sit*, si riteneva che esso fosse da quest'ultimo distinto e dunque «non meramente speculare rispetto a quello *de libertinitate*»<sup>106</sup>. Difatti, l'esito negativo dell'esperimento del *praeiudicium an libertus sit* non avrebbe statuito alcunché in merito all'ingenuità della presunta liberta, poiché esso riguardava esclusivamente il rapporto tra il preteso patrono e il preteso liberto, senza che la negazione del rapporto di patronato comportasse automaticamente l'accertamento dell'ingenuità del preteso liberto. A tale accertamento era piuttosto rivolto proprio il *praeiudicium* sull'ingenuità di colui che intentava il *praeiudicium* stesso.

Anche per questo mezzo processuale ha pesato a lungo lo scetticismo di Lenel, alla cui tesi si è conformata una grande parte della dottrina successiva<sup>107</sup> cui ha fatto riscontro, in tempi meno remoti, Matteo Marrone il

---

*sit* e *an ingenuus sit*: data per scontata l'attuale condizione di libertà di una persona, poteva sorgere l'esigenza di accertare il suo rapporto col preteso patrono o, più in generale, la sua assoluta ingenuità».

<sup>105</sup> Cfr. F. LAMBERTI, 'Tabulae Irnitanae', cit., p. 150, secondo la quale «la nostra legge non solo rimuove ogni dubbio sull'esistenza di un simile *praeiudicium* già in epoca altoclassica, ma dà sostegno anche all'ipotesi dell'uso dell'*agere per sponsionem* nella *vindicatio in libertatem* (anche questo punto assai dibattuto dalla moderna dottrina), nel passaggio in cui (1.5 s.) è detto *aut de capite libero ... praeiudicium futurum erit, sponsiove ... facta futurave erit*. La *sponsio* introdotta in relazione al *praeiudicium de libertate* altro non è – credo – che una *sponsio praeiudicialis* introduttiva di un *agere per sponsionem*, ben utilizzabile, dunque, nelle controversie di stato (accanto ad essa la legge menziona le *sponsiones* concluse per somme superiori ai mille sesterzi; l'intento – evidente – è di evitare che le parti, mercé *sponsiones praeiudiciales*, tentassero di aggirare le disposizioni legislative in tema di *iurisdictio*: ciò nonostante, per questa ipotesi, la legge fa salva la volontà delle parti – di entrambe le parti – di portare la controversia in sede locale); v., tuttavia, M. DE BERNARDI, 'Lex Irnitana', cit., p. 121, secondo cui «letteralmente le parole '*de capite libero*' non dovrebbero riferirsi a *praeiudicia an liber sit*, perché in questi l'eventuale stato di libertà è proprio l'oggetto dell'accertamento da compiersi, non un dato sicuro (del resto alla linea 9 si fa cenno, viceversa, proprio a controversie *de libertate*). Però l'espressione potrebbe fors'anche essere usata in senso meno rigoroso e indicare genericamente le questioni sullo stato delle persone, comprese appunto quelle rivolte ad accertare l'eventuale libertà di un soggetto».

<sup>106</sup> Sul punto cfr. N. DONADIO, 'Praeiudicia' e 'divisio actionum', in L. GAROFALO (cur.) 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova, 2011, p. 465.

<sup>107</sup> G.I. LUZZATTO, 'Praeiudicium' e 'sponsio praeiudiciales' (A proposito delle tavolette Ercolanesi relative al processo di Giusta), in *Studi in memoria di B. Donati*, Modena, 1954, p. 6 osservava: «è noto che l'esistenza del *praeiudicium an ingenuus sit*, ha urtato contro il generale scetticismo che, dal Lenel in poi, circonda tutti i *praeiudicia* nelle *causae liberales*. In particolare, il Krüger, ammettendo bensì un *praeiudicium an libertus sit*, dato che la

quale ha escluso per l'epoca classica l'esistenza del nostro mezzo processuale<sup>108</sup>: secondo lo studioso palermitano, sulla linea degli argomenti della corrente dottrinale che faceva capo a Krüger<sup>109</sup>, le fonti che sembrerebbero riferirsi al nostro *praeiudicium* dovrebbero essere ricondotte alla *cognitio extra ordinem*<sup>110</sup>, in quanto nelle forme di quest'ultima si sarebbe svolto il processo di ingenuità: nelle testimonianze relative alle questioni di ingenuità, infatti, mai si incontrerebbe la parola *praeiudicium*<sup>111</sup>. In effetti, che esistesse il *praeiudicium* in parola era sostenuto dalla dottrina senza che nelle fonti si rinvenisse una sua attestazione diretta<sup>112</sup>. Una testimonianza davvero rilevante sul punto è rintracciabile, secondo la dottrina più accreditata sul punto, nel complesso di documenti che si riferiscono al 'processo di Giusta'. Secondo Arangio-Ruiz e Luzzatto, nelle tavolette di Ercolano si ritroverebbe documentato un processo nel quale si sarebbe questionato in merito alla ingenuità della presunta liberta Giusta, introdotto mediante un «*praeiudicium* specificamente diretto ad accertare l'*ingenuitas Iustae*»<sup>113</sup>. Seguendo il secondo studioso, peraltro, non vi sarebbe stato alcun mezzo per far valere la presunta ingenuità di Giusta se non il *praeiudicium an ingenuus sit* o il ricorso all'*agere per sponsionem* facendo ricorso ad una *sponsio praeiudicialis*<sup>114</sup>. Le Tavolette della città vesuviana, riandando all'età dei Flavi sembrano quindi deporre per l'esistenza del nostro *praeiudicium* per quell'epoca.

### 3. Il secondo gruppo di *formulae praeiudiciales*

Quanto alla seconda categoria di *praeiudicia*, è possibile formulare le seguenti osservazioni. Da Gaio siamo anzitutto informati in merito ad un

---

rubrica edittale è, su di esso, incontestabile, tendeva invece ad escludere dall'*ordo iudiciorum* un *praeiudicium an ingenuus sit*, ritenendo che i processi di questo tipo avrebbero trovato il proprio riconoscimento soltanto per via di costituzioni imperiali e di Senatoconsulti, e che tutta la materia sarebbe stata regolata *extra ordinem*, e soggetta alla giurisdizione consolare».

<sup>108</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., pp. 374 ss.

<sup>109</sup> Gli argomenti di questo studioso sono giudicati «decisivi» da M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 376.

<sup>110</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., pp. 375 s.

<sup>111</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 377.

<sup>112</sup> N. DONADIO, '*Praeiudicia*', cit., p. 467.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Cfr. G.I. LUZZATTO, '*Praeiudicium*', cit., p. 6: «è noto che oggetto della causa instaurata da Giusta contro Calatoria Temide era appunto la pretesa della prima di essere ingenua, anziché liberta di Calatoria. E tale pretesa non si sarebbe potuta sostenere, in sede giudiziale, se non attraverso un *praeiudicium an ingenuus sit*, oppure innestando il procedimento su una *sponsio praeiudicialis*, e, quindi, nella forma dell'*agere per sponsionem*».

*praeiudicium ex lege Cicereia*<sup>115</sup>, o meglio *praiudicium an ex lege Cicereia praedictum sit*<sup>116</sup>, che ricorre in Gaio 3.123<sup>117</sup>.

Secondo la ricostruzione palinogenetica proposta da Dario Mantovani esso sarebbe stato appunto così composto: ‘*An ex lege Cicereia praedictum sit*’<sup>118</sup>. In forza del vittorioso esperimento del menzionato mezzo processuale, apprestato da un’apposita *lex*<sup>119</sup>, gli *sponsores* e i *fidepromissores* sarebbero stati liberati dalla loro obbligazione. Anche riguardo tale mezzo processuale, le fonti appaiono piuttosto reticenti, forse in ragione del fatto che la *lex Cicereia* non doveva essere più vigente all’epoca della Compilazione giustiniana<sup>120</sup>, pur non essendo per taluno questa una ragione sufficiente, e dovendosi piuttosto supporre che il predetto *praeiudicium* non fosse di largo impiego<sup>121</sup>.

Circa i motivi che avrebbero reso raro l’utilizzo del mezzo in parola si è sostenuto che il fatto la *manus iniectio legis Furiae* fosse sufficiente allo scopo da un lato<sup>122</sup>, il rigore cui era improntato il *praeiudicium legis Cicereiae* dall’altro, avrebbero reso i creditori prudenti<sup>123</sup> poiché correvano il rischio di perdere i propri garanti. Il mezzo processuale in esame, peraltro, ha suscitato accese discussioni in quanto a lungo è stato ritenuto il solo *praeiudicium* idoneo a essere esperito in via autonoma, a prescindere, cioè, da un giudizio principale sul quale si fosse innestata la parentesi ‘pregiudiziale’. La dottrina ha così cercato di sciogliere i dubbi che simile eccezione poneva ricorrendo, ad esempio, alla sua origine legislativa, osservando come la legge che lo istituiva ben poteva stabilire per esso «norme di natura singolare»<sup>124</sup>; né va dimenticato come – in una generale considerazione tendente ad ammettere un’esperibilità autonoma dei *praeiudicia* – la singolarità del nostro apparisse meno netta e più coerente con un intero sistema<sup>125</sup>.

<sup>115</sup> Cfr. M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 393.

<sup>116</sup> M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 393; M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 70.

<sup>117</sup> Gai 3.123: *Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit; et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX. praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur. qua lege fideiussorum mentio nulla fit; sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.*

<sup>118</sup> D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 83.

<sup>119</sup> M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 369.

<sup>120</sup> J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, ‘*Praeiudicium legis Cicereiae*’, in *Labeo*, X (1964), p. 24.

<sup>121</sup> J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, ‘*Praeiudicium legis Cicereiae*’, cit., p. 24.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale*, cit., p. 369.

<sup>125</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei ‘praeiudicia’*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, XXIX (1963), p. 162.

In un passo del Digesto, ove è tradito un lacerto del primo libro *De constitutionibus* del giurista adrianeo Papirio Giusto, si fa menzione del *praeiudicium an ex lege bona venierint*<sup>126</sup>.

Di contro a coloro che ne ammettevano un'autonoma esercibilità, secondo Marrone, il *praeiudicium* in esame veniva impiegato «quando la questione relativa sorgeva nel corso di una *reivindicatio*, esperita dalla persona di cui si pretendeva fossero stati venduti i beni in un processo esecutivo»<sup>127</sup>.

#### 4. La possibile natura autonoma delle *formulae praeiudiciales*

Tali erano, dunque, talune delle formule *praeiudiciales* che le fonti ci restituiscono, con maggiore o minore ampiezza di dettaglio, talora soltanto tramandando il 'nome' del singolo mezzo processuale.

Occorre notare come i mezzi processuali che si sono incontrati sin qui rispondano genericamente tutti alla funzione – già accennata, e insita nelle loro caratteristiche formulari – di risolvere una questione di diritto o di determinare un certo fatto. Bisogna ora affrontare un punto essenziale, sul quale la dottrina ha a lungo dibattuto: le formule *praeiudiciales* costituivano mezzi autonomi ovvero esse erano strettamente collegati a un giudizio successivo e principale del quale risolvevano, per così dire, un singolo punto? È evidente, infatti, che vincolare a un differente e 'maggiore' giudizio la formula *praeiudicialis*, significa porre la decisione in seno a quest'ultima nel solco di una 'serie procedimentale' che portava a un fine diverso rispetto all'accertamento.

È noto come una cospicua parte della dottrina abbia escluso una autonoma esperibilità delle formule pregiudiziali, ritenendole essenzialmente «mezzi giudiziari a carattere incidentale», cioè esperibili nel corso di una questione principale ed in funzione di essa<sup>128</sup>, potendosi al più discutere se nel corso dell'età classica esse fossero assurte al rango di azioni proponibili anche in via autonoma (risultato che apparirebbe raggiunto, comunque, a leggere le Istituzioni imperiali, in epoca giustiniana).

La posizione più forte in merito mi sembra sia stata quella di Marrone, il quale, a partire dal lungo contributo apparso negli *Annali* palermitani e pure in scritti successivi, ha ritenuto che sempre, durante l'epoca classica, le nostre formule fossero connotate da incidentalità<sup>129</sup>. Secondo lo stesso studioso, infatti, i *praeiudicia* sarebbero stati mezzi processuali che rispondevano alla necessità di regolare l'ordine dello svolgimento di alcuni giudizi, di modo che una questione (che con terminologia moderna useremmo definire

<sup>126</sup> Papirius 1 *de const.* D. 42.5.30: *Imperatores Antoninus et Verus augusti rescripserunt eos, qui bona sua negant iure venisse, praeiudicio experiri debere et frustra principem desiderare rescindi venditionem.*

<sup>127</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 394.

<sup>128</sup> Così icasticamente M. MARRONE, *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, cit., p. 71.

<sup>129</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, cit., p. 71 e nt. 2.

‘pregiudiziale’), logicamente antecedente a un’altra, fosse trattata e decisa anteriormente e il suo esito rilevasse anche nel secondo giudizio. A lato delle ipotesi di concorso tra giudizio criminale e giudizio penale svolto nelle forme dell’*ordo iudiciorum privatorum*, rilevano i casi di connessione tra due giudizi<sup>130</sup> appartenenti a quest’ultimo.

Simile opera di ‘coordinamento’ tra diversi giudizi spettava, secondo un’importante puntualizzazione dello stesso Marrone, al pretore nel corso della fase *in iure* del processo; il magistrato avrebbe fatto sì che la decisione presa in esito alla questione pregiudiziale riverberasse i propri effetti anche su quella innanzi a sé pendente<sup>131</sup>. In questa prospettiva, allora il *praeiudicium* si sarebbe collocato nella stessa schiera entro cui rientravano le eccezioni pregiudiziali, apposite *cautiones* o la stessa *denegatio actionis*<sup>132</sup>. Si sarebbe, pertanto, trattato di un mezzo di ausilio al magistrato, o meglio alla sua cognizione: ove, innanzi al pretore, si fossero presentate questioni ‘pregiudiziali’ (vale a dire, questioni che avrebbero condizionato l’esito della lite) che non potevano essere risolte in quella sede e per le quali non sussistevano autonomi giudizi, egli «invitava le parti a contestare le relative *formulae praeiudiciales*»<sup>133</sup>. Del loro esito il pretore avrebbe potuto giovare nell’adottare i propri provvedimenti<sup>134</sup>.

Già prima delle scoperte epigrafiche che hanno costituito un fondamentale tassello per affermare la natura autonoma, se non di tutti, almeno di alcuni dei *praeiudicia* noti, alcune critiche si erano levate circa la costruzione di Marrone (per lo meno quella contenuta nello studio sull’efficacia pregiudiziale della sentenza e in quello dedicato alla funzione delle *formulae praeiudiciales*), che voleva connotata da efficacia meramente pregiudiziale ogni pronuncia resa in esito a un giudizio incardinato mediante un *praeiudicium*. Per queste critiche il punto di partenza è costituito dal già citato passo di Ulpiano relativo alle *operae* del liberto<sup>135</sup>.

I maggiori dubbi, come si è visto, concernono l’inciso *sive nulla causa interveniat* il quale sembrerebbe consentire l’esperibilità del *praeiudicium an libertus sit* al di fuori di ogni possibile legame con un diverso e maggiore

<sup>130</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle ‘formulae praeiudiciales’*, cit., p. 82.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle ‘formulae praeiudiciales’*, cit., pp. 82 s.

<sup>133</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle ‘formulae praeiudiciales’*, cit., p. 86.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Ulp. 38 ad Ed. D. 40.14.6: *Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in ius vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, vincitur. Cfr. P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 151, secondo il quale si tratterebbe del frammento fondamentale «al fine di sostenere l’autonomia o meno dei *praeiudicia*».*

giudizio nel cui ambito fosse emersa la questione di libertinità versata poi nel *praeiudicium* in esame<sup>136</sup>.

Si tratta, anzitutto, di dubbi testuali: essendo stato il menzionato inciso è stato, infatti, considerato un intervento di fattura successiva, dal momento che esso poco si attaglierebbe al passo per come esso è stato congegnato<sup>137</sup>: la menzione alla possibilità di intentare *praeiudicium* senza che vi fosse un'altra causa, infatti, sembrerebbe togliere ogni rilevanza alla precedente elencazione delle ipotesi nelle quali era possibile specificamente impiegare questo mezzo processuale. È stato, infatti, osservato che la menzione delle diverse eventualità avrebbe senso – del resto – solo se fosse da ritenersi tassativa. Altrimenti detto, la chiusa sarebbe «superflua»<sup>138</sup> e non potrebbe essere attribuita alla «stessa mano del primo esemplificatore»<sup>139</sup>.

Anche ammettendo, comunque, che il tratto *sive nulla causa intervenit* fosse «una aggiunta fatta da un manipolatore in vena di glosse e chiarimenti», ciò non sarebbe comunque sufficiente a negare in radice ogni possibilità che la documentazione restituisca l'immagine di formule *praeiudiciales* azionabili indipendentemente da una lite principale. Come si evince chiaramente dal passo depurato dall'inserimento insitico, e come si è accennato nelle scorse pagine, quattro sarebbero i casi in cui era possibile fare ricorso al *praeiudicium an libertus sit*, vale a dire la richiesta delle *operae*, la mancata prestazione del dovuto *obsequium*, l'incardinamento di un'azione infamante, la chiamata in giudizio del patrono in assenza della dovuta autorizzazione pretoria.

La lettura proposta da Marrone voleva che queste quattro ipotesi rappresentassero altrettanti casi di azioni in seno alle quali si incastonava la parentesi pregiudiziale costituita dall'accertamento dello *status* di liberto in capo a una delle parti. Tuttavia, è pur vero che simile lettura non appare del tutto certa<sup>140</sup>. Si è, infatti, sostenuto che la domanda delle *operae* e quella dell'*obsequium* ricorrenti nel passo non debbano necessariamente implicare la proposizione di un giudizio potendosi all'inverso immaginare richieste effettuate in sede stragiudiziale<sup>141</sup>. S'è detto che il verbo *petere* potrebbe avere forse un significato differente rispetto a quello tecnico implicante l'agire giudiziale<sup>142</sup>, poiché se si volesse congetturare una semplice domanda

<sup>136</sup> Cfr., a tal proposito, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 372.

<sup>137</sup> Cfr. C. COSENTINI, *Studi sui liberti*, cit., p. 230: «altro indizio di rimaneggiamento lo darebbe la frase *sive nulla causa interveniat*, che oltre a togliere importanza alla precedente esemplificazione, onde si potrebbe di essa discutere l'utilità, depone per l'autonomia delle *actiones praeiudiciales*, nel senso cioè che tali azioni si sarebbero potute avere indipendentemente da un altro processo».

<sup>138</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 373.

<sup>139</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 152.

<sup>140</sup> Cfr., in termini generali, sulla posizione di Marrone, F. DE MARINI AVONZO, *'Praeiudicium'*, p. 542.

<sup>141</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 154.

<sup>142</sup> Circa questo aspetto, tuttavia, cfr. M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, in *'Sodalitas'*. *Scritti Guarino*, VI, Napoli, 1984, p. 2950, secondo cui l'uso di *petere* «avrebbe

delle *operae* non si riuscirebbe «a immaginare con quale altro verbo si sarebbe potuta indicare»<sup>143</sup> siffatta pretesa.

Quanto al mancato *obsequim*, poi, sarebbe «addirittura problematico scorgere in *obsequium desideretur* una espressione tecnica per indicare l'*actio ingrati*»<sup>144</sup>. Che, rispetto a tale mezzo processuale potesse non sussistere ancora un rapporto processuale risulta più chiaro ove si pensi in parallelo all'ipotesi del *praeiudicium* intentato in relazione alla *famosa actio*, o all'autorizzazione del magistrato a procedere con *in ius vocatio*, poiché ci si troverebbe «nella fase preliminare del processo *in iure*, prima ancora che sia intervenuta la *litis contestatio* e quindi prima che si sia costituito il rapporto processuale»<sup>145</sup>.

Ebbene, innanzi a una fondata contestazione da parte di uno dei contendenti dello *status* libertino, il pretore avrebbe potuto concedere la *formula praeiudicialis*; è pure vero, come è stato sagacemente osservato, che sollevare simile eccezione, affermando di non essere il liberto della controparte, avrebbe molte volte significato implicitamente confessare di non aver prestato le opere o l'*obsequium* o ammettere di essere tenuti al divieto di incardinare azioni infamanti o di sottostare all'autorizzazione magistratuale per chiamare in giudizio il presunto patrono<sup>146</sup>. Ove si fosse fatto luogo a un *praeiudicium*, l'accertamento contenuto nella sentenza del giudice avrebbe superato «in particolare nelle prime due ipotesi, l'azione di condanna che uno dei soggetti avrebbe voluto intentare»: avrebbe adempiuto «cioè a quella funzione fondamentale che anche oggi, dalla moderna dottrina viene ritenuta una delle prerogative tipiche dell'azione di accertamento»<sup>147</sup>, nella quale il raggiungimento della certezza era di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse ad agire.

Ciò mi appare vero in modo particolare nelle ipotesi in cui il *praeiudicium* avesse escluso la libertinità di uno dei contendenti: evidentemente in casi consimili non vi sarebbe stato alcun giudizio successivo in quanto non avrebbe avuto senso che si instaurasse un ulteriore giudizio – o che si giungesse eventualmente alla *litis contestatio* relativa al giudizio 'principale' – mancando evidentemente la necessità di procedere similmente. In altri termini, se si ammette che l'eventuale instaurazione di un *praeiudicium* dovesse essere rimessa al *praetor in iure*<sup>148</sup>, allorché si fosse palesata la necessità di accertare formalmente un certo fatto o un certo *status*, e non nel

---

potuto fare riferimento a nient'altro che all'*intentio* della formula, per il fatto che in essa si affermava una posizione giuridica assoluta».

<sup>143</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 154.

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 155, che segue sul punto E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 318: «la *litis contestatio* è così l'atto con cui si fa valere in giudizio una ragione come l'atto processuale con cui fra attore e convenuto si costituisce il rapporto processuale».

<sup>146</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., pp. 154 ss.

<sup>147</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 155.

<sup>148</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, cit., pp. 123 ss.

corso della fase *apud iudicem* come da altre parti si è sostenuto<sup>149</sup>, è plausibile ritenere che il *praetor* stesso non avrebbe permesso che si contestasse una *litis* il cui esito era a tal punto scontato, e sfavorevole al presunto patrono, che sarebbe stata del tutto superflua.

Ove l'accertamento avesse dato esito 'negativo' al patrono, e fosse stato cioè negato lo stato di liberto di una delle parti, non vi sarebbe stato dunque con ogni probabilità alcun altro giudizio né alcun altro giudice che fosse chiamato a conformarsi alla decisione resa in esito al *praeiudicium an libertus sit* favorevole al presunto liberto. L'efficacia della sentenza pronunciata a valle del *praeiudicium an libertus sit*, allora, non si rifletteva necessariamente sul giudice del processo principale (che in molti casi poteva anche mancare, specie nel caso di pronuncia sfavorevole al presunto patrono<sup>150</sup>), ma consisteva nel rendere superflui un buon numero di giudizi successivi, quelli – cioè – nei quali potesse essere in discussione lo *status* del convenuto presunto liberto quale condizione perché potesse darsi l'azione: primo fra tutti proprio quello nella cui fase *in iure* fosse stata validamente sollevata la questione della libertinità<sup>151</sup>. Siffatta visione scardina in qualche modo lo stesso concetto di incidentalità che presuppone, sotto il profilo generale, una causa principale, interrotta per attendere la definizione di una questione essenziale, da momento che «non possiamo definire principale il *iudicium operarum*, che nemmeno è più venuto in essere, e incidentale il *praeiudicium* per il quale è intervenuta la *litis contestatio*»<sup>152</sup>.

Nell'ipotesi di sentenza sfavorevole al presunto liberto, mi sentirei meno propenso a seguire in ogni caso la posizione di quanti ritengono, anche in questo caso, idonea la pronuncia di accertamento a superare in ogni caso l'azione di condanna. Se è vero che implicitamente l'opposizione del proprio *status* personale da parte del presunto liberto poteva contenere un'ammissione circa la mancata prestazione delle opere o dell'*obsequium*, è pur vero che non siamo sufficientemente informati in merito al valore di questa implicita confessione, né possiamo escludere in radice la possibilità che fossero sollevate eccezioni, specie se la lite non fosse stata ancora contestata. Ove il *praeiudicium* avesse dato come esito l'accertamento della libertinità, il presunto liberto avrebbe avuto ogni interesse a conformarsi spontaneamente agli obblighi cui era tenuto in virtù del proprio *status* ormai definitivamente acclarato, e ciò sicuramente per il futuro: un'eventuale temeraria resistenza si sarebbe scontrata con un'azione rispetto alla quale lo stato di liberto non sarebbe più risultato contestabile.

Peraltro, va pure osservato come a non limitare la possibilità che vi fosse una successiva condanna stia la stessa natura dell'azione rivolta alla richiesta delle opere da parte del patrono, in forza della *promissio iurata* effettuata dal

<sup>149</sup> M. MARRONE, *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, cit., p. 122, nt. 6.

<sup>150</sup> Cfr. P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 157.

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> P.L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale*, cit., p. 157.

liberto all'atto della *manumissio*: si trattava di un'azione con *intentio certa a tot operas dare*, trattandosi di una «applicazione ... della *condictio certae rei*»<sup>153</sup>, del tutto priva di clausola arbitraria<sup>154</sup>. È noto inoltre come, anche volendo enfatizzare l'ammissione implicita alla negazione dello stato di liberto, la *confessio certae rei* nella quale tale ammissione si sarebbe tradotta non avrebbe probabilmente di per sé consentito di agire immediatamente in via esecutiva.

Sicché è sicuramente vero che l'accertato liberto avrebbe potuto – e anzi dovuto – conformarsi per il futuro al *dictum* giudiziale contenente l'affermazione di libertinità con la conseguenza di essere tenuto a quanto tale condizione comportava, ma è altrettanto vero che il giudizio era intentato per il passato e per le opere già non prestate. Ove il liberto fosse persistito nel negare la debenza delle proprie opere, sarebbe stato necessario procedere con il giudizio 'principale' destinato a sfociare in una condanna e la sentenza del giudice di questo processo avrebbe dovuto conformarsi, quanto alla condizione soggettiva del convenuto, all'accertamento di *status* sancito dal giudice precedente.

È tuttavia evidente che nell'ambito dei medesimi giudizi quando non tornasse in dubbio lo *status* del convenuto, la decisione del giudice del *praeiudicium* sarebbe stata vincolante, non solo nell'ambito della controversia (latamente intesa) nel corso della quale era stata sollevata la questione di *status*, ma anche in ogni altro successivo giudizio dal momento che lo *status* accertato (beninteso tra le medesime parti, ché se queste fossero state differenti non si sarebbe potuto far luogo ad alcuna efficacia consimile) avrebbe influito sulle altre liti.

Va ancora ricordato come si sia sottolineato che il passo, per come attualmente è stato tradito, sia incentrato sull'inciso *quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit* «e vuol forse dire che, prima di far valere i singoli diritti ivi elencati, è necessario ricorrere al pregiudizio, ciò perché dalla soluzione che verrà fuori dal pregiudizio le altre azioni potranno anche non venire in essere»<sup>155</sup>. Alla luce di queste considerazioni si è concluso nel senso che non sarebbe possibile parlare di «incidentalità assoluta dei *praeiudicia*»<sup>156</sup>, almeno con riferimento al *praeiudicium* in parola, potendosi al più «parlare di pregiudizialità, secondo il significato di anteriorità logica e cronologica»<sup>157</sup>.

Credo che un accenno vada infine dedicato alle posizioni di quanti, ancora in riferimento a D. 40.14.6, hanno escluso che l'inciso *sive nulla causa*

<sup>153</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 564.

<sup>154</sup> Cfr. la ricostruzione della formula proposta da D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 49: C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio operas decem dare oportere, qua de re agitur, quanti ea res est tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo.

<sup>155</sup> P.L. FALASCHI, *Sul carattere*, cit., p. 156.

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid.

*interveniat* possa essere espunto con sicurezza dal testo<sup>158</sup>: l'inciso in esame sarebbe «troppo fondamentale per essere ... eliminato»<sup>159</sup> con facilità, ed anzi connoterebbe nel profondo il suo contenuto<sup>160</sup>. Il suo mantenimento all'interno del brano, peraltro, delineerebbe per il *praeiudicium an libertus sit* un regime analogo a quello che ragioni di carattere sostanziale indurrebbero a congetturare per il *praeiudicium an liber sit*.

Ammessa la natura normalmente incidentale di quest'ultimo<sup>161</sup> nonché ammesso il suo abituale intrecciarsi «con estrema frequenza ... con altre situazioni giuridiche»<sup>162</sup>, si è posto – a mio avviso con ragione – il seguente dubbio. Nell'ipotesi più semplice di contestazione della paternità da parte del marito che a ciò avesse interesse, il che equivale a dire nel caso di una impugnativa autonoma di paternità, senza alcun aggancio con «controversie d'altro tipo (alimentari, ereditarie, *ex Carboniano, familiae erciscundae*)»<sup>163</sup>, quale sarebbe stata la risposta dell'ordinamento? Se si seguisse l'impostazione di Marrone, è stato detto, si giungerebbe a negare in radice la possibilità «di accertamento negativo (o positivo)»<sup>164</sup> in merito alla questione di paternità. Ciò a meno che non si voglia immaginare l'esperimento strumentale e in sostanza artificioso di una azione differente rispetto alla quale la questione della paternità si sarebbe posta quale 'incidentale'<sup>165</sup>. Al riguardo, tuttavia, occorre rispondere che «di una simile strumentalizzazione di una lite principale creata artificialmente dal marito» le fonti non sembrano conservare alcuna traccia<sup>166</sup>.

Ecco, dunque, che appaiono improntate a ragionevolezza, e dunque si dimostrano condivisibili, le conclusioni di coloro che, se da una parte hanno ammesso una normale incidentalità delle formule *praeiudiciales*, hanno tuttavia preferito rifuggire da una troppo rigida delimitazione della portata di queste formule, ammettendo che la cennata normale incidentalità dei

<sup>158</sup> F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 113 s.; cfr. anche F. DE MARINI AVONZO, *'Praeiudicium'*, cit., p. 542, secondo la quale, la critica svolta da Marrone sul passo in esame, e su altri il cui tenore consentirebbe di immaginare un regime di autonoma esperibilità di alcuni *praeiudicia*, sarebbe «troppo radicale».

<sup>159</sup> F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., p. 114.

<sup>160</sup> Cfr. A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio'*, cit., pp. 144 s.: «il passo tratta del più importante dei *praeiudicia de statu* ed è particolarmente significativo perché in esso è riconosciuta la possibilità dell'azione di mero accertamento, indipendente cioè dall'esistenza di un concreto conflitto d'interessi tra le parti, *sive nulla causa interveniat*. La peculiare caratteristica di questa generale azione di accertamento, ben avvertita da Ulpiano nei passi innanzi menzionati, è quella di ricercare la *veritas* e cioè la effettiva rispondenza dello *status* o del rapporto a quello vantato dall'attore. Tale accertamento può non costituire il presupposto di una *condemnatio*, ma è destinato ad influire sulla decisione di qualsiasi questione connessa a quello status o a quel rapporto».

<sup>161</sup> F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., p. 114.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., p. 114, il quale ipotizzava un impiego artificioso di una lite in materia alimentare, nella quale inserire incidentalmente la questione sulla filiazione.

<sup>166</sup> F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., p. 114.

*praeiudicia* non configurasse un «principio senza eccezioni»<sup>167</sup>. Né va dimenticato come lo stesso Marrone, in studi successivi rispetto a quelli dapprima richiamati abbia ammesso, nel contesto di una più ampia indagine relativa alle formule dei giudizi di libertà, che fosse possibile congetturare, per l'età classica, un impiego autonomo delle formule *praeiudiciales*, per lo meno del *praeiudicium an libertus sit* e *an liber sit*<sup>168</sup>, pervenendo così a conclusioni analoghe a quelle da ultimo ricordate.

##### 5. L'esperibilità autonoma dei *praeiudicia* e la *lex Irnitana*

Se simili argomenti costituiscono considerazioni basate sulla logica formulare, un contributo davvero significativo ha costituito – come si ricordava più sopra – il ritrovamento della legge municipale di Irni, nella quale si trova una ragionevole menzione del *praeiudicium an liber sit*. Come si è già avuto modo di sottolineare, la legge contiene, infatti, indizi sicuri di un impiego del nostro strumento processuale. Al riguardo appare determinante il capitolo 84 della legge municipale<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> M. MARRONE, *Le formule*, cit., p. 2956.

<sup>169</sup> Cfr. la versione presente in F. LAMBERTI, *La giurisdizione nei 'municipia' dell'occidente romano e il cap. 84 della 'Lex Irnitana'*, in *Recht haben und Recht bekommen im 'Imperium Romanum'*, Warszawa, 2016, pp. 188 s. *Irni. 84: Qui eiu{e}<s> municipi municipes incola eve erunt, q(ua) d(e) r(e), ii inter se, suo alteriu[s]ve nom{e}<i>n<e>, qui munic{ipes}<eps> incola{e}ve sit, privatim intra fines eius municipi agere petere persequi volent, quae res hs (sestertium) ∞ (mille) minorisve erit, ne<q>ue ea res dividua quo fraus huic legi fieret facta sit fiatve, aut de capite libero, deve maiore pecunia quam hs (sestertium) ∞ (mille) praeiudicium futurum erit, sponsiove {[s]ponsioneve} facta futurave erit, neque ea res agetur qua in re v{e}<i> factum sit, quod {eius} non ex interdicto decretove iussuve eius, qui iure dicundo praeerit, factum sit, neque de libertate, neque pro socio aut fiduciae aut mandati, quod d(olo) m(alo) factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae, cum quo qui{s} suo nomine quid earum rerum fecisse dicatur, aut lege Laetoria, aut de sponsione, quae in probrum facta<m> esse dic{e}<a>tur, aut d(e) d(olo) m(alo) et fraude, aut furto cum homine libero liberave, aut cum serv[o] d[um] i]d <furtum> ad dominum dominamve pertinebit, aut iniuri[aru]m cum homine libero libera((m))ve agetur, eave de re [nullum] praeiudicium futurum sit de capite libero, de is re[bus etia]m, si uterque inter quos ambige((re)) tur volet, de ceteris quo[que] omnibus de quibus privatim agetur neque in iis prae [iudici] um de capite libero futuram erit et omnium rerum [quoqu]e de vadimonio promittendo in eum [locum in] quo is erit qui [e]i provinciae praeerit futurisve esse videtur eo die in quem ut vadimonium promittatur postulabitur, iivir(i), qui ibi i(ure) d(icundo) praeerit, iuris dictio, iudicis arbitri recuperatorum, ex is qui ibi propositi erunt, iudici datio addictio, it[e]m eadem condicione, de eo quod hs (sestertium){∞}<cc> minorisve erit, aedilis qui ibi erit iuris dictio iudicis arbitri recuperatorum ex eodem genere iudicique datio addictioq(ue) esto.*

In parte abbiamo già visto il contenuto del capitolo che qui ci interessa. Principiamo ora proprio con i casi in cui il *praeiudicium* poteva essere esercitato nell'ambito di un maggiore giudizio. Alle linee 15-20, si fa menzione della competenza dei magistrati municipali in tema di *iniuria* alla persona libera, escludendola, tuttavia, qualora si fosse palesata la possibilità di intentare un *praeiudicium* in merito alla libertà dell'offeso. Si tratta di ipotesi di applicazioni incidentali del nostro *praeiudicium*, che si rendevano necessarie quando nel corso di un certo giudizio si facesse questione della libertà di una delle parti. La rilevanza della testimonianza appare evidente nel confermare l'esistenza per l'epoca altoclassica<sup>170</sup> di un *praeiudicium an liber sit* e il suo utilizzo quale mezzo incidentale quando si facesse appunto questione dello *status* di una delle parti.

Alla linea 5, invece, si menziona l'esclusione della competenza dei magistrati municipali in relazione alle liti *de capite libero* e a quelle superiori a mille sesterzi «introdotte mediante un *praeiudicium* (futuro) o una *sponsio* (presente o futura) alla quale non può che riconoscersi natura pregiudiziale»<sup>171</sup>. Il successivo capitolo 89<sup>172</sup> della stessa *Lex Irnitana* conferma come «la *sponsio* e il *praeiudicium* vadano intesi quali modalità per introdurre i giudizi *de capite libero*»<sup>173</sup>.

La linea 9 del capitolo 84, poi, fa riferimento ancora alle liti di libertà, senza specificare le modalità introduttive della causa, il che lascia intendere che la previsione si riallacciasse alla *rei vindicatio per formulam petitoriam*. L'ultima previsione fa salva la possibilità che la causa liberale potesse essere mantenuta nell'ambito della giurisdizione municipale, purché vi fosse accordo tra le parti ed essa non fosse introdotta mediante una *sponsio praeiudicialis* o mediante un *praeiudicium*. Come è stato notato, *sponsio* e *praeiudicium* essendo menzionati «l'una accanto all'altro»<sup>174</sup> sembrerebbero configurare due modalità alternative tra loro di introduzione delle cause liberali<sup>175</sup>, cui si sarebbe aggiunta, appunto, la formula petitoria. Un possibile discrimine tra le diverse forme di introduzione del giudizio è stato segnato da

<sup>170</sup> Con F. LAMBERTI, *La giurisdizione*, cit., p. 183, si può ricordare che «la *lex* è indirizzata al municipio Flavio di Irni, ed è databile ad età domiziana (fra l'81 e il 91 d.C.)».

<sup>171</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 235.

<sup>172</sup> Irn. 89: R(ubrica). *De qu[ibus rebu]s singuli iudices arbitrive et de quibus re[cipe-]ra]tores dentur et quod dentur.*

*iiviri, qui in eo [munici]pio erunt de ea re quae hs (sestertium) ∞ (mille) minorisve erit ita ut [neque] sponsio de maiore re quam hs (sestertiis) ∞ (mille) facta sit [fi]atve, nequ[e prae]iudicium maiorisve re[i] quam hs (sestertiis) (mille) futurum sit, nequ[e di]vid[ua], quo huic leg{e}<i>fraus fieret, fi{et}<at>, factave sit, neque ea <res erit> de qua, si Romae ageretur, quantacum<que> esset recipiutores dari oporteret, iudicem arbitrumve da<n>to.*

*De ea re de qua, si Romae ageretur, quantacumque esset, recipiutores dari oporteret, tot recipiutores da<n>to quod dari oporteret {tot recipiutores dato quod dari oporteret} si d[e] ea re Romae ageretur.*

<sup>173</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 235.

<sup>174</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 237.

<sup>175</sup> Ibid.

Salvatore Sciortino; lo studioso ha proposto che alla *sponsio praeiudicialis* si ricorresse per incardinare la *vindicatio in servitutum*, mentre si usasse il *praeiudicium* per la *vindicatio in libertatem*<sup>176</sup>. Per la *vindicatio in libertatem*, l'impiego della *sponsio praeiudicialis* avrebbe dato luogo a difficoltà analoghe a quelle cui dava luogo la *rei vindicatio per formulam petitoriam e servitute in libertatem*<sup>177</sup>.

Non è inopportuno ripercorrere qui le ragioni che sono state individuate alla base della preferenza, in caso di rivendica *in libertatem*, per il *praeiudicium* rispetto alla formula petitoria. Si è osservato, in primo luogo, come – a differenza della *vindicatio in servitutum*<sup>178</sup> – le fonti conservino scarse tracce della *vindicatio in libertatem*, per giunta «non tutte riportabili con sicurezza all'applicazione della formula petitoria»<sup>179</sup>. Già Lenel – pur respingendo la classicità della *formula praeiudicialis* – escludeva per l'epoca classica la formula petitoria, ritenendo che il solo *agere per sponsonem* rappresentasse il modo di incardinare una causa liberale che riguardasse il passaggio dalla servitù alla libertà.

Simile reticenza testimonierebbe una «probabile mancata concessione»<sup>180</sup> da parte del magistrato della formula petitoria relativa alla *vindicatio in libertatem*, quando la lite non presentasse questioni patrimoniali. La rivendica, per propria natura, avrebbe infatti contenuto una clausola restitutoria e – ove il convenuto non avesse ottemperato all'invito formulato dal giudice – una clausola condannatoria. Entrambe queste *partes formulae* risultavano del tutto coerenti con la *vindicatio in servitutum*, che prevedeva appunto la condanna dell'*adsertor in libertatem* qualora quest'ultimo non

---

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> Sul punto valga il richiamo a O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., p. 369 ss.; in modo particolare con riferimento alle modalità con cui era congegnata la formula sulla base della *rei vindicatio*: «Nach alledem dürfte sich die Annahme rechtfertigen, dass die Formel der *petitio in servitutum* genau die Gestalt der *rei vindicatio* hatte: die *petitio in servitutum* war nur eine Form der letztern. Daneben fand aber auch das *agere per sponsonem* statt. Dies scheint mir aus Ulp. 77 fr. 33 *de fidei*. (46.1) hervorzugehen; die im Urtext dieser interpolierten Stelle (vgl. Ulp. nr. 1706) zugelassene *translatio* der Beklagtenrolle auf den *adsertor* beweist, dass die Form des Verfahrens (es ist *cautio p. p. l. u.* gestellt, also *agere per sponsonem* anzunehmen) bei der *petitio in servitutum* genau die gleiche war wie bei der gewöhnlichen Vindikation» (così O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., p. 371).

<sup>179</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 245.

<sup>180</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 246.

avesse restituito<sup>181</sup> – su invito del giudice – l'uomo cui era stato riconosciuto lo *status* di schiavo<sup>182</sup>.

Assai più problematico sarebbe ipotizzare il funzionamento delle *partes formulae* in seno a una *vindicatio in libertatem* in quanto vi ostavano due noti principi: da un lato, il quello tramandato da numerose fonti giuridiche che vietava l'*aestimatio* di un uomo libero, il quale, in definitiva, avrebbe impedito di commisurare la misura della condanna pecuniaria; dall'altro, quello per cui *ordinata liberali causa liberi loco habetur* avrebbe impedito al convenuto di restituire il presunto schiavo che nel corso del giudizio di libertà aveva vissuto – conformemente al principio appena richiamato – da uomo libero. Lo stesso pagamento della *litis aestimatio*, poi, si dimostra problematico in quanto dava luogo a favore del convenuto soccombente alla *possessio pro emptore* con la conseguenza inaccettabile (unitamente alla violazione del principio per cui lo stato di libero o di servo non avrebbe potuto essere mutato se non mediante i modi prescritti<sup>183</sup>) per cui si sarebbe superato

<sup>181</sup> Con riferimento a Gai. 2 *de liberali causa edicti urbici* D. 7.7.4: *Fructus hominis in operis constitit et retro in fructu hominis operae sunt. et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis seruorum*; Ulp. 55 *ad ed.* D. 7.7.6 pr.-3: *Cum de servi operis artificis agitur, pro modo restituendae sunt, sed mediastini secundum ministerium: et ita Mela scribit. Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet. Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit. Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio*; cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., pp. 370 s.: «Gewiss liegt es am nächsten, diese Stellen auf ein richterliches *arbitrium de restituendo* zu beziehen. Und diese Deutung wird bestätigt durch eine Äusserung Julians, der in fr. 30 *h. t.* gelegentlich einer *petitio in servitutem*, von einem *arbitrari servum duci* spricht, und durch Papinian fr. 36 *h. t.* (Pap. 12 *resp.* D. 40.12.36): *Dominus qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur*. Papinian würde eine solche Bemerkung schwerlich gemacht haben, wenn nicht die Form des Prozesses die gegenteilige Ansicht nahe gelegt hätte, und das war der Fall, wenn der Prozess *per formulam petitoriam* vor sich ging. Das *arbitrium de restituendo* freilich fand hier wie sonst seine Sanktion nur in der drohenden *condemnatio pecuniaria*; aber der Kläger konnte statt auf dieser zu bestehen, einfach sein nunmehr gerichtlich anerkanntes Herrenrecht über den Sklaven durch dessen *abductio* geltend machen».

<sup>182</sup> Cfr. S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 246; cfr. anche oltre, sia nel testo che nelle note. V. anche O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., pp. 369 s.: «Ich habe es bei der *adsertio in libertatem* dahingestellt gelassen, ob der Prozess in Prajudizialform stattfand. Bei der *petitio in servitutem* hat die entgegengesetzte Ansicht grösste Wahrscheinlichkeit für sich: die *petitio in servitutem* war eine wider den *adsertor* gerichtete *actio in rem*, über die vermutlich, wie über jede andere, entweder *per formulam petitoriam* oder *per sponsionem* verhandelt werden konnte. Zunächst, negativ betrachtet, fehlt es an jedem, selbst an einem verdächtigen Zeugnis für die Existenz eines *praeiudicium an homo q. d. a. A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> sit*. Umgekehrt aber haben wir eine Reihe von Zeugnissen dafür, dass über die *petitio in servitutem* in einer Form, die eine *condemnatio des adsertor* ermöglichte, also nicht in Präjudizialform verhandelt wurde. Gaius und Ulpian behandeln in ihren Commentaren, mit Beziehung auf die *petitio in servitutem*, die Frage nach der *condemnatio fructuum nomine*». Cfr. ancora Gai. 2 *de liberali causa edicti urbici* D. 7.7.4 e Ulp. 55 *ad ed.* D. 7.7.6 pr.-3.

<sup>183</sup> Cfr. A. SPINA, *Giudicato e cause di libertà*, in L. GAROFALO (cur.), *'Res iudicata'*, I, Napoli, 2015, p. 269: «la maggiore perplessità, in riferimento alla configurabilità di una formula petitoria, attiene alla possibilità di realizzare, mediante il pagamento della *litis aestimatio*, la liberazione degli schiavi o l'asservimento di liberi»; cfr. già V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, in *BIDR*, XXXII (1922), p. 57: «supponendo infatti non solo immutate le

l'accertamento giudiziale della libertà del soggetto ritenuto giudizialmente libero contenuto nella sentenza<sup>184</sup>.

Se taluni autori – innanzi alle cennate difficoltà e a lato delle ormai sopite<sup>185</sup> discussioni in merito all'omologa, ma inversa formula della rivendica *in servitatem*<sup>186</sup> – hanno addirittura escluso che la rivendica della libertà di colui che era schiavo potesse svolgersi sulla base della formula petitoria<sup>187</sup>, intravedendo nella *sponsio praeiudicialis* o nel *praeiudicium an liber sit* «il *modus procedendi* classico per la *vindicatio in libertatem*»<sup>188</sup>, altri hanno osservato che, pur ammettendo la classicità del *praeiudicium* e della *sponsio praeiudicialis*, «ciò non escluderebbe di per sé l'impiego di una formula modellata sulla rivendica»<sup>189</sup>: sarebbe necessario, allora andare alla ricerca

---

forme usuali della *vindicatio* ma identiche le applicazioni pratiche, il principio del *vindicias dicere secundum libertatem* potrà forse evitare che la *litis aestimatio* conduca all'asservimento di un libero, ma nulla eviterà certamente ch'essa serva di mezzo alla liberazione degli schiavi, contro i principii ricevuti in questa materia, e in maniera da eludere tutte le disposizioni che tendevano a impedire l'invasione dei libertini nella cittadinanza romana».

<sup>184</sup> Sul punto si veda l'efficace sintesi di M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2951, secondo il quale «ostacolo insuperabile sarebbe questo, che il noto meccanismo di clausola restitutoria e *litis aestimatio* avrebbe potuto comportare che un uomo giudicato libero restasse asservito. Tanto più che – si potrebbe aggiungere – non si dava possibilità di *aestimatio* d'un uomo libero».

<sup>185</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2947.

<sup>186</sup> Cfr. M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2947, secondo il quale la formula sarebbe stata del tutto analoga a quella della *rei vindicatio*, vale a dire «formula petitoria ... con clausola restitutoria e *condemnatio* pecuniaria»; al riguardo, tuttavia, i giuristi avrebbero precisato il contenuto dei *verba* formulari, puntualizzando che il *dominus*, accertata la propria qualifica «avrebbe potuto fare *ductio* del servo, e non poteva essere costretto ad accettare al suo posto la *litis aestimatio*» (cfr. Pap. 12 *resp.* D. 40.12.36: *Dominus qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur*); la stessa *aestimatio*, peraltro, «mantenne significato, perché con essa si stabiliva quanto meno il valore delle prestazioni accessorie spettanti al *dominus* per i vantaggi non goduti in conseguenza del mancato possesso del servo» (così M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2948). Cfr. ancora, sulle medesime questioni, K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., p. 215: «Aus Gai./Ulp. D. 7.7.4 und 6 geht hervor, daß der unterlegene *adsertor in libertatem* wie bei einer *rei vindicatio* zu restituieren hat. Er hat den siegreichen *dominus* so zu stellen, als hätte sich der Unterlegene schon seit der *litis contestatio* beim siegreichen Herrn befunden. Die dem Beklagten aufgegebenen Restitution umfaßt hiernach auch die Früchte, d. h. die während der Prozeßzeit verlorenen Tagewerke des Sklaven. Und wenn Papinian D. 40.12.36 ein *servum suum abducere* oder Julian *eod.* 30 ein *servum duci debere* gewähren, so darf doch nicht übersehen werden, daß daneben das *litis aestimationem accipere* steht, das eindeutig auf ein Leistungsurteil hinweist. Tatsächlich liegt ja im Prozeß des angeblichen *dominus* um das Eigentum an dem vom *adsertor* verteidigten Sklaven die Beziehung zur *rei vindicatio* viel näher als beim Verfahren *in libertatem*. In diesem Prozeß will der *adsertor* ja gerade nicht das Eigentum am Streitobjekt, dem im Sklavenstand Lebenden, gerichtlich feststellen lassen, sondern dessen Freiheit». V. anche O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., pp. 369 ss.

<sup>187</sup> Sul punto cfr. M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2948, il quale ricorda come fosse al tempo «prevalente ... l'opinione di quanti negano l'impiego di una formula modellato su quella della rivendica».

<sup>188</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2948.

<sup>189</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2949; peraltro, il ricorso alla formula petitoria avrebbe potuto concorrere sia con la *sponsio praeiudicialis* (come

dei possibili adattamenti cui la formula petitoria sarebbe stata sottoposta al fine di essere fruttevolmente impiegata anche per le *vindicationes e servitute in libertatem*.

Marrone, cui si devono le idee precedenti, ha convintamente sostenuto l'esistenza per tutta l'epoca classica di una formula petitoria modellata sulla rivendica, alla luce di alcuni argomenti. Anzitutto, egli ha valorizzato la 'simmetria' che si ricaverebbe dalle fonti, tra la *vindicatio in servitute* e la *vindicatio in libertatem*, con la conseguenza che, ammessa la natura arbitrale e condannatoria della prima, bisognerebbe «credere che fosse dello stesso tipo la formula adoperata per la *vindicatio in libertatem*»<sup>190</sup>. In secondo luogo, contro l'idea per cui la struttura della formula petitoria avrebbe di fatto frustrato la pratica utilità della causa liberale, egli ha valorizzato alcune testimonianze che mostrano come ai fini della liberazione d'un uomo libero<sup>191</sup> venissero utilizzati strumenti giudiziari caratterizzati dalla possibilità che, tramite il pagamento della *litis aestimatio*, la parte soccombente potesse annullare «l'obiettivo dell'attore»<sup>192</sup>. Si tratta, in particolare, di testimonianze che hanno riguardo all'*actio ad exhibendum* applicata all'ipotesi del possessore di un uomo libero che negasse il proprio possesso<sup>193</sup> ovvero all'*interdictum de homine libero*<sup>194</sup> concesso contro il possessore e connotato per un «meccanismo processuale tale, da consentire che il convenuto trattenesse l'uomo libero previo pagamento della *litis aestimatio*»<sup>195</sup>. Pur con le differenze insite nella diversa natura caratterizzante i due strumenti, la soluzione escogitata dalla giurisprudenza a fronte del problema da ciò

---

testimoniato, per la rivendica e per l'*agere in rem per sponsionem* da Gai 4.91: *Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur IUDICATUM SOLVI si vero per sponsionem, illa, quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM*) sia con il *praeiudicium an liber sit*, pur se, secondo il medesimo studioso (cfr. M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2949, nt. 15) sarebbe «difficile ammettere ... che siffatto concorso fosse risalente: al più può essersi determinato tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo d.C.».

<sup>190</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2951.

<sup>191</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2952.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Cfr. Paul. 26 ad ed. D. 10.4.12 pr.: *De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.*

<sup>194</sup> Ulp. 71 ad ed. D. 43.29.1 pr.: *Ait praetor: 'quem liberum dolo malo retines, exhibeas'. 1. Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam»; Ulp. 71 ad ed. D. 43.29.3.3: «Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur: non enim dolo malo facit. plane si offertur pretium, interdictum locum habet. sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est interdicto locum fore, si, posteaquam semel remisit, velit retinere. 4. Si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere videbitur: pietas enim genuina efficit sine dolo malo retineri, nisi si evidens dolus malus intercedat. proinde et si libertum suum vel alumnum vel noxae deditum adhuc impuberem, idem erit dicendum. et generaliter qui iustam causam habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur dolo malo facere. 5. Si quis volentem retineat, non videtur dolo malo retinere. sed quid si volentem quidem retineat, non tamen sine calliditate circumventum vel seductum vel sollicitatum, neque bona vel probabili ratione hoc facit? recte dicetur dolo malo retinere.*

<sup>195</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2953.

determinato non sarebbe consistita nel negare l'applicabilità in casi consimili di tali strumenti processuali, ma sarebbe stata individuata nella ripetibilità degli strumenti medesimi<sup>196</sup> (pur con le necessarie modifiche, a fronte della preclusione del *ne bis in idem*)<sup>197</sup>. In altri termini, «la facoltà concessa al convenuto di non restituire pagando la *litis aestimatio* non fu di ostacolo ad ammettere»<sup>198</sup> l'applicabilità dei due rimedi citati contro colui che possedesse un uomo libero<sup>199</sup>.

Non credo vadano sottovalutate le obiezioni che lo stesso Marrone ha creduto di poter muovere alla sua ricostruzione, che anzi mi sembrano piuttosto importanti. Resta infatti evidente che mentre nei due mezzi processuali appena richiamati l'oggetto del contendere era l'interesse all'esibizione, cui si ricollegava la negazione del possesso da parte di colui che teneva l'uomo libero, nella rivendica *in libertatem* rilevava l'uomo libero in sé, o meglio la sua condizione. Nell'*actio ad exhibendum*, anzi, non sarebbero venute in considerazione questioni relative al merito dello *status* della persona, che anzi il possessore non lo metteva in discussione, pur tuttavia intendendo trattenere presso di sé l'uomo libero. Ove l'attore avesse provato il possesso del convenuto, il giudice lo avrebbe invitato ad esibire; solo innanzi al rifiuto avrebbe proceduto alla condanna.

Quanto al problema del divieto della stima e del correlativo dilemma sulla condanna, lo stesso studioso ha ritenuto che la *litis aestimatio*, nell'ambito di un processo col quale si voleva stabilire la libertà di una persona, non avrebbe avuto ad oggetto quest'ultima, per il già richiamato divieto di compiere una stima dell'uomo libero, «ma gli acquisti (o parte degli acquisti) che costei avesse compiuto quando viveva in stato di schiavitù e di cui il preteso *dominus* si fosse appropriato come per gli acquisti del servo»<sup>200</sup>.

Seguendo il pensiero di Sciortino, che mi sembra aver tratto le conseguenze inesprese della teoria di Marrone, l'offerta del pagamento della *litis aestimatio* effettuata dal soccombente della *vindicatio in libertatem* non avrebbe avuto l'effetto di intaccare «lo stato di libero in cui viveva l'interessato»<sup>201</sup>, riverberandosi soltanto sulla «corretta imputazione degli acquisti»<sup>202</sup>. Ebbene, con tale accorgimento che consentiva effettivamente una condanna pecuniaria, nella misura degli acquisti doveva essere determinata anche la *condemnatio* la quale avrebbe avuto ad oggetto non la persona, della quale si proclamava la libertà, ma, appunto, gli acquisti da questa effettuati mentre viveva in condizione di servitù.

<sup>196</sup> Con riguardo all'interdetto, cfr. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3.13; cfr. M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2953, nt. 28, per la letteratura relativa alla genuinità del passo.

<sup>197</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2953 e nt. 26.

<sup>198</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2953.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., p. 2955.

<sup>201</sup> Cfr. S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 250.

<sup>202</sup> *Ibid.*

Allo stesso modo si dovrebbe ragionare con riferimento alla clausola restitutoria che non avrebbe avuto ad oggetto la persona, dal momento che questa già viveva in condizione di libertà, pendente la causa liberale, ma ancora una volta gli acquisti effettuati i quali avrebbero potuto costituire oggetto della *restitutio*, ove si ricordi come nella sfera di quest'ultima la giurisprudenza abbia via via ricondotto ipotesi diversificate tutte accomunate dal rappresentare la ricomposizione della situazione anteriore<sup>203</sup>. Come è stato correttamente osservato, a lato di espedienti formulari che avrebbero potuto vanificare l'operatività della *condemnatio* pur così configurata<sup>204</sup>, rimane essenziale l'osservazione per la quale gli acquisti effettuati dal soggetto proclamato libero mentre viveva da servo erano meramente eventuali.

Una diversa spiegazione era stata tentata, nella sua monografia sul processo di libertà, da Gennaro Franciosi, sulla scorta di un'intuizione di Vincenzo Arangio-Ruiz. Secondo Franciosi, quest'ultimo studioso avrebbe «mirabilmente posto in luce»<sup>205</sup> nell'ambito dei processi di libertà l'esistenza «di una formula aggiudicatoria»<sup>206</sup>, che sarebbe stata – nota Franciosi – «caratteristica della formula petitoria del processo di libertà, come dei giudizi divisorii»<sup>207</sup>. Nel caso di vittorioso esperimento della *vindicatio in servitatem* si sarebbe consentito al *dominus* di esercitare la *ductio* del servo, eventualmente assistito da acconci mezzi pretori (interdetti e *actiones ad exhibendum*)<sup>208</sup>. Nel caso di pronuncia *in libertatem* non si sarebbe data alcuna difficoltà nell'esecuzione della sentenza<sup>209</sup>, dal momento che il presunto servo era già nella condizione fattuale di libero una volta incardinata la lite ed avrebbe continuato a vivere in quello stato<sup>210</sup> con la conseguenza che ogni tentativo di impossessarsi dell'uomo libero, a seguito della pronuncia resa *pro libertate*, «avrebbe costituito oggetto di repressione criminale in base alla *lex Fabia de plagiariis*»<sup>211</sup>.

Va tuttavia notato come si sia giustamente fatto rilevare che la fonte valorizzata da Arangio-Ruiz<sup>212</sup> si riferisca alla tarda età repubblicana, potendo

<sup>203</sup> Sul punto, giusta il passo paolino contenuto in D. 50.17.75, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 59: «a me sembra ch'essa non potesse avere altra funzione che di conguaglio tra i frutti (*scilicet* le opere) che l'attore avrebbe dovuto percepire mentre lo schiavo *pro libero se gerebat* e le spese necessarie da questi incontrate per il proprio sostentamento: non è mero caso che appunto alle *operae* e alle *impensae* si riferiscano tutti i passi da cui il Lenel ha desunto l'esistenza di una clausola restitutoria (D. 7.7.4; 1. 6 h. t.; D. 41.1.47). Allo stesso modo, la condanna pecuniaria non può proporsi altro scopo che di indennizzare il proprietario del danno sofferto; non di sostituire – come nella *rei vindicatio* – la cosa litigiosa».

<sup>204</sup> Cfr. S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 256.

<sup>205</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 123.

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., p. 124.

<sup>212</sup> Si tratta di Cic. *div. in Caec.* 17.56: *Ubi hoc quaestori Caecilio, viro optimo et homini aequissimo, nuntiatum est, vocari ad se Agonidem iubet; iudicium dat statim, si paret eam se*

provare l'esistenza di formule con *adiudicatio* solo in riferimento, appunto, all'epoca repubblicana «e non certo per l'età classica, alla quale, invece, seguendo la ricostruzione di Franciosi, dovrebbe estendersi»<sup>213</sup>. Né si può dimenticare che lo stesso passo additato da Arangio-Ruiz è relativo alla sola *vindicatio e servitute in libertatem*<sup>214</sup>.

Negli ultimi anni, è stato osservato come nemmeno la tesi di Marrone che, rispetto a quella di Franciosi, ha certamente goduto del maggior favore da parte della dottrina, risulti «appagante»<sup>215</sup>. Si è pertanto sostenuto, con ragione, che la formula petitoria nei processi *e servitute in libertatem* non fosse di applicazione generale, ma rivelasse un raggio d'azione più limitato, circoscritto essenzialmente alle ipotesi in cui la causa liberale fosse connotata anche da riflessi patrimoniali<sup>216</sup>. Contro un impiego generalizzato della formula petitoria starebbe anzitutto la natura assolutoria degli strumenti processuali per cui il convenuto sarebbe stato assolto se per fatti successivi alla *litis contestatio* e non imputabili al convenuto stesso che avessero impedito la *restitutio*<sup>217</sup>.

Per come la causa liberale era strutturata e per come i principi generali su di essa influivano, il convenuto non sarebbe mai stato in grado di assolvere alla *restitutio*, dal momento che lo schiavo presunto avrebbe vissuto da libero una volta incardinata la causa liberale ed anzi il giudice non avrebbe mai proceduto all'emanazione del *iussus de restituendo*<sup>218</sup>. La conclusione del processo, alla luce di queste particolari caratteristiche formulari, non avrebbe potuto che essere l'assoluzione, anche a fronte dell'impossibilità di procedere, come già più volte ricordato, alla stima dell'uomo libero<sup>219</sup>. Vero è che, a mente delle osservazioni di Marrone, l'*aestimatio* poteva avere a oggetto proprio gli acquisti effettuati dall'uomo dichiarato libero nel periodo in cui egli aveva vissuto da schiavo<sup>220</sup>, ma ho già sottolineato come tali acquisti potessero essere però soltanto eventuali.

Salvatore Sciortino, ha infine ritenuto che la lite di libertà, allorché si reclamasse lo *status* libero di un soggetto vissuto come schiavo, si incardinasse generalmente mediante il *praeiudicium*, salve le ipotesi peculiari in cui vi fossero questioni patrimoniali da regolare, che – per la natura

---

*et sva veneris esse dixisse. Iudicant recuperatores id quod necesse erat; neque enim erat cuiquam dubium quin illa dixisset. Iste in possessionem bonorum mulieris intrat, ipsam Veneri in servitutum adiudicat; deinde bona vendit, pecuniam redigit. Ita dum pauca mancipia Veneris nomine Agonis ac religione retinere vult, fortunas omnis libertatemque suam istius iniuria perdidit. Lilybaeum Verres venit postea; rem cognoscit, factum improbat, cogit quaestorem suum pecuniam, quam ex Agonidis bonis redegisset, eam mulieri omnem adnumerare et reddere; sul testo, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 32.*

<sup>213</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 249.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 250.

<sup>216</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 252.

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., pp. 252 s.

formulare del *praeiudicium* – non avrebbero potuto trovare spazio nella *formula praeiudicialis*<sup>221</sup>. Esse, astrattamente risolvibili in forza delle caratteristiche formulari della *vindicatio in libertatem* potevano essere fruttevolmente affrontate e risolte anche tramite strumenti diversi. Va ipotizzato, infatti, che la *restitutio* avente ad oggetto le questioni patrimoniali insorte nel corso di una *vindicatio e servitute in libertatem* fosse idonea a garantire l'assoluzione al convenuto; allo stesso convenuto, inoltre, il giudice avrebbe potuto imporre la prestazione di una *cautio* «mediante la quale avrebbe assicurato il pagamento di quanto dovuto a titolo di danni, frutti e imputazione di acquisti»<sup>222</sup>. In questa prospettiva, allora sarebbe possibile ipotizzare che le questioni patrimoniali potessero essere comunque oggetto di un separato giudizio, accanto alla *causa liberalis* «introdotta mediante il *praeiudicium an liber sit*»<sup>223</sup>.

La mancata esperibilità in termini generali della *vindicatio per formulam petitoriam e servitute in libertatem* potrebbe essere testimoniata da un problematico<sup>224</sup> passo di Ulpiano, tolto dal sedicesimo commentario editale, ove si dà conto di una certa stratificazione di pensiero giurisprudenziale<sup>225</sup>. Eccone il testo.

Il brano, «travolto dalla critica interpolazionistica»<sup>226</sup> è collocato nel primo titolo del sesto libro delle Pandette, sotto la rubrica *De rei vindicatione*. In esso Ulpiano, dopo aver ricordato come l'azione si impiegasse per le cose mobili e per quelle unite al suolo<sup>227</sup>, osserva come tramite la rivendica formulare, non si chiedessero giudizialmente persone libere sottoposte al diritto del *pater* che agiva in rivendica, come i discendenti in potestà; per far valere la potestà su queste persone, era necessario procedere o con accertamenti pregiudiziali o con interdetti ovvero «con una cognizione previa <della causa> da parte del pretore»<sup>228</sup>; di questa opinione era pure Pomponio nel suo trentasettesimo commentario editale. Secondo Ulpiano, il giurista precisava che ciò era possibile eventualmente ove il rivendicante avesse

<sup>221</sup> Cfr. anche K. HACKL, '*Praeiudicium*', cit., pp. 215 ss.; la conclusione cui perviene Sciortino è seguita da A. SPINA, *Giudicato e cause di libertà*, cit., p. 268, nt. 28: «l'esito di questa interpretazione, a parere di chi scrive, risulta del tutto coerente con quanto le fonti casistiche di età classica e tardoclassica testimoniano».

<sup>222</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 256.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 56 s.

<sup>225</sup> Ulp. 16 *ad ed. D.* 6.1.1.2: *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicat: et si quis ita petit 'filium suum' vel 'in potestate ex iure Romano', videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.*

<sup>226</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 152; cfr. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 56, secondo cui «il passo è indubbiamente corrotto in varie parti; e non soltanto nelle due diverse correzioni apportate alla clausola rituale '*ex iure Quiritium*'».

<sup>227</sup> Cfr. Ulp. 16 *ad ed. D.* 6.1.1.1: *Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur.*

<sup>228</sup> S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, II, Milano, 2005, p. 81.

rivendicato «aggiungendo la causa <della rivendicazione>», e ove qualcuno chiedesse «in giudizio <affermando> così: ‘il figlio <è> suo <secondo il diritto quiritario romano>’ oppure ‘<è> in potestà secondo il diritto <quiritario> romano’»<sup>229</sup>. Ulpiano, nella chiusa del passo sembrava porsi nella stessa prospettiva di Pomponio ritenendo che anche quest’ultimo ammettesse che il rivendicante avesse correttamente intentato l’azione, poiché egli affermava che «aggiunta la causa <della rivendicazione>: «secondo la legge dei Quiriti», uno possa rivendicare <anche una persona libera>»<sup>230</sup>.

Sul passo si è giustamente osservato come, in forza del rischio che tramite il pagamento della *litis aestimatio* «il convenuto soccombente acquistasse la *patria potestas* sui *liberi in potestate* rivendicati»<sup>231</sup>, i giuristi dell’epoca classica negassero il ricorso generale alla formula petitoria per rivendicare le *liberae personae quae sunt iuris nostri*<sup>232</sup>, preferendovi altri strumenti processuali, quali i *praeiudicia* «e gli interdetti *de liberis exhibendis e de liberis ducendis*»<sup>233</sup>. La rivendica sarebbe stata possibile, tuttavia *adiecta causa*, secondo il parere di Pomponio, approvato da Ulpiano. Particolarmente rilevante sarebbe, ai fini di una lettura meno agguerrita sul piano della caccia alle interpolazioni, proprio il responso pomponiano che, malgrado i dubbi circa la genuinità del dato testuale<sup>234</sup>, difficilmente potrebbe essere stato introdotto dai giustinianeî, anche a fronte della sua intonazione per così dire storica<sup>235</sup>. L’inciso, dunque, consentirebbe di ridimensionare il sospetto sull’intero passo, quanto meno sotto il profilo del contenuto<sup>236</sup>.

Per sciogliere il dubbio relativo al significato da riconnettere all’espressione ‘*adiecta causa*’ basti qui ricordare come Sciortino abbia ritenuto che il predetto inciso si riferisse «all’adattamento subito dalla formula della *vindicatio filii* per permetterne l’esperimento» ove vi fossero da risarcire i danni cagionati dall’essere stato posseduto come schiavo, ovvero vi fossero stati degli acquisti «effettuati durante lo stato di schiavitù»<sup>237</sup>. La menzione nel passo ulpiano delle *formulae praeiudiciales*, ciò lascerebbe intendere

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 254.

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> Cfr., ad esempio, V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 56: «la duplice menzione della facoltà di *vindicare adiecta causa* è troppo inelegante; e ... il ‘*si quis*’ non è in alcun modo collegato con quanto precede».

<sup>235</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 153.

<sup>236</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 153; cfr., tuttavia, V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., p. 56 s.: «neanche le correzioni indicate riescono però a togliere al testo quell’andamento illogico che ne costituisce la maggiore singolarità: il contrasto fra il *non petuntur* e il *petuntur adiecta causa* non può derivare dalla penna di Ulpiano. E vien quindi fatto di supporre che, nell’accogliere il luogo ulpiano nelle Pandette, i compilatori ne abbiano tralasciato quella parte che adattava il caso ai principii del processo formulare; e che pertanto ci sia venuta meno la spiegazione che Ulpiano e Pomponio dovevano dare in questo punto, del come si applicassero a una cosiffatta *vindicatio* le regole della restituzione e della condanna».

<sup>237</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 255.

come fosse possibile che alla rivendica formulare si potesse ricorrere non in termini generali, ma solo in casi particolari nei quali fossero sorte questioni patrimoniali<sup>238</sup>.

Indipendentemente dalla mancata concessione da parte del pretore della *formula petitoria* per le ipotesi della *vindicatio in libertatem*, ipotesi proposta dallo stesso Sciortino<sup>239</sup>, quello che conta ai nostri fini è rilevare come un posto di primo piano debba essere assegnato proprio al *praeiudicium an libertas*, che si sarebbe rivelato un mezzo processuale «più adatto alle liti di libertà, nelle quali si trattava di accertare lo *status libertatis* di taluno senza che venissero in considerazioni profili condannatori»<sup>240</sup>.

Alla luce di questi argomenti, messi in rilievo dalla dottrina, allora, appare credibile che i *praeiudicia*, o almeno alcuni di essi, non fossero indefettibilmente legati a un giudizio principale nel cui contesto si inserivano quali ‘parentesi’, potendo essere ritenuti talvolta mezzi autonomi. Ciò sia quando, come sembra dall’analisi svolta in questo paragrafo, il *praeiudicium* stesso era ritenuto il mezzo principale per ottenere tutela, sia quando, per le diverse dinamiche processuali, l’esperienza della *formula praeiudicialis* fosse idonea da sola a risolvere potenzialmente in via definitiva una controversia potenzialmente di dimensioni maggiori.

---

<sup>238</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., pp. 259 s.

<sup>239</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 259.

<sup>240</sup> S. SCIORTINO, *Studi*, cit., p. 260.