

‘RES IUDICATA’

a cura di
LUIGI GAROFALO

tomo primo



JOVENE 2015

INDICE SOMMARIO

TOMO PRIMO

LORENA MANNA

'Res iudicata pro veritate accipitur'. Origini e significato di una 'regula iuris' pag. 1

ANNAMARIA SALOMONE

Riflessioni in tema di 'auctoritas rei iudicatae' » 99

LORENZO FRANCHINI

Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell'obligatio iudicati) » 135

CHIARA BUZZACCHI

Alle radici della politica giuridico-giudiziaria di un ordinamento attraverso l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae » 161

CARLO PELLOSO

'Bis de eadem re sit actio': osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata » 209

ALESSIA SPINA

Giudicato e cause di libertà » 257

ENRICO SCIANDRELLO

Osservazioni sui limiti oggettivi del giudicato in epoca formulare: 'iudicia contraria' e nessi logico-sostanziali tra processi » 331

TOMMASO DALLA MASSARA

'Pars in toto est': brevi riflessioni sull'idea di 'parte' di giudicato . . . » 357

FRANCESCA PULITANÒ

Giudicato e consunzione processuale: considerazioni sui 'plures mandatores' pag. 371

PAOLA ZILIOOTTO

Effetti del giudicato rispetto ai terzi: due casi in materia di pegno » 411

PAOLA PASQUINO

'Cognitor', 'procurator' e 'actio iudicati': riflessioni in tema di legittimazione passiva » 453

MARIA TERESA NICOTRI

Giudicato e pregiudizialità. Esegesi di Iul. 24 'dig.' D. 37.10.4. . » 477

STEFANO BARBATI

Sul rilievo dell'eccezione di incompetenza nel processo civile: rapporti con il giudicato » 497

TOMO SECONDO

LAURA D'AMATI

Assenza, appello e giudicato pag. 1

MARGHERITA SCOGNAMIGLIO

'Ubi duplex fertur sententia, ibi duplex necessaria est appellatio': sulla presunta origine romana del divieto di appello cumulativo . » 45

ANTONINO MILAZZO

'Iniuria iudicis': ingiustizia della sentenza e riflessi sulla cosa giudicata » 67

ANNALISA TRIGGIANO

'Firmitas rei iudicatae' e prove false » 91

ROBERTO SCEVOLA

La 'collusio' nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali » 173

PAOLA LAMBRINI

Assoluzione ingiusta, 'actio de dolo malo' ed 'ex integro agere' » 227

DANIIL TUZOV

‘Contra ius sententiam dare’. Profili dell’invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica pag. 251

RICCARDO FERCIA

‘Querela inofficiosi testamenti’ e ‘iudicatum’: problemi e prospettive tra II e III secolo » 287

FRANCESCO FASOLINO

Note in tema di ‘transactio’ e ‘res iudicata’ » 315

GIOVANNI GUIDA

Giudicato e fonti del diritto » 331

MASSIMO MIGLIETTA

«Χρηματική - Έγκληματική Καταδίκη» Giudizio civile e giudizio criminale nel tentativo di organizzazione sistematica della giurisprudenza bizantina – II. Parte speciale » 361

FEDERICO PROCCHI

Friedrich Carl von Savigny e la teorica della forza legale dei cd. ‘motivi obiettivi’ della sentenza » 467

‘RES IUDICATA’

a cura di
LUIGI GAROFALO

tomo primo

estratto



JOVENE 2015

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2015

ISBN 978-88-243-2399-4

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

website: www.jovene.it email: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

ALESSIA SPINA

GIUDICATO E CAUSE DI LIBERTÀ

SOMMARIO: 1. L'individuazione dei problemi. – 2. La riproponibilità all'infinito della procedura di accertamento dello stato di libero. – 3. Le tracce del regime presenti nel Digesto. Su di un'ipotesi di deroga in Lab. 4 *post.* D. 40.12.42. – 4. Considerazioni a margine di Ulp. 2 *de off. cons.* D. 40.12.27.1-2. – 5. Il caso di contitolari di diritti reali che agiscono contestualmente. I dubbi e le soluzioni in fase di esecuzione della sentenza di libertà nel pensiero giuliano. – 6. Dal commentario gaiano all'editto del pretore urbano *de liberali causa*. – 7. L'elaborazione del rimedio nella casistica ulpiana. – 8. Su alcune ipotesi di pregiudizialità dell'accertamento sullo *status*. – 9. Considerazioni conclusive.

1. *L'individuazione dei problemi.*

Affrontare il tema del giudicato in rapporto alle cause di libertà¹

¹ Le *causae liberales* sono oggetto di alcune opere monografiche, nonché costituiscono materia incidentalmente presa in esame sia sotto il profilo dello *status personarum*, sia sotto quello – che in questa sede rileva – degli effetti del giudicato, per la loro peculiare struttura. A mero titolo esemplificativo e con riserva di citare *infra* ulteriori contributi relativi a specifici profili, si possono ricordare i lavori di R. MASCHKE, *Freiheitsprozess im klassischen Altertum*, Berlin, 1888; M. NICOLAU, 'Causa liberalis'. *Étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris, 1933; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961; S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010; M. INDRA, 'Status quaestio'. *Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, nonché le recensioni, alle opere degli ultimi due autori citati, di F. LAMBERTI, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, II, 2012, 244 ss. Si occupano della questione, *ex multis*, E. HERRMANN-OTTO, 'Causae liberales', in *Index*, XXVII, 1999, 141 ss., la cui indagine muove dal quesito: «fino a che punto l'incertezza circa lo *status* di una persona, cioè se essa sia libera o no, se sia nata libera o se sia stata messa in libertà o illibertà personale di un individuo potranno essere

significa impegnarsi su uno degli aspetti 'classici' dell'efficacia della sentenza, sia per l'intrinseca natura pregiudiziale delle controversie aventi ad oggetto lo *status libertatis*² – che porterà in età giustiniana a far loro assumere la forma del *praeiudicium* –³, sia per la frequente pos-

fatti oggetto di trattamento giudiziario e quindi risolti in maniera duratura con l'aiuto del diritto?»; E. HERRMANN-OTTO, *Sklaverei und Freilassung in der griechisch-römischen Welt*, Hildesheim - Zürich - New York, 2009, 190 ss.

² E. ALBERTARIO, *Schiavitù e 'favor libertatis'*, in *Studi di diritto romano*, I. *Persone e famiglia*, Milano, 1933, 61 ss.; J. IMBERT, 'Favor libertatis', in *RHDE*, XXVII, 1949, 274 ss.; C. CASTELLO, *In tema di 'favor libertatis'*, in *SDHI*, XXII, 1956, 348 ss.; L. HUCHTHAUSEN, *Zum Problem der Freiheitsbegünstigung ('favor libertatis') im römischen Recht*, in *Philologus*, CXX, 1976, 47 ss.; C. CASTELLO, 'Humanitas' e 'favor libertatis'. *Schiavi e liberti nel I secolo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, 2175 ss.; A. WACKE, *Der 'favor libertatis': Skizze eines Forschungsvorhabens*, in *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23.-27. September 1990*, Nijmegen, 1992, 21 ss.; H. ANKUM, *L'expression 'favor libertatis' dans les travaux des juristes classiques romains*, in *Revista de Dereitos Difusos*, XXIII, 2004, 45 ss., ora in *Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano*, a cura di J.E. Spruit e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 457 ss., secondo cui «l'idée de la *humanitas* à partir de la fin de la République et celle de la *benignitas* (bienveillance) à partir de Marc-Aurèle ont influencé le droit de l'esclavage romain et ont provoqué une amélioration de la position réelle et juridique des esclaves par des mesures contre les abus du pouvoir des *domini* et l'application fréquente du *favor libertatis*, du principe de favoriser la liberté, aussi bien dans les travaux des juristes classiques que dans les constitutions impériales»; H. ANKUM, *Ulpian D. 40.5.24.1: 'favor libertatis' et la conversion d'un affranchissement testamentaire*, in *Anneus*, I, 2004, 3 ss.; H. ANKUM, *Der Ausdruck 'favor libertatis' in den Konstitutionen der römischen Kaiser*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für H.L. Wieling zum 70. Geburtstag*, Berlin-Heidelberg, 2006, 1 ss.; sul *favor libertatis* come «tendenza a facilitare l'acquisto della libertà da parte degli schiavi», P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fitizio della condizione. Uno studio sul 'favor libertatis' fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, 25 ss.

³ Sui *praeiudicia*, oltre alla letteratura che verrà *infra* citata, si possono ricordare i contributi di H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en Droit Romain*, Paris, 1907, 200 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 304 ss.; ID., *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, in *Scritti in onore di G. Salemi*, Milano, 1961, 121 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 246 ss.; K. HACKL, 'Praeludicium' im klassischen römischen Recht, Salzburg - München, 1976, 203 ss.; J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, 'Praeludicium', in *Labeo*, VIII, 1962, 73 ss., del quale si può ricordare la tesi in forza della quale (p. 96) i *praeiudicia* «spezzarono il principio di non pregiudizialità della sentenza formulare, ma solo in relazione alla causa principale, di cui si suppone che scioglievano una questione incidentale, onde non risultavano indipendenti od autonomi»; F. DE MARINI AVONZO, voce 'Praeludicium', in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, 540 ss., la quale in via preliminare sottolinea come «lo studio del *praeiudicium* nel processo romano deve prescindere da troppo stretti riferimenti alla terminologia ed ai concetti elaborati dalla moderna dottrina processualistica, ed ora accolti nel vigente Codice, in tema di pregiudizialità. L'attuale impostazione dottrinale e normativa trova, invero, qualche spunto nella esperienza romana, nella quale però le espressioni *praeiudicium-praeiudicare* avevano un ambito di applicazione molto più ampio e generico».

sibilità che si possano determinare i cosiddetti 'effetti riflessi' della sentenza in capo a soggetti terzi rispetto alla lite.

La materia è assai vasta, trattandosi di una procedura che, oltre a vantare caratteri strutturali e funzionali assai peculiari, ha subito una significativa modificazione nel corso dei secoli. In questa sede, peraltro, si ometterà un'analisi specifica delle vicende relative alla fase più arcaica, in cui il procedimento si svolgeva *per legis actiones*, intendendosi privilegiare l'esegesi condotta sui frammenti versati dai compilatori giustinianeî nel titolo D. 40.12, dedicato espressamente alle *causae liberales*.

Conseguentemente, la procedura che verrà maggiormente in rilievo sarà quella formulare, sebbene già nei testi del Digesto sia dato cogliere una spiccata presenza di elementi procedurali tipici della fase successiva, quella cognitoria: appare, peraltro, ormai un dato acquisito in dottrina che la *cognitio extra ordinem* sia stata applicata ai processi di libertà con ampio anticipo rispetto alle altre procedure, essendosi deciso ben presto per una specifica competenza del console⁴.

Il problema della competenza rappresenta uno dei profili più complessi ed ancora oscuri del processo di libertà, in merito al quale, soprattutto per l'età arcaica, la dottrina continua a giungere a soluzioni in parte contrastanti. Della questione – che qui non rappresenterà oggetto di indagine se non nei limiti in cui essa appaia funzionale alle esegesi che si condurranno –, conviene enunciare i termini generali. Si è detto che, nell'età più antica, la competenza per i giudizi di libertà dovette spettare ai *decemviri stlitibus iudicandis*, che avevano una competenza esclusiva, limitata alle sole controversie relative allo *status libertatis* e alla sola fase *in iudicio*⁵. Si segnala, invero, che è ancora assai

⁴ Sulla competenza cognitoria, scrive M. NICOLAU, '*Causa liberalis*', cit., 14 e 61 ss. che «parmi les magistrats qui peuvent juger *extra ordinem* les procès de liberté, il y a en première ligne les consuls. Il est impossible de préciser quelle est l'origine de leur compétence en cette matière ...»; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 124 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica di governo, riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, 72 s. e nt. 86 (anche per le indicazioni bibliografiche) chiarisce che la competenza dei consoli in materia è certa e precedente rispetto a quella del *praetor de liberalibus causis*, sebbene risulti assai discussa l'identificazione del momento in cui venne introdotta la *cognitio extraordinaria*, da alcuni studiosi fatto risalire all'età di Antonino Pio, da altri all'età severiana.

⁵ La posizione è di G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 14 ss.; precisa l'Autore, sulla base di Gell. 13.15 e di Dio. Cass. 54.26, che «i *decemviri* sono dunque competenti esclusivamente per la fase del processo susseguente alla *litis contestatio*, come il comune *iudex privatus*, colla differenza che, nel nostro caso, ci troviamo di fronte ad un collegio

vivace in dottrina la discussione in merito all'origine del collegio dei *decemviri*, quale conseguenza di una pluralità di fonti tra di loro contrastanti che non consentono di giungere ad una ricostruzione complessiva appagante; ad ogni modo, non potendosi in questa sede affrontare *ex professo* la questione, basterà ricordare che l'idea ancora più accreditata è quella che collega l'origine del collegio all'emanazione – narrata da Tito Livio – di una delle tre *leges Valeriae Horatiae*, in particolare di quella nota con la qualificazione '*De tribunicia potestate*', posta a tutela dell'inviolabilità delle magistrature plebee⁶. Come di recente è stato ribadito, la competenza in materia di *status* sarebbe passata dai *decemviri* ai *recuperatores* successivamente alle leggi augustee⁷, per poi essere presto trasferita, come già accennato, agli organismi del processo *extra ordinem*, ossia prima ai consoli e successivamente al *praetor de causis fideicommissariis*.

giudicante di carattere pubblicistico, con qualifica magistratuale ed elezione ad opera del comizio tributo». Pare da condividersi la critica dell'Autore alla posizione di M. NICOLAU, *Causa liberalis*, cit., 26 ss., secondo il quale i *decemviri stlitibus iudicandis* avrebbero deciso delle sole *vindicationes in servitatem* e non già delle *vindicationes in libertatem*.

⁶ Si tratta della testimonianza di Liv. 3.55.7, riportata e commentata da S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 175 s., al quale si rimanda (p. 168 ss.) per l'ampia analisi della letteratura occupatasi della questione, nell'ambito della quale meritano di essere segnalati – specialmente per l'esame del dibattito Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.29 (*Deinde cum esset necessarius magistratus quia hastae praeesent, decemviri in litibus iudicandis sunt constituti*) – i contributi di U. COLI, voce '*Decemviri*', in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960 (ora in *Scritti di diritto romano*, Milano, 1973, 1003 ss.); G. FRANCIOSI, *Sui 'decemviri stlitibus iudicandis'*, in *Labeo*, IX, 1963, 164 ss., in particolare laddove si pone il problema dell'origine del collegio decemvirale con la sua natura e le sue funzioni: «fino alle riforme di Augusto il decemvirato ci appare come una magistratura statuente in iudicio nei processi di libertà. Ciò ci induce a ritenere, in mancanza di testimonianze contrarie, che la sua origine non possa essere anteriore alla diffusione della schiavitù in Roma. Infatti solo la diffusione della schiavitù come fenomeno rilevante, con la conseguente possibilità di confusione tra liberi e servi, può giustificare le regole particolari dettate per il processo di libertà»; M. MARRONE, voce '*Centumviri*', in *Noviss. dig. it.*, III, 1959, 115 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, 68; L. GAGLIARDI, '*Decemviri* e *centumviri*'. *Origini e competenze*, Milano, 2002, 21 ss. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Le 'legis actiones' nel 'liber singularis enchiridii' di Pomponio*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 183 ss. Recentemente, L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012, 341 ss., cui si rimanda anche per la bibliografia specifica, anche assai risalente, ivi citata.

⁷ Così L. GAGLIARDI, *I collegi giudicanti*, cit., 371 ss.; cfr. F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino, 2003, 122 ss.

I profili specifici che s'intendono in questa sede sottoporre ad esame sono riconducibili a tre questioni, connesse alla più generale tematica dei limiti soggettivi del giudicato⁸. Come noto, in diritto romano, anche per le sentenze di mero accertamento dello stato soggettivo, valeva la caratteristica efficacia vincolante comunemente denominata 'cosa giudicata', in forza della quale l'esito processuale raggiunto risulta incontrovertibile ed imm modificabile in un futuro giudizio tra le medesime parti e sul medesimo oggetto. L'importante corollario del principio è che siffatta efficacia vincolante non si trasmette in capo al terzo, parlandosi in proposito di «irrilevanza giuridica (dell'altrui sentenza) rispetto a terzi estranei, *come cosa giudicata in loro confronto*»⁹; per utilizzare le parole del giurista Macro, in un famoso passo dei *Digesta* giustinianei, *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*¹⁰. Un simile corollario si articola a sua volta in due distinte situazioni, la prima delle quali verrebbe riferita a terzi, i quali siano soggetti di un rapporto praticamente compatibile con la decisione emessa tra le parti, sebbene da questa possano ricevere un pregiudizio di fatto. La seconda situazione è quella dei terzi che siano soggetti di un rapporto incompatibile con quella decisione, pur essendo estranei al rapporto di cui si è deciso¹¹.

⁸ Si deve a E. BETTI, voce *Reiudicata*. *Diritto romano*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 216, la lucida ed insuperata distinzione tra limiti di carattere oggettivo, concernenti la ragione fatta valere, e limiti di carattere soggettivo, riguardanti invece le persone per le quali ha valore.

⁹ E. BETTI, *D. 42.1.63: Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 9, precisando che si può parlare di «non soggezione del terzo all'altrui cosa giudicata, cioè a quello speciale vincolo al quale le parti sono, invece, soggette».

¹⁰ Il passo da cui è tratta la massima è Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63: *Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur...* Nel Digesto spiccano altre testimonianze che confermano una simile impostazione, tra di esse si possono ricordare: Paul. 2 *resp.* D. 3.2.21: ... *non oportet ex sententia pro alio habita alium praegravari*; Paul. 3 *resp.* D. 20.4.16: *nec res inter alios iudicata aliis prodesse aut nocere solet*; Lab. 2 *post. a lav. epit.* D. 33.2.31: ... *non potuisse inter alios iudicando alterius ius mutare*; Mod. 12 *resp.* D. 44.1.10: ... *res inter alios iudicata aliis non obest*; Ulp. 2 *ad ed.* D. 44.2.1: *Cum res alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant*.

¹¹ Si tratterebbe del principio, dunque, di carattere negativo, cui risulterebbe dialetticamente connesso il principio positivo, così sintetizzabile: «la decisione emessa ha valore, in quanto *res iudicata inter partes*, anche rispetto a determinati terzi». E. BETTI, voce *Reiudicata*, cit., 217, precisa che per ricondurre i limiti soggettivi della *res iudicata* ad un criterio unitario, occorre ribadire che la condizione necessaria al comunicarsi a

La prima peculiarità che merita di essere approfondita e verificata attiene alla ripetibilità all'infinito di una causa conclusasi con una sentenza *pro servitute*: la regola viene ricordata in un passo di Cicerone e deve ritenersi vigente per tutta l'età classica, essendo intervenuta una costituzione di età giustiniana a decretarne l'abolizione¹². Taluni passi del Digesto recano un'eco di tale regolamentazione e, contemporaneamente, ne tracciano i limiti, importanti per configurare l'esatta portata dell'efficacia della sentenza di libertà in speciali contesti.

Più complicato appare il secondo aspetto d'indagine, laddove s'intenda valutare il problema dell'effetto della sentenza con cui si chiude un giudizio di libertà nei confronti di terzi estranei alla lite. Per simili fattispecie, la dottrina romanistica, fedele al dogma secondo cui la pronuncia giudiziale volge i suoi effetti esclusivamente *inter partes*, ha adottato la formula del 'virtuale pregiudizio di diritto', con cui intende riferirsi all'ingiusto sacrificio che un terzo subisca qualora risulti essere il vero titolare del diritto reale oggetto della sentenza¹³. Il pregiudizio del terzo si verifica, altresì, nei casi di una sentenza emessa nei confronti di uno solo dei plurimi contitolari di uno schiavo; le difficoltà emergono in fase di esecuzione, e sono evidenti in una serie di passi assai

terzi della cosa giudicata formatasi tra le parti è che la posizione giuridica dei medesimi terzi si possa qualificare come subordinata alla posizione delle parti in causa, nei riguardi del rapporto già deciso.

¹² G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 728 s., si riferisce all'esito delle cause di libertà nel regime dell'ultima epoca delle *legis actiones* e ritiene «certo che lo svolgimento del processo impediva che un altro processo si svolgesse intorno alla medesima lite (*de eadem re*) ... non si pensava specificamente a un effetto proprio della sentenza o della *res iudicata*, ma lo si collega allo svolgimento del processo nel suo insieme, in particolare all'*agere rem*, che era, prima di tutto, attività delle parti».

¹³ Sottolinea G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 280, che l'attribuzione di un'efficacia pregiudiziale assoluta, *erga omnes*, alla declaratoria di libertà è sicuro indice di interpolazione giustiniana. Per il diritto romano classico, invece, il principio *supra* enunciato della mera efficacia *inter partes* della sentenza non avrebbe subito eccezioni neppure in materia di accertamento di *status* e neppure quando si trattasse di una sentenza *pro libertate*. La posizione dello Studioso è consentanea a quella in precedenza già sostenuta da E. BETTI, *D.* 42.1.63, cit., 486; 500; 522; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 305 («il criterio della efficacia pregiudiziale della sentenza non era operante; i classici si servivano della preclusione processuale»). *Contra*, riconoscendo un'efficacia *erga omnes* della sentenza che chiude la *causa liberalis*, A. STEINWENTER, voce *Iudicatum*, in *PW*, IX, Stuttgart, 1914, 2479, laddove scrive «die Regeln *res iudicata pro veritate accipitur* ... und *res iudicata ius facit inter partes* (nicht quellenmäßig!) haben im allgemeinen mit der Frage der Rechtskraft nichts zu tun, sondern beziehen sich nur auf Statusprozesse».

studiati dalla letteratura che si è occupata delle controversie di libertà e, più specificamente, del ruolo di un'*exceptio rei iudicatae* nell'ambito della procedura¹⁴.

Infine, l'indagine si soffermerà su un terzo profilo, probabilmente il meno indagato dalla letteratura precedente, se non in via incidentale, nell'ambito del più generale tema dei *praeiudicia*, e attinente ai casi in cui appare preferibile attendere l'esito di una lite di libertà, ancorché avviata in un momento successivo rispetto alla causa cd. 'principale', prima di emettere la sentenza in un giudizio pregiudizialmente collegato ad essa. Non s'intende affrontare l'evoluzione della *petitio in libertatem* sino a quando ha assunto le forme del *praeiudicium an liber sit*¹⁵, ma piuttosto segnalare come, da testi cui – a parere di chi scrive – va riconosciuta una sostanziale genuinità, paia emergere un'intrinseca natura pregiudiziale del giudizio di libertà – peraltro, sia nella forma della *vindicatio in servitutem*, sia della *vindicatio in libertatem* –¹⁶, percepita dai giuristi classici e da questi salvaguardata nella pratica processuale.

Convieni, ora, brevemente delineare i punti fondamentali delle teorie che si sono susseguite in merito alla natura della *causa liberalis* di età classica. In generale, le posizioni oscillano tra coloro i quali vi rinvencono la struttura di una *legis actio sacramenti*, di una *actio per sponsionem*, di una *rei vindicatio* o di un vero e proprio *praeiudicium*. La prima tesi – che, in sostanza, prolunga l'età delle *legis actiones* anche successivamente all'introduzione del processo formulare – si baserebbe

¹⁴ Si tratta, in particolare, di Ulp. 55 *ad ed.* D. 40.12.8; Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de liberali causa* D. 40.12.9; Iul. 5 *ad Minic.* D. 40.12.30; sulla struttura della *exceptio rei iudicatae*, nel pensiero giuliano, cfr. J. MENNER, *Julian und die Entwicklung der 'exceptio rei iudicatae'*, in *'A bonis bona discernere'. Festgabe für J. Zlinszky zum 70. Geburtstag*, Miskolc, 1998, 119 ss.

¹⁵ Il *praeiudicium an liber sit*, di cui a lungo la letteratura romanistica ha discusso – e discute tuttora – per stabilirne l'epoca di introduzione, è attestato in maniera inequivocabile solamente per il periodo giustiniano, sulla base di 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*.

¹⁶ Giova ricordare che se le cause di libertà *per legis actiones* si svolgevano nella forma della *legis actio sacramento in rem*, *iudicium duplex* caratterizzato dall'assoluta parità delle parti e dalla bilateralità della pronuncia del giudice, che decideva «*utriusque sacramentum iustum, utriusque iniustum sit*», nella procedura formulare il giudizio si sdoppia. Si avrà, pertanto, una *vindicatio in servitutem ex libertate*, in cui si afferma un diritto di proprietà – e, dunque, lo stato di schiavo – di un individuo sinora vissuto come libero, ed una *vindicatio in libertatem ex servitute*, in cui si afferma la libertà di un individuo sinora vissuto come schiavo.

proprio sulla competenza decemvirale, ma perderebbe qualunque consistenza una volta che si sia ragionato sulla struttura bifasica del processo classico¹⁷, quale è quella che emerge da vari brani di giuristi classici e tardoclassici, tra cui si può ricordare:

Ulp. 54 *ad ed.* D. 40.12.7.5: *Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. Et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare*¹⁸.

¹⁷ L'argomentazione risale a G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 111 s.; isolata è la posizione di M. NICOLAU, '*Causa liberalis*', cit., 53 s. che configura la causa di libertà classica come una *legis actio sacramenti in rem*, pur ammettendo una competenza dei *recuperatores* per le sole *vindicationes in libertatem*. L'ipotesi della procedura *per legis actiones* non è richiamata nella ricognizione che S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 223 ss. compie sul contenuto del *iudicium* in età classica. La possibilità di agire *per legis actiones* in caso di competenza del collegio dei decemviri è enunciata dallo stesso Gai 4.31: *tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est*.

¹⁸ Citano il passo J.G. WOLF, *Die 'litis contestatio' im römischen Zivilprozeß*, Karlsruhe, 1968, 27 e nt. 89, a parere del quale «Überdies scheint es – bedenkt man nur die möglichen Konsequenzen – auch sehr unwahrscheinlich, daß der Erwerb der provisorischen Freiheit an die Entscheidung über die Verteilung der Parteirollen geknüpft war; und schließlich wird diese Entscheidung vielleicht regelmäßig, aber doch nur dann ergangen sein ... wenn eben streitig war, *utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem*»; X. D'ORS, '*Liberum esse volo*', in *Iura*, XXVIII, 1977, 126, nt. 88; G. PROVERA, '*Praejudicium*', in *Labeo*, XXIV, 1978, 82, laddove osserva che «all'impiego di una *formula praeiudicialis* si è pure pensato in relazione al problema dell'assegnazione dei ruoli delle parti in lite nei giudizi di libertà ... Che la questione venisse decisa dal magistrato (o, se del caso, dall'organo giudicante *extra ordinem*), è sicuro»; A.J.B. SIRKS, *The 'lex Junia' and the Effects of Informal Manumission and Iteration*, in *RIDA*, XXX, 1983, 229 ss.; G. MACCORMACK, '*Dolus*' in *Republican Law*, in *BIDR*, LXXXVIII, 28 s.; A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht?*, in *ZSS*, CVIII, 1991, 146 e nt. 81 («der Beweis für die Freiheit oblag bei der hier vorliegenden *vindicatio in libertatem* dem bisher in der Sklavenrolle Befindlichen»); ID., *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß*, in *ZSS*, CIX, 1992, 446 («Ähnlich sorgfältig wie bei den Interdikten regelten die Juristen die Verteilung der Kläger- und Beklagtenposition im Prozeß um die Freiheit eines vermeintlichen Sklaven»).

Se qualcuno reclama la libertà dalla schiavitù, sostiene le parti del richiedente; se invece qualcuno dalla libertà viene reclamato alla schiavitù, colui il quale dice di essere proprietario dello schiavo, sostiene le parti del richiedente. Dunque, quando vi è incertezza sul ruolo delle parti, affinché il giudizio possa farsi ordinatamente, si discute di ciò innanzi al giudice cui compete la cognizione in merito alla libertà, ossia se si agisca per rivendicare dalla libertà in schiavitù o viceversa. E se, per esempio, è emerso che colui il quale litiga a proposito della sua libertà, sia vissuto nello stato di libero senza dolo, in tal caso colui che pretende di essere padrone assume la veste di attore e necessariamente dovrà provare che il servo sia suo. Se invece verrà stabilito che nel tempo in cui s'introdusse la lite, egli non si trovava nella condizione di libero o vi si trovava dolosamente, colui il quale litiga per la sua libertà dovrà provare di essere libero.

Il passo è da solo sufficiente a chiarire che la scelta se procedere ad una *vindicatio in libertatem* ovvero ad una *vindicatio in servitutem* discende dalla condizione di fatto precedente all'instaurarsi della lite e pare, altresì, prova che le due procedure fossero autonome e distinte.

Più complesso è il quesito circa la possibilità di esperire una procedura *per sponsionem*, la quale avrebbe potuto costituire l'anello di congiunzione tra la bilateralità della *legis actio sacramento in rem* e la struttura formulare; più precisamente, le *sponsiones praeiudiciales* avrebbero potuto rappresentare l'antecedente storico del vero e proprio *praeiudicium*¹⁹. Le fonti giustiniane non recano testimonianze palesi in merito all'esistenza di una *sponsio* siffatta, mentre indizi importanti pa-

¹⁹ Scrive G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 113, che «l'unico argomento apparentemente plausibile potrebbe essere quello per cui il *praeiudicium* sarebbe derivato dalla *sponsio*; ma anche a voler ammettere una tale evoluzione, nessuna conseguenza se ne potrebbe trarre in ordine alla *causa liberalis*, dal momento che essa divenne un *praeiudicium* solo in età postclassica». A parere di S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 227, «è possibile credere che anche la *sponsio praeiudicialis* utilizzata per introdurre le liti di libertà, più precisamente le *vindicationes e libertate in servitutem*, abbia contribuito all'elaborazione del *praeiudicium an liber sit*, secondo una linea di sviluppo storico propria dei *praeiudicia* di stato, derivati, secondo l'opinione prevalente, proprio da più antiche *sponsiones praeiudiciales*». Specificamente sulla questione, G.I. LUZZATTO, '*Praeiudicium*' e '*sponsio praeiudicialis*'. (A proposito delle tavolette Ercolanesi relative al processo di Giusta), in *Studi in memoria di B. Donati*, Modena, 1954, 33 ss. Ricostruisce così il tenore della *sponsio praeiudicialis*, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 37, n. 1: *Si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Spondeo.*

iono provenire dalle fonti epigrafiche. In particolare, l'esistenza di una *sponsio* risulterebbe attestata dalle tavolette di Ercolano che ricordano il famoso processo di Giusta²⁰ e dalla *lex Irnitana*, di più recente scoperta.

Se la dottrina tradizionale nega la possibilità di agire con una procedura *per sponsionem*²¹, autori più recenti – oltre a valorizzare fonti casistiche che attesterebbero l'applicabilità della struttura sponsale alle *vindicationes in servitutem* – hanno sottolineato l'efficacia probatoria del testo della citata *lex Irnitana*. In particolare, come è stato scritto, «il cap. 84 di questa *lex* attesta ... in maniera inequivocabile, il ricorso all'*agere per sponsionem* per mezzo di un riferimento alla *sponsio praeiudicialis* in materia di liti di libertà»²².

²⁰ È ancora G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 113 s. a criticare anche quest'ulteriore elemento, laddove qualifica il processo di Giusta non come una *causa liberalis*, bensì come una causa di ingenuità, che ha regole proprie e per la quale l'esistenza di un vero e proprio *praeiudicium* parrebbe emergere già da 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 complures; demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio sine intentione vel adiudicatio sine demonstratione nullas vires habet et ob id numquam solae inveniuntur*. Inoltre, la *sponsio* sembrerebbe adoperata per il *vadimonium* e non già per la decisione sul merito della controversia. Sul processo di Giusta, cfr., tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *Nuove osservazioni sul processo di Giusta*, in *La parola del passato*, VI, 1951, 120; A. PIGANOL, *Observations sur le procès de Justa*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 563 ss.; N. DONADIO, *La lite tra Calatoria Themis e Petronia Iusta: un caso da archiviare?*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, III, Napoli, 2007, 1543 ss.; EAD., *'Vadimonium' e 'contendere in iure'*. Tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa", Milano, 2011, 227 ss.

²¹ Ancora di recente, la lettura si è concentrata sui *vadimonia* che ricordano il processo di Giusta, e ha avuto modo di ribadire come non si possa dimostrare in maniera decisa l'applicazione della procedura *per sponsionem* alle liti di libertà. Su tali *vadimonia*, oltre ai contributi *supra* già citati, si possono ricordare: G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae ceratae Herculanaenses*, in *La parola del passato*, I, 1946, 373 ss.; ID., *Tabulae Herculanaenses II*, in *La parola del passato*, III, 1948, 165 ss.; E. METZGER, *The Case of Petronia Iusta*, in *RIDA*, XLVII, 2000, 151 ss.; D. JOHNSTON, *Vadimonium, the lex Irnitana and the Edictal Commentaries*, in *'Quaestiones Iuris'. Festschrift für J.G. Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2000, 111 ss.; J. PLATSCHEK, *'Vadimonium factum Numero Negidio'*, in *ZPE*, CXXXVII, 2001, 281 ss.

²² Si richiama sul punto il testo della *lex Irnitana* nella ricostruzione di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e 'ius Romanorum'*, Napoli, 1993, 139 ss. e 349 ss. (ma cfr., *recentius*, l'edizione critica a cura di J.G. WOLF, *Die 'Lex Irnitana'. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch*, Darmstadt, 2011, 118 ss.); si tratterebbe, in particolare, delle linee da 5 a 7 del citato cap. 84, un tratto che si inserirebbe «all'interno di un complesso di disposizioni volte a fissare il limite di competenza, per materia e per valore, dei magistrati municipali i *duoviri* e gli *aediles*».

Il dato esegetico merita di essere tenuto in considerazione, sebbene ai fini della presente indagine il quesito che rileva in maniera più decisiva, poiché la sua soluzione determinerà – come si tenterà di mettere in luce in prosieguo – l'interpretazione delle fonti casistiche, è il seguente: anche ammessa la configurabilità in età classica dell'*agere per sponsionem*, come va risolta l'alternativa tra un processo da svolgersi *per formulas* ed uno avente una struttura propriamente di *praeiudicium*?

Si è sottolineato che la dottrina più antica aveva ricostruito la *causa liberalis* classica alla stregua di un *praeiudicium*²³, in una formula priva di *condemnatio*, da ricondursi, secondo taluni autori, sempre alla forma del pregiudizio *an liber sit*²⁴, secondo altri, invece, distinguendo tra una *vindicatio ex libertate in servitute* ed una *vindicatio ex servitute in libertatem*, giungendo a esiti significativamente diversi²⁵. La tesi della

Il brano – nella lettura di S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 234 s. (cui si rimanda per l'accurata indagine di cui in questa sede non si possono che riproporre alcune brevi considerazioni), sembrerebbe escludere la giurisdizione dei magistrati municipali in materia di liti di libertà (*de capite libero*), nonché di quelle di valore superiore a mille sesterzi, «introdotte mediante un *praeiudicium* (futuro) o una *sponsio* (presente o futura) alla quale non può che riconoscersi natura pregiudiziale». Conferma dell'interpretazione suesposta si rinviene – a parere dell'Autore – al cap. 89, che confermerebbe l'idoneità di *sponsio* e *praeiudicium* ad introdurre i giudizi *de capite libero*. Cfr. M. DE BERNARDI, 'Lex Irnitana' LXXXIV - LXXXV - LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla 'sponsio' nel processo romano, in 'Testimonium amicitiae', Milano, 1992, 95 ss., in particolare 139, laddove a proposito della *sponsio praeiudicialis*, l'Autore sottolinea come a rilevare «funzionalmente [fosse] la promessa del convenuto di pagare una certa somma di denaro se fosse stata accertata la situazione giuridica dichiarata esistente dall'attore...: l'obiettivo era quello di giungere ad un accertamento giudiziale che, di regola, rispondeva all'interesse comune delle parti».

²³ Si segnalano addirittura tentativi di configurare l'esistenza di un *praeiudicium an servus sit*, come si dirà *infra*; efficacemente, però, si è messo in luce come l'inserimento del vocabolo *servus* (che nelle varie ipotesi elaborate si rinviene nella forma dell'accusativo *servum*) sia superfluo, come nella struttura della *rei vindicatio* sarebbe superfluo l'inserimento dell'accusativo *rem*: così E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, 284, nt. 29; R. BUFNOIR, *Des 'praeiudicia de statu'*, Paris, 1893, 52 ss.; la critica risulta poi accolta, *ex multis*, da G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 114 s. e nt. 129; S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 226, nt. 579.

²⁴ A.F. RUDORFF, *De iurisdictione Edictum. Edicti perpetui quae relictia sunt*, Lipsia, 1859, rist. anast. Pamplona, 1997, 166 si riferisce alle *formulae praeiudiciales*, che così ricostruisce: *Titius iudex esto si paret illum hominem q.d.a. servum (liberum) esse*.

²⁵ Ad esempio, O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 379 ss. osserva che «der Freiheitsprozeß führt zu verschiedenen formularen Gestaltungen, je nachdem die *adsertio ex servitute in libertatem* oder umgekehrt *ex libertate in servitute* stattfindet. Nach der herrschenden Meinung gewährt der Prätor in beiden Fällen Präjudizialformeln, und zwar im erstgedachten Fall

classicità del *praeiudicium an liber sit*, da intendersi come specificamente applicabile alle *vindicationes in libertatem*, in letteratura viene ancora oggi talora accolta²⁶, talaltra *in toto* rifiutata. In particolare, vi è stato chi ha collocato l'origine del pregiudizio nella tarda età classica, precisamente in epoca ulpianea²⁷; e, ancora in tempi più recenti, si è scelto di sostenerne senza dubbi la classicità, richiamando il già menzionato statuto del municipio di Irni, datato al I sec. a.C. Si è giunti, dunque, alla conclusione che «congetturando l'applicazione nella prassi del *praeiudicium an liber sit* già al tempo della *lex Iulia iudiciorum privatorum*, si colmerebbe il vuoto di tutela che altrimenti si è costretti ad ammettere nei casi di *vindicationes in libertatem* nelle quali non sorgessero questioni di carattere patrimoniale e che rendevano ... inapplicabili tanto la *rei vindicatio per formulam petitoriam*, quanto l'*agere per sponsionem*»²⁸.

ein *praeiudicium 'an Pamphilus liber sit (ex iure Quiritium)'*, im zweiten ein solches über die Frage, ob *Pamphilus* Sklave (des Klägers) sei, - in welcher Fassung, darüber sind die Ansichten geteilt»; egli individua le fonti che, citando il *praeiudicium an liber sit*, sembrano si riferiscano propriamente alla sola età giustiniana, propendendo per la configurabilità di un *agere per sponsionem*.

²⁶ Cfr. la ricostruzione della formula '*Si ex servitute in libertatem petatur*' proposta da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 84, n. 107: *An Titius liber sit*.

²⁷ M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2956 (ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 348), a parere del quale «è possibile ritenere che, ad un certo momento dell'età classica, si sia fatto ricorso, per le liti di libertà, anche ad un autonomo *praeiudicium 'an liber sit'*. In proposito è a dire che, una volta data la possibilità, alla fine del secondo secolo, di una *formula praeiudicialis* indipendente da altri giudizi '*an libertus sit*', ammettere anche un autonomo *praeiudicium* di libertà '*an liber sit*', in materia pure esso di *status*, poté apparire del tutto naturale. L'impiego di tale formula - in definitiva un'azione di accertamento - poté essere giudicato verosimilmente più pratico nei casi in cui non v'erano questioni patrimoniali da regolare. Ecco quindi che ... il *praeiudicium 'an liber sit'* si affiancò durante la tarda età classica alla *vindicatio in libertatem* modellata sulla rivendica; poi, in età postclassica, la soppiantò del tutto».

²⁸ Così letteralmente S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 276, poi concludendo nel senso che «la formula *praeiudicialis*, priva com'era di *condemnatio* avrebbe consentito il mero accertamento dello *status* di libero di taluno. Probabilmente, in origine il *praeiudicium* avrebbe avuto funzione incidentale, come il nome stesso suggerisce, e sarebbe stato esperibile nel seno di altre liti patrimoniali in cui si rendesse necessario accertare lo *status libertatis* di una delle parti in causa; ma ben presto, il nostro *praeiudicium* deve essersi reso autonomo divenendo un'azione di mero accertamento, secondo un processo evolutivo comune, ad esempio, al *praeiudicium an libertus sit*, originariamente attestato quale strumento di accertamento incidentale e, successivamente, esperibile anche in via autonoma»; nello stesso senso era già la ricostruzione di K. HACKL, *Praeiudicium*, cit., 215 ss. 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.

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 liberi²⁹. Semplificando un discorso che *infra* si tenterà di affrontare in modo analitico sulla base delle fonti, si può dire che una normale formula petitoria – per lo meno nel caso di una *vindicatio in servitutem* che si concretizzi in una *rei vindicatio* con clausola restitutiva –, munita di *condemnatio* sulla base di un'avvenuta *litis aestimatio*, avrebbe come effetto quello di consentire l'acquisto di una libertà di fatto per il preteso schiavo³⁰. Per risolvere l'*impasse* taluna autorevole dottrina ha ipotizzato che al posto della *condemnatio* la causa di libertà presentasse una *adiudicatio*: si tratterebbe di una formula di libertà con effetto aggiudicatorio anziché condannatorio³¹. Il tema sarà oggetto di una breve indagine nel corso della presente trattazione in quanto funzionale alla comprensione dell'ampia varietà di soluzioni che si rinvencono nella casistica giurisprudenziale proposta nei *Digesta* giustiniane.

2. La riproponibilità all'infinito della procedura di accertamento dello stato di libero.

Come anticipato, un primo profilo d'indagine attiene alla specifica efficacia attribuita alla sentenza di libertà sin dall'epoca arcaica: tra le

²⁹ A parere di V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, II. In tema di '*adiudicatio*', in *BIDR*, XXXII, 1922, 57, «supponendo infatti non solo immutate le 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 principi ricevuti in questa materia, e in maniera da eludere tutte le disposizioni che tendevano a impedire l'invasione dei libertini nella cittadinanza romana».

³⁰ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 39, n. 3 ricostruisce così la formula della *vindicatio (petitio) ex libertate in servitutem*: C. Aquilius ... L. Octavius recuperatores sunt. Si paret hominem quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque ea res arbitrio recuperatorum A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam recuperatores N. Negidium A. Agerio condemnanto; si non paret absolvunto.

³¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, II., cit., 5 ss.; aderisce alla ricostruzione di G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 134. Cfr. anche, su problemi similari, M. KASER, '*Adiudicare*' bei der '*actio finium regundorum*' und bei den *vindikationen*, in '*Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae*', Leiden, 1968, 85 ss.

regole speciali relative alle controversie di libertà, infatti, spicca quella in forza della quale è possibile riproporre all'infinito una causa di libertà conclusasi con una sentenza *pro servitute*. Incidentalmente, si può ricordare che le altre due regole speciali erano rappresentate dalla fissazione in cinquanta assi della *summa sacramenti*³² dovuta dall'*adsertor libertatis*³³ e dalla libertà provvisoria, sintetizzata nel precetto «*vindiciae sunt secundum libertatem*»³⁴, concessa sia – come normalmente avveniva – a chi, finora vissuto da libero, fosse stato rivendicato come schiavo,

³² In Gai 4.14 si legge che, per le controversie di libertà la somma era fissata dalle XII tavole in cinquanta assi, indipendentemente dal valore del preteso schiavo; il giurista antoniniano si esprimerebbe «con un linguaggio, ancora una volta, che sembra presupporre la esistenza di un obbligo direttamente costituito sulla parte e non solo sui suoi garanti»: così A. CORBINO, *Gai 4.48 e il contenuto della pronuncia del giudice nel processo privato romano di epoca decemvirale*, in *Sem. compl.*, V, 1993, 68 s. e nt. 11. Cfr. M. NICOLAU, 'Causa liberalis', cit., 176 ss. avverte che «la réduction à 50 ad de la *summa sacramenti* pose un problème extrêmement délicat et qu'on ne saurait même pas entrevoir à la simple lecture du renseignement qu'en donne Gaius (4, 14). C'est toute la question des origines religieuses et de la sécularisation du *sacramentum* qui se pose à ce propos». G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 79, parafrasando Gai 4.14 spiega che «il tasso richiesto nei processi di libertà era sempre il più basso per non scoraggiare gli *adsertores*, i quali avrebbero potuto retrocedere di fronte alla somma più elevata di cinquecento assi, lasciando che l'uomo restasse in schiavitù o venisse *ductus*, specie quando si trattava di persone appartenenti alle classi più disaiate della popolazione».

³³ Scrive G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 136 ss., che «fino alla riforma giustiniana del 528, che capovolgeva i principi tradizionali del processo di libertà, non era consentito all'individuo il cui *status* era in contestazione di stare in giudizio da sé, a difesa del proprio diritto di libertà. Egli difettava della capacità processuale, poiché del processo costituiva semplicemente l'oggetto. La pretesa alla sua libertà veniva fatta valere, in sua vece, dall'*adsertor libertatis*». Sulla figura dell'*adsertor libertatis*, si vedano le considerazioni recentemente svolte da A. RUSSO, *Note sull'adsertor libertatis*, in *Φιλολ. Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, IV, Napoli, 2007, 2363 ss., che muove dalla considerazione che per molto tempo la dottrina ha reputato legittimato a svolgere l'*adsertio in libertatem* in età arcaica un soggetto individuato nell'ambito del gruppo gentilizio, cui – almeno in origine – fosse appartenuto anche lo schiavo, sicché «solo successivamente, con il dissolversi del fenomeno gentilizio, la facoltà di asserire in giudizio la libertà di un uomo sarebbe stata attribuita a chiunque»; dedicati alla figura processuale sono, altresì, i contributi di P. NOAILLES, 'Vindicta', in 'Fas' et 'Jus'. *Études de droit romain*, Paris, 1948, 69 ss.; E. FERENCZY, *L'adsertor libertatis nell'età della repubblica romana arcaica*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano, 1973, 38 ss.; R. REGGI, *La vindictio in libertatem e l'adsertor libertatis*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, 1005 ss.

³⁴ Sul principio, cfr. S. TOMULESCU, *Sur la maxime 'Vindiciae <sunt> secundum libertatem*, in *Iura*, XXII.1, 1971, 141 ss., precisando che «la principale application de la règle *vindiciae <sunt> secundum libertatem* avait lieu dans le cas de la *vindicatio in servitutem* et avait comme but de maintenir en liberté, jusqu'à la prononciation de la sentence, l'homme dont la liberté était contestée».

sia eccezionalmente a chi fino a quel momento fosse vissuto come schiavo: si tratterebbe di tre eccezioni alla normale procedura della *legis actio sacramento in rem*, destinate a sopravvivere anche dopo, e palesemente ispirate al *favor libertatis*.

Le testimonianze principali sul punto sono due brani di Cicerone:

Cic., *de domo sua*, 29.77-78: *Quid ita? Quia ius a maioribus nostris, qui non fecte et fallaciter populares, sed vere et sapienter fuerunt, ita comparatum est, ut civis Romanus libertatem nemo possit invitus amittere. Quin etiam si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent, tamen, quotienscumque vellet quis, hoc in genere solo rem iudicatam referri posse voluerunt...*

e

Cic., *de domo sua*, 30.80: *Tum igitur maiores nostri populares non fuerunt, qui de civitate et libertate ea iura sanxerunt, quae nec vis temporum nec potentia magistratuum nec rerum iudicatarum auctoritas nec denique universi populi Romani potestas, quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit?*

L'Arpinate attribuisce ai *maiores* amici del popolo, che agirono non con ipocrisia ed inganno, bensì con lealtà e saggezza, il merito di avere stabilito con legge che nessun cittadino romano potesse, contro la propria volontà, perdere la libertà. Addirittura, se in un processo di libertà i *decemviri* avessero deciso in senso sfavorevole alla libertà, si era stabilito che ogniqualevolta qualcuno lo volesse, in questa sola ipotesi – ossia soltanto se la pronuncia fosse stata *pro servitute* –, si potesse riaprire il processo.

In primis, dunque, viene enunciato un principio generale, che suona quale conferma dell'antica e permanente regola secondo cui lo *status libertatis* di un individuo non può essere modificato unilateralmente contro il volere del soggetto libero³⁵. Ovvio corollario di un si-

³⁵ Tra le fonti che in maniera inequivoca escludono la possibilità che una convenzione tra privati sia in grado di modificare lo *status libertatis* di un individuo, si possono ricordare: Call. 2 *quaest.* D. 40.12.37: *Conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest* e *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Stratio C. 7.16.10: Liberos privatis pactis vel actus quacumque administrati ratione non posse mutata condicione servos fieri certi iuris est.* (a. 293)

mile principio è che neppure può essere consentito ad una sentenza di modificare lo *status* di un individuo: dunque, dalle parole di Cicerone, oltre al principio speciale, emerge una concezione della sentenza di libertà come meramente dichiarativa, dovendo essa limitarsi ad un accertamento della condizione.

Il passo contiene, inoltre, indicazioni tecniche fondamentali. L'eventualità che si deve essere verificata è che *decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent*: i *decemviri* – cui spettava la competenza in epoca arcaica – devono avere giudicato *iniustum* il sacramento *in libertatem*, ossia non soltanto quello con cui si affermava la libertà di un individuo sinora vissuto come schiavo, ma anche quello con cui si difendeva il *morari in libertate* di colui che sino a quel momento era vissuto in condizioni di libero ed improvvisamente veniva preteso con una *vindicatio in servitute*. Questa lettura della testimonianza ciceroniana, già accolta in dottrina, appare coerente con la struttura del processo *per legis actiones*, in cui – si ribadisce – vi era un *duplex iudicium* ed una pronuncia che, in ogni caso, decideva su quale sacramento fosse *iustum* e quale *iniustum*³⁶. Ben diverso era, invece, il funzionamento nella procedura formulare, laddove la pronuncia negativa della *vindicatio in servitute*, *servus illius non videri*, non avrebbe determinato automaticamente la declaratoria di libertà dell'individuo, anche come conseguenza dell'unilateralità della struttura formulare, nel cui ambito la *vindicatio in libertatem* e la *vindicatio in servitute* si distinguevano quali azioni autonome³⁷. Si legge poi nella fonte repubblicana, che la legittimazione attiva a riproporre la causa spetta a *quotienscumque vellet quis*: ciò significa che non si tratta di una facoltà riferibile esclusivamente all'*adsertor libertatis* che avesse sostenuto la libertà del soggetto nel giudizio precedente, e neppure che fosse necessario un cambiamento

³⁶ Come chiarisce Gai 4.13: *Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur* e Gai 4.16: *cum uterque vindicasset*. Precisa G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 260 s. che, conformemente alla natura di *iudicium duplex*, ad entrambe le parti incombeva l'onere della domanda e, dunque, della prova, sicché «in questa età ogni sentenza decemvirale è ad un tempo sulla libertà dell'individuo e sulla sua appartenenza al presunto *dominus*; il fatto che l'individuo non sia servo di quest'ultimo importa automaticamente la sua libertà e viceversa». Cfr. C.A. CANNATA, *'Qui prior vindicaverat': la posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 83 ss.; A. CORBINO, *Gai 4.48*, cit., 67 ss.

³⁷ G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 261 s.

dell'*adsertor* stesso³⁸, bensì emerge che chiunque voglia potrà agire con una nuova procedura *in libertatem*, risultando indifferente se vi sia oppure no coincidenza tra le parti che agiscono in giudizio.

Merita una precisazione anche l'espressione *hoc in solo genere*, con cui Cicerone limita l'esperibilità della regola speciale al caso in cui la sentenza sia stata sfavorevole alla libertà, sicché, qualora la pronuncia fosse stata *pro libertate*, doveva ritenersi normalmente applicabile il generale principio di irretrattabilità della causa: alla base di una simile regolamentazione vi è, senza ombra di dubbio, un ossequio al *favor libertatis*.

Il testo ciceroniano, a parere di chi scrive, non reca in sé alcuna indicazione più specifica circa la struttura della *causa liberalis* cui la regola si potrebbe applicare. In particolare, secondo una certa dottrina, occorrerebbe escludere la possibilità di ripetere la *vindicatio in libertatem* conclusasi negativamente, ed invece sarebbe stata proponibile all'infinito la *vindicatio in servitutem*: una simile lettura pare, invero, piuttosto illogica e, soprattutto, non si risolverebbe, negli effetti, in un vantaggio alla libertà, ma al contrario avrebbe consentito solamente ai presunti *domini* la possibilità di riproporre all'infinito il proprio diritto sul proclamato schiavo³⁹. Secondo altri, invece, la ripetizione della causa si potrebbe avere esclusivamente nell'ipotesi di *vindicatio in servitutem* conclusasi con una pronuncia di appartenenza del *servus* al padrone. Soltanto in una simile evenienza la *vindicatio in libertatem* si sarebbe

³⁸ Oltre alla lettera del brano ciceroniano riportato, la possibilità che fosse il medesimo *adsertor libertatis* a poter riproporre la *vindicatio in libertatem* si desumerebbe da un testo di Marziale, in cui il poeta, esprimendosi metaforicamente, si rivolge ad un amico perché si faccia *adsertor* di alcune sue poesie, del quale un concorrente privo di originalità si era appropriato. Marziale consiglia all'amico di rinnovare l'*adsertio in libertatem* nei confronti dei *libri manumissi* anche per tre o quattro volte, ossia sino a quando non avrà dimostrato il *plagium* subito (G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 271 s.): Mart. 1.52.5-9: *Adsertor venias satis que praestes, / Et, cum se dominum vocabit ille, / Dicat esse meos manuquemitissos. / Hoc si terque quaterque clamitabis, / Impones plagiarum pudorem.*

³⁹ Si tratta della posizione sostenuta da M. NICOLAU, '*Causa liberalis*', cit., 202 s., a parere del quale «il s'agit maintenant de savoir si n'importe quel procès de liberté pouvait être renouvelé indéfiniment ou bien seulement certaines catégories: par ex. les *vindicaciones ex libertate in servitutem* à la différence des *vindicaciones ex servitutum in libertatem*». Essa è assai criticata da G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 264 s., sottolineando come la bilateralità della procedura nell'epoca delle *legis actiones* impedirebbe di distinguere una *vindicatio in libertatem* da una *vindicatio in servitutem*, e ne deriva che «attribuire la regola sulla ripetizione del processo ad una sola di esse è perciò infondato».

potuta riproporre per infinite volte, allo scopo di ottenere una pronuncia *pro libertate*. Eppure anche una simile interpretazione suscita dubbi, perché, come è stato efficacemente messo in luce, basarsi sul testo ciceroniano può rivelarsi fuorviante laddove si tenti di leggerci una distinzione tra *vindicationes in servitute* e *vindicationes in libertatem*, inconcepibile nel sistema più antico delle *legis actiones*⁴⁰. Decisiva parrebbe invece la considerazione dello scopo della regolamentazione speciale, che mira a favorire la condizione di libero ponendola al riparo dalle patologie giudiziarie idonee a mettere in pericolo il riconoscimento. Più precisamente, vi è stato chi ha individuato quale *ratio* della legge «l'interesse del popolo minuto alla conservazione della propria libertà, nonostante una sentenza favorevole»⁴¹.

La regola speciale, peraltro, sarà formalmente abrogata solamente da Giustiniano, con una legge del 528 che ha anche eliminato la necessità dell'*adsertor libertatis* per difendere la libertà del preteso servo: le due riforme sono coincidenti temporalmente, ma prive di qualunque interconnessione – se non quella di omologare la procedura delle *causae liberales* a quella dei processi ordinari –, dal momento che, come poc'anzi già detto, la riproposizione della *causa liberalis* non richiedeva l'intervento di un diverso *adsertor libertatis*:

Imp. Iust. A. Menae pp. C. 7.17.1 pr.: Lites super servili condicione movendas ad clementiorem tam examinationem quam terminum transferimus iubentes, si quis vel adhuc serviens liberum se esse dixerit vel in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, adsertoris difficultatem in utroque casu cessare ipsumque per se ad intentiones eius qui dominum sese adserit respondere et, si ex possessione libertatis ad

⁴⁰ La tesi è di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 330, nt. 631 s. («la riproposizione del giudizio era consentita, quando il primo processo era una *vindicatio in servitute* e aveva avuto esito sfavorevole al servo»). La contrasta G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 268 ss., ammettendo che la testimonianza ciceroniana non appare esplicita a riguardo, poiché «essa ci dice che la sentenza decemvirale *pro servitute* non aveva l'efficacia normale della *res iudicata*, ma nel contempo non esclude esplicitamente che come contrapposto della nostra regola sussistesse la possibilità di rimozione della sentenza resa *pro libertate*», ma escludendo la possibilità alla luce dello «spirito della legislazione repubblicana, favorevole alla libertà dei *cives*».

⁴¹ G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 273, precisando che «l'errore giudiziario, meno rilevante nelle azioni normali, sarebbe stato nel nostro caso di gravità estrema, poiché avrebbe privato il cittadino, a torto dichiarato servo, di ogni diritto, senza possibilità alcuna di appello (escluso, com'è noto, nella procedura dell'*ordo*)».

servitutem ducitur, etiam procuratorem dare minime prohiberi, quod his, qui ex servitute ad libertatem prosiluerint, penitus interdicimus: illis legibus, quae dudum et secunda et tertia vice adsertorias lites examinari praecipiebant, in posterum conquiescentibus, cum sit iustum primam definitionem in suis manere viribus, cum provocatio nulla oblata fuerit: qua porrecta, ad similitudinem aliorum negotiorum iudex, ad quem res ex provocatione ducitur, eam examinabit, cuius et ipsius iudicium ad secundam exquisitionem minime deducetur occasione legum, quae super adsertoriis litibus positae sunt (528).

Il punto che rileva è quello in cui si rievoca l'antica norma che consentiva di ripetere per due o tre volte una causa di libertà, e la si abroga⁴².

3. *Le tracce del regime presenti nel Digesto. Su di un'ipotesi di deroga in Lab. 4 'post.' D. 40.12.42.*

Nel Digesto non permangono molte tracce della regola sopra enunciata, nonostante residuino taluni cenni ad un'efficacia speciale del giudicato *pro servitute*. Per quanto attiene alla procedura formulare, infatti, la ripetibilità della *vindicatio in libertatem* rappresenterebbe l'eccezione al normale principio della preclusione processuale, destinata invece a riprendere pieno vigore per l'ipotesi di una *vindicatio in servitutem* che si sia conclusa con una pronuncia di rigetto, ossia nel senso per cui *servus illius non videri*⁴³.

Punto di partenza può essere considerato un brano ulpiano, il quale, in un contesto da cui affiorano indizi di una procedura cognitoria,

⁴² Sulla costituzione, specificamente per il profilo del giudicato, G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 734. Cfr. anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*, XIV, 1967, 308, dove si legge che «im Jahre 528 hob Justinian (C. 7.17.1) die Institution des *adsertor (libertatis)* grundsätzlich auf. Seit dieser Zeit tritt dieser nur vereinzelt in speziellen Fällen unter der geänderten Benennung *defensor (alienae libertatis)* auf».

⁴³ G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 279 s., che, a proposito della *vindicatio in servitutem* terminata con una sentenza di rigetto, sottolinea come nulla ostasse a che un qualunque terzo estraneo agisse per rivendicare lo schiavo come proprio, sia per il noto principio *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*, sia per il tenore precipuo della sentenza, la quale non esclude che l'individuo possa essere schiavo di altri.

sembra costituire una prova *e contrario* della possibilità di riproporre un giudizio di libertà a seguito di una pronuncia sfavorevole alla libertà:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.24: *Si dolo acciderit eius, qui verba faciebat pro eo, qui de libertate contendebat, quo minus praesente adversario secundum libertatem pronuntietur, puto statim de dolo dandam in eum actionem, quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet*⁴⁴.

In un giudizio di libertà, se per dolo di chi pronunciava parole solenni asserendo la libertà dell'individuo sul cui *status* si contendeva, in presenza dell'avversario, sia stata pronunciata una sentenza a favore della libertà, il giurista ritiene che debba senza dubbio essere concessa un'azione di dolo, perché, una volta pronunciata una sentenza *pro libertate*, essa non può più essere oggetto di riesame.

La regola generale, da cui dedurre la permanenza del principio di riproponibilità della causa in caso di sentenza *pro servitute*, spicca nella chiusa del frammento, laddove si afferma quale necessità giuridica l'irretrattabilità della sentenza *pro libertate: retractari non oportet*.

Se non è possibile riproporre una causa di libertà, è però concessa, in presenza di determinati presupposti, l'esperibilità di un'*actio doli*, che funziona quale estremo rimedio a fronte di una sentenza che ha l'effetto – devastante per l'ordinamento romano – di avere accertato lo stato di libero di un individuo che non lo era. In altri termini, ribadita l'incontrovertibilità di una sentenza *pro libertate*, l'azione di dolo consentirebbe di mitigarne in parte gli effetti, qualora si provi il dolo dell'*adsertor libertatis* (e si noti che i compilatori giustinianeî hanno mantenuto la perifrasi, eliminando l'espresso riferimento). La traduzione interpreta l'espressione *praesente adversario* separatamente rispetto al sintagma *quo minus*; tale riferimento alla presenza dell'avversario, negata da taluna dottrina⁴⁵, è un dato che potrebbe apparire importante

⁴⁴ Il brano non è segnalato nell'*Index interpolationum*, ma vi è stato chi ne ha messo in luce la struttura frammentaria e la notevole difficoltà sintattica, come G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 284, precisando che «l'uso del *quominus*, che evidentemente regge il congiuntivo *pronuntietur* spingerebbe a credere che la sentenza non sia stata resa *secundum libertatem*, cioè secondo la pretesa dell'*adsertor libertatis* che si nasconde dietro la perifrasi compilatoria *eius-contendebat*».

⁴⁵ A parere di chi scrive, G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 284 s. ha dimostrato in maniera efficace che l'ablativo assoluto *praesente adversario* non possa essere letto

laddove si ragionasse sulla procedura – *ordo iudiciorum privatorum* o *cognitio extra ordinem* – applicata nel caso *de quo*. In particolare, stante la diversità di regime, che prevedeva la condanna automatica della parte assente in vigenza della procedura formulare e la possibilità comunque di *causae cognitio* in quella di età successiva, si potrebbe pensare che, sottolineando la presenza dell'avversario, si voglia mettere in luce un dato significativo, la cui mancanza determinerebbe un esito senza dubbio negativo della procedura, che, dunque, andrebbe presunta formulare⁴⁶. In questa prospettiva, la sottolineatura potrebbe essere letta come indizio della contemporanea applicabilità delle due procedure, situazione che richiederebbe al giurista la precisazione di dati della fattispecie tali da influenzare, nella pratica, l'esito della lite.

Nel Digesto è poi rinvenibile un'ipotesi di vera e propria deroga al principio di irretrattabilità della sentenza, in un passo di Labeone:

Lab. 4 *post. D.* 40.12.42: *Si servus quem emeris ad libertatem proclamavit et ab iudice perperam pro eo iudicatum est et dominus eius servi post rem contra te iudicatam te heredem fecit aut alio quo nomine is tuus esse coepisset, petere eum tuum esse poteris nec tibi obstat rei iudicatae praescriptio. Iavolenus: haec vera sunt*⁴⁷.

in connessione a *quo minus* (al cui posto, invero, sarebbe stato auspicabile incontrare un *ut*), sicché perde consistenza la tesi in origine sostenuta da H. SIBER, *'Praeiudicia' als Beweismittel*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte. Festschrift für L. Wenger zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern*, I, München, 1944, 76 s., nt. 3, laddove, sulla scorta di Bas. 10.3.24, ricostruisce in questi termini la fattispecie: «Kläger vindiziert Beklagten *in servitute*; Defensor des Bekl. führt dolos in Abwesenheit des Kl. ein Erkenntnis *secundum libertatem* herbei ...». Siffatta interpretazione è riapparsa nella traduzione de *'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'*. Testo e traduzione, I, 1-4, a cura di S. Schipani, Milano, 2005, 305.

⁴⁶ Si citi incidentalmente la riflessione di R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, 187 ss. che sottolinea l'utilizzo nelle fonti dell'espressione *causae cognitio* nel duplice significato di «previa valutazione discrezionale delle circostanze, e al tempo stesso di quello, che pure le fonti ci documentano (anche se per lo più in testi riferibili al sistema *extra ordinem*), che s'incontra già nel linguaggio ciceroniano, nel senso invece di vero e proprio esame di merito della controversia, con assunzione dei relativi mezzi di prova».

⁴⁷ Ritenuta di origine compilatoria è l'espressione *proclamare ad libertatem*, nonché il riferimento alla *praescriptio* anziché alla *exceptio*: cfr. *Index interpolationum*, ad h.l.; similmente M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 327 s. e nt. 621; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 282. Cfr. S. SCHLOSSMANN, *Über die 'Proclamatio in libertatem'*, in ZSS, XIII, 1892, 225 ss.; Ch. LÉCRIVAIN, voce *'proclamatio in libertatem'*, in C. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*

Labeone propone il caso di uno schiavo acquistato, che ha reclamato la propria libertà ed il giudice ingiustamente ha giudicato a suo favore. Si dice che se il padrone di quello schiavo, dopo la sentenza sfavorevole all'acquirente dello schiavo, istituisce erede l'acquirente oppure ad altro titolo il servo diviene di proprietà dell'acquirente, quest'ultimo potrà agire in giudizio domandando che venga dichiarato di sua proprietà. E a ciò non osterà l'eccezione di cosa giudicata. Labeone richiama, a sostegno della correttezza di tale soluzione, la posizione di Giavoleno.

Dunque, vi è stata compravendita di uno schiavo, che poco dopo è stato dichiarato libero, all'esito di un procedimento che Labeone qualifica come viziato da un errore *in iudicando* (*perperam*). In sostanza, la compravendita ha avuto una conclusione infelice per il compratore, che viene superata dal *dominus* del medesimo schiavo rendendo il compratore titolare del diritto di proprietà attraverso un nuovo ed ulteriore negozio: Labeone cita l'istituzione di erede e poi, con formula più generale, qualunque altra legittima causa. In questa evenienza viene consentito l'esperimento di una *vindicatio in servitute*, con cui si intende contrastare l'esito *pro libertate* della precedente *vindicatio in libertatem*: emerge la possibilità di rinnovare il giudizio respingendo la *praescriptio rei iudicatae*.

La *ratio* di una deroga netta ad una regola processuale tanto radicata può essere messa in relazione con quello che è stato efficacemente definito come un «pregiudizio virtuale di diritto», subito dall'acquirente dello schiavo. In particolare, il passo è stato citato per mettere in luce il contenuto dell'interesse giuridico della sentenza emessa nei confronti di soggetti terzi estranei alla lite; si verterebbe sull'importanza pregiudiziale della sentenza, a danno dei terzi, laddove l'importanza consisterebbe nel dare luogo ad un virtuale pregiudizio di diritto, che deve essere eliminato⁴⁸. Secondo altri, a spiccare sarebbe

contenant l'explications des termes, ui se rapportent aux mœurs, aux institutions, à la religion, aux arts, aux sciences, au costume, au mobilier, à la guerre, à la marine, aux métiers, aux monnaies, poids et mesures, etc. etc., et en général à la vie publique et privée des anciens, IV.1, Graz, 1969, 661 («ces mots désignent la forme de la *liberalis causa* qui est opposée à la *vindicatio in servitute* et où la personne possédée comme esclave se prétend libre; étant demanderesse, elle a la charge de la preuve»).

⁴⁸ Così ricostruisce la fattispecie E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 37 s., indicando, come fattispecie alternativa, pure rilevante in materia di importanza pregiudiziale, i casi in cui sussista «un pregiudizio di fatto, di cui l'ordine giuridico consente l'eliminazione solo in via eccezionale e in ipotesi speciali».

il criterio della preclusione processuale, «criterio proprio ed esclusivo dell'ordinamento formulare»⁴⁹.

La prima causa di libertà – una *vindicatio in libertatem* –, infatti, svoltasi tra un *adsertor libertatis* e un terzo che si affermava *dominus* dello schiavo (ma che, dal prosieguo del frammento, deve dedursi non fosse il vero *dominus*) avrebbe cagionato un grave ed ingiusto danno al compratore, in grado di tramutarsi da pregiudizio di mero fatto in pregiudizio di diritto laddove il vero *dominus*, il cui potere non può dirsi intaccato da una pronuncia di accertamento emessa in un giudizio di cui egli non è parte, gli avesse trasferito il medesimo diritto di proprietà.

I dati della fattispecie che, a parere di chi scrive, rilevano per comprendere appieno la decisione labeoniana sono due. Innanzitutto, la palese ingiustizia della sentenza⁵⁰; in secondo luogo, il trasferimento della titolarità del diritto, che si traduce in una modificazione sia delle parti processuali sia della *causa petendi*, con la conseguenza che i terzi giuridicamente interessati sono ammessi a disconoscere l'efficacia cosiddetta normativa della sentenza, nella misura in cui ne saranno pregiudicati, attraverso un vero e proprio rinnovamento della lite. La provocazione *ex novo* di un accertamento giudiziale sul proprio diritto avrebbe come effetto l'eliminazione del pregiudizio di diritto generato con la sentenza: la facoltà di rinnovare la lite rappresenta la trasposizione del diritto di intervenire nella lite o di farvi opposizione, è «un interesse all'accertamento, che il disconoscimento contenuto nell'altrui sentenza promuove nel terzo». Nella lettura bettiana del testo, il compratore potrebbe prescindere dall'avvenuta statuizione, proprio perché egli non era stato messo nelle condizioni di potere partecipare alla lite, sebbene fosse titolare di un interesse giuridico all'accertamento giudiziale di un diritto di cui egli può vantare l'esclusiva titolarità⁵¹.

⁴⁹ Si tratta della precisazione di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 308, che sarebbe presupposta anche in *Imp. Alexander A. Iucundo C. 7.16.4: Si is, quem in servitute petebas, liber quamvis absente te causa cognita pronuntiatus est, secunda in servitute petitio eius dari tibi non debet. sed si, posteaquam cognovisti de sententia iudicis, appellasti, an iure lata sit, in auditorio quaeretur.*

⁵⁰ Scrive M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 327 s., che «la sentenza ... è ingiusta perché il giudice, una volta accertata la qualità servile in colui che era rivendicato in libertà, avrebbe dovuto respingere l'azione dell'*adsertor* (anche se – come nel caso del testo – il servo non era in proprietà del convenuto)».

⁵¹ Con motivazioni diverse, ma sempre nel senso di escludere che la sentenza *pro libertate* emessa nel primo giudizio abbia un'efficacia assoluta (potendo essere posta nel

Dunque, per il compratore, la sentenza emessa nei confronti di un falso titolare rappresenterebbe un atto privo di un'efficacia vincolante quale *res iudicata*, sicché il rinnovamento della lite non si configura quale azione d'impugnativa, bensì quale azione perfettamente autonoma, che prescinde dalla sentenza già pronunciata e che può essere esercitata in qualunque tempo.

Per illuminare la prospettiva bettiana, può essere utile la lettura di un passo di Callistrato⁵²:

Call. 3 *de cognit.* D. 40.16.3: *cum non iusto contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum atque si nulla iudicata res intervenisset.*

Si dice che laddove vi sia stata una pronuncia d'ingenuità non nei confronti del vero titolare (*iustus contradictor*), la sentenza è inefficace, come se non fosse intervenuto alcun giudicato. Si tratta di un'ipotesi di *proclamatio in ingenuitatem* di un individuo che già viveva come un liberto; come è stato osservato, siffatto accertamento di *status*, se realizzato mediante la collusione del patrono o di un servo, avrebbe potuto cagionare una lesione dell'interesse pubblico⁵³. Il *iustus contradictor* citato da Callistrato coinciderebbe con il compratore della fattispecie labeoniana, coincidendo con il terzo che si pretende soggetto del rapporto incompatibile con lo *status* contestato. Più precisamente, si tratterebbe della persona a cui spetta la legittimazione passiva alla *vindicatio in libertatem* e, trattandosi di un'azione volta all'accertamento di uno *status*, pertanto assoluto, siffatta legittimazione passiva «non può risultare che dall'affermata posizione di un soggetto attivo d'un rapporto

nulla da una *vindicatio in servitutem* successivamente esperita con una diversa *causa petendi* o anche da un diverso *dominus*) è G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 283, che conclude affermando che «la sentenza resa *pro libertate*, dunque, come ogni altra sentenza formulare, aveva efficacia solo *inter partes*».

⁵² E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 38 ss. cita il passo, *ex multis*, tra quelli che dovrebbero riguardare sentenze statuenti sullo *status libertatis* in collisione col rapporto di patronato o col rapporto di dominio servile (tra di essi anche D. 40.14.1 e D. 40.14.5), pur ammettendo l'Autore una generalizzazione del principio ivi emerso.

⁵³ In questi termini R. BONINI, *I 'libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, I, Milano, 1964, 65 ss., che ricorda altresì i provvedimenti di età imperiale – *senatusconsulta* e *constitutiones* – che mirarono ad evitare il fenomeno.

giuridico incompatibile con lo *status* di cui si fa questione»⁵⁴. Ricostruendo alla luce di questa terminologia la vicenda di D. 40.12.42, si può dire che l'attore nella prima *causa liberalis* per tutta la durata del primo giudizio aveva vantato una legittimazione passiva alla *rei vindicatio* che, in verità, non aveva: la conseguenza è che, se la sentenza potrà avere valore di cosa giudicata tra le parti, non potrà averla nei confronti del vero padrone. Sposando una tale lettura, occorre aggiungere che poco importa se al momento dell'emanazione della prima sentenza il *iustus contradictor* non fosse nelle potenzialità di poter intervenire nel processo, essendo privo del titolo di *dominus*. La nuova veste giuridica di successore del vero *dominus* dello schiavo è comunque idonea a fondare la legittimazione ad agire in una *vindicatio in servitutem* nuova, i cui effetti determinano non soltanto la mancata estensione della sentenza precedente quale *res iudicata*, bensì anche l'annullamento degli effetti medesimi raggiunti dalla prima pronuncia⁵⁵.

Ad ogni modo, ad essere annullata è la funzionalità dell'*exceptio rei iudicatae*, la cui menzione nel passo in esame è, da altra dottrina, normalmente invocata come prova della potenziale opponibilità della stessa, che avrebbe svolto una funzione cd. negativa, idonea ad impedire lo svolgimento di un secondo processo sul medesimo oggetto, così parendo espressione del principio dell'irripetibilità e non già di quello della incontrovertibilità, i due versanti su cui si gioca la cd. efficacia pregiudiziale della sentenza di libertà⁵⁶.

⁵⁴ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 42 ss.; parla di nullità assoluta per l'ipotesi versata in D. 40.16.3, R. BONINI, *I 'libri de cognitionibus'*, cit., 67, argomentando che nel confronto con la diversa ipotesi di sentenza pronunciata contro il vero patrono, che risulterebbe semplicemente annullabile, si possono cogliere le peculiari ragioni, quale ad esempio la maggiore gravità sociale del fatto, che spinsero gli imperatori a optare per una nullità assoluta della sentenza pronunciata contro il *non iustus contradictor*, concludendo che «tale nullità significò sempre inopponibilità non soltanto nei riguardi del vero patrono, ma anche di ogni altro terzo».

⁵⁵ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 42 ss., il quale osserva, peraltro, come «la mancanza di cosa giudicata in confronto del vero padrone si concretterà nel permanere immutata, nell'attore, la reale condizione giuridica di schiavo» e soltanto dopo avere assunto la veste di successore di vero padrone dello schiavo può dirsi sorta «quella legittimazione passiva all'azione di *vindicatio in libertatem* – coincidente con la legittimazione attiva all'azione di *vindicatio in servitutem* –, che gli mancò per tutta la durata dell'antecedente giudizio».

⁵⁶ L'elaborazione relativa all'*exceptio rei iudicatae* risale a F.L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, 1827, 206 ss., a parere del quale l'eccezione suddetta avrebbe avuto due funzioni, una negativa, fondata sulla semplice esistenza del giudicato, ed una positiva, fondata sul contenuto del giudicato e

A riguardo giova ricordare l'elaborazione di altra parte della dottrina che ha individuato quale elemento decisivo per l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* l'identità di posizione giuridica dei soggetti⁵⁷: in questa prospettiva, appare evidente il motivo per cui si esclude l'applicabilità del rimedio, mancando nel caso *de quo* l'identità – non meramente fisica, ma altresì giuridica – delle parti coinvolte. Peraltro, il brano sarebbe altresì in grado di attestare che, se al defunto non era opponibile un'*exceptio rei iudicatae*, non lo sarebbe stata neppure al suo successore⁵⁸.

4. Considerazioni a margine di Ulp. 2 'de off. cons.' D. 40.12.27.1-2.

Ben più complessa è la natura dei problemi sorti in merito ad un altro brano ulpiano, versato in D. 40.2.27; l'esegesi si limiterà in questa sede all'analisi dei paragrafi 1 e 2 del frammento, sintomatici del diverso regime vigente per le due sentenze, *pro servitute* e *pro libertate*:

Ulp. 2 *de off. cons.* D. 40.12.27: 1. *Si ea persona desit cognitioni, quae alicui status controversiam faciebat, in eadem causa est qui de libertate sua litigat, qua fuit, priusquam de libertate controversiam patiatur: sane hoc lucratur, quod is qui eam status controversiam faciebat amittit suam causam. Nec ea res ingenuum facit eum qui non fuit: nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere. Recte*

tendente ad impedire una decisione divergente dal contenuto accertato; cfr. anche J.G. WOLF, *Die 'litis contestatio' im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1968, 149 ss. Similmente, M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 328 osserva che se *Titius* non avesse avuto un nuovo titolo di acquisto, gli si sarebbe potuta efficacemente opporre una *exceptio rei iudicatae*: «questa eccezione avrebbe avuto mera funzione negativa; e non varrebbe rilevare, in contrario, che il diritto di Tizio non era stato dedotto in giudizio con il primo processo (Tizio era stato convenuto); perché se sul diritto di Tizio non era stata contestata la lite, su di esso si era però giudicato».

⁵⁷ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 270 s., sebbene l'Autore precisi che l'identità di posizione giuridica dei vari contitolari o dei vari coonerati non basti da sola a rendere opponibile un'*exceptio rei iudicatae*, rilevando, in una simile prospettiva, la necessità di un litisconsorzio cd. necessario, laddove, invece, nei casi di litisconsorzio cd. facoltativo che in prosieguo si vedranno (ad esempio nelle ipotesi di diritti cd. frazionati, come nel caso della comproprietà), la concorrenza è meramente alternativa.

⁵⁸ Come osservato da E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 303, in riferimento alla frase «*nec heredi obstat rei iudicatae praescriptio*».

atque ordine iudices puto facturos, si hanc formam fuerint consecuti, ut, ubi deest is qui in servitutem petit, electionem adversario deferant, utrum malit cognitionem circumduci an audita causa sententiam proferri. Et si cognoverint, pronuntiare debebunt servum illius non videri: neque haec res captionem ullam habet, cum non ingenuus pronuntietur, sed servus non videri. Quod si ex servitute in ingenuitatem se allegat, melius fecerint, si cognitionem circumduserint, ne sine adversario pronuntient ingenuum videri, nisi magna causa suadeat et evidentes probationes suggerant secundum libertatem pronuntiandum: ut etiam rescripto Hadriani continetur. 2. Quod si is, qui pro sua libertate litigat, desit, contradictor vero praesens sit, melius erit inaugeri causam eius sententiamque proferri: si enim liquebit, contra libertatem dabit: evenire autem potest, ut etiam absens vincat: nam potest sententia etiam secundum libertatem ferri⁵⁹.

Nel paragrafo 1 si ipotizza che colui che agisce contro un individuo per una questione di *status* manchi di presentarsi in giudizio; l'altro contendente, che sostiene la propria libertà, rimane nella medesima condizione in cui era prima che fosse mossa la controversia. Certamente, sotto questo profilo è avvantaggiato, nel senso che colui il quale aveva agito in giudizio *in servitutem* perde la causa. Tuttavia, questa circostanza non è idonea a rendere ingenuo colui che prima non lo era: infatti, l'assenza dell'avversario non consente di attribuire l'ingenuità⁶⁰.

⁵⁹ Il passo è stato ritenuto interpolato in numerose parti per ragioni di ordine sostanziale; *Index interpolationum, ad h.l.*; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 311, nt. 581, ritiene che il tratto da *nec a tribuere* sia di origine glossematica, ad esempio rilevando che il sintagma *penuria adversarii* sia raramente utilizzato dai giuristi classici; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 289 s. reputa la parte sospetta di origine compilatoria, sia in considerazione della ripetizione cacofonica *nec-nec*, sia perché con essa Ulpiano ripete quanto avrà modo di affermare anche oltre. Anche laddove Ulpiano ipotizza l'assenza del *dominus* nella *vindicatio in libertatem* il brano rivelerebbe interpolazioni giustiniane, sia perché l'affermazione spezza la simmetria tra l'inizio e la conclusione del brano, sia perché il giurista, pur escludendo la soccombenza automatica dell'assente, «mostra delle perplessità ingiustificate di fronte alla possibilità di pronuncia *pro libertate* in contumacia del *dominus* convenuto». Non ha invece dubbi a riferire anche l'intero paragrafo 1 alla disciplina cognitoria, G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori, Bologna, 1965, rist. Bologna, 2004, 85, nt. 1 e 89, nt. 9.

⁶⁰ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'*, I, Milano, 1998, 241 si sofferma sul concetto di *absentia*, che, rappresentando dapprima un semplice caso di 'non presenza', assunse successivamente il significato tecnico di 'as-

Nel brano spicca l'applicazione di principi tipici della procedura formulare: tutta la prima ipotesi ruota attorno alle conseguenze di un'assenza processuale della parte attorea e ha come conseguenza la sconfitta del *dominus* assente. Una simile assenza – come noto – potrebbe ammettersi solo nel regime più moderno⁶¹. Più precisamente, a differenza del processo cognitorio, in quello di epoca formulare era imprescindibile la collaborazione del convenuto perché si potesse rettamente svolgere la fase *in iure* e, in particolare «fino al momento della *litis contestatio*, il principio regolatore è quello della cd. 'bilateralità soggettiva', che esige non solo la presenza fisica di entrambe le parti davanti al magistrato, ma anche la loro effettiva partecipazione al rito processuale». Diverso sarebbe stato il caso di abbandono del processo in un momento successivo alla *litis contestatio*, laddove non viene preclusa «la decisione da parte del *iudex* sul diritto sostanziale controverso, o comunque (quanto meno) l'*addictio* della *lis* in favore della parte rimasta presente»⁶².

Nella prima parte del paragrafo 1, come si vedrà, la sconfitta attorea parrebbe indizio del regime tipicamente formulare che non contemplava

senza per giusto motivo', configurabile quando non vi sia un *vitium animi*, ossia l'intenzione di disattendere la chiamata in giudizio, in violazione dell'*obsequium* che spetta a qualsiasi autorità.

⁶¹ Ancora A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, cit., 11, evidenzia la scelta dell'espressione *penuria adversarii* (che, invero, non avrebbe una propria autonomia perché nel Digesto compare in soli tre luoghi e soltanto in D. 40.12.27.1 indica la mancata presenza in giudizio di una parte), per indicare la mancata comparizione di una parte, ricordando che «il rifiuto di presentarsi in giudizio non è che uno dei tanti possibili comportamenti nei quali si manifesta la natura composita della *contumacia*»; S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio' nella 'cognitio extra ordinem' dell'età classica*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, II, 1947-1948, 269 ss.

⁶² Così letteralmente L. D'AMATI, *'Litem deserere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012, 177 ss., in particolare p. 180. Si rimanda al recente contributo anche per le indicazioni bibliografiche, tra le quali, in merito alla specifica questione che in questa sede si analizzerà, si possono ricordare, T. KIPP, voce '*Contumacia*', in *RE*, VI.1, Stuttgart, 1900, 1168 ss.; L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, 1934, 156 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 352 s., il quale però sostiene che «anche nella procedura formulare, l'assenza di una delle parti nella fase *in iudicio* produce l'automatica perdita del processo, a meno che non sia giustificata»; A. GUARINO, '*Praesenti litem addicto*', in *Sem. Compl.*, V, 1994, 81 ss. ora in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 123 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 380 s.; F.J. CASINOS MORA, '*Propter absentiam victus*'. Note sulla condanna automatica del contumace nel processo formulare, in *Pomoerium*, IV, 2000-2002, 45 ss.; L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 852 ss., in particolare, 868 ss.

la contumacia. Nella seconda parte del passo e nel paragrafo 2, poi, la terminologia pare consona al procedimento della *cognitio*, sicché si può pensare a D. 40.12.27 come a un esempio di complessa commistione tra le due procedure, evidenziata anche dall'opera da cui il brano è escerto, i *libri de officio consulis* di Ulpiano, essendo frequente in dottrina l'idea di fare coincidere la competenza consolare per le cause di libertà con il passaggio dalla procedura formulare a quella *extra ordinem*⁶³.

Il giurista intende illustrare gli effetti processuali dell'assenza in giudizio dell'attore che aveva promosso un'azione tesa a fare provare lo *status servitutis* di un individuo sino a quel momento vissuto come libero: il convenuto, infatti, difende la propria libertà, ossia egli *de libertate sua litigat*, espressione palesemente manipolata dai compilatori che, eliminato il riferimento all'*adsertor libertatis* indicano il preteso servo come soggetto in grado di affermare da sé la propria condizione di libero. Gli effetti sono due: il primo, direttamente afferente al soggetto/oggetto della pretesa consiste nella conservazione della condizione libera di fatto vigente antecedentemente alla lite. Il secondo, di natura propriamente giudiziaria, coincide con la sconfitta dell'attore: *amittit suam causam*. Si tratta, in definitiva, del medesimo esito riconosciuto anche in D. 40.12.42, laddove «la mancanza di cosa giudicata in confronto del vero padrone si concreterà nel permanere immutata, nell'attore, la reale condizione giuridica di schiavo»⁶⁴. Difatti, la pronuncia *servum illius non videri* esclude l'accertamento del diritto di proprietà in capo all'attore, ma non è in grado di affermare alcunché in ordine al reale *status* del preteso *servus*.

⁶³ G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 288 s. precisa che il principio dell'automatica condanna dell'assente è tipico dell'*ordo*, mentre D. 40.12.27, essendo escerpito dal libro secondo dell'opera dedicata all'ufficio del console, potrebbe collocarsi in una prospettiva cognitoria. L'Autore spiega questa apparente incongruità osservando che «Ulpiano scrive all'epoca di Caracalla, e cioè nell'età in cui la *cognitio extra ordinem* non si è ancora generalizzata in materia di libertà. Occorre rilevare che l'introduzione della *extraordinaria cognitio* fu precoce nella nostra materia, e seguì probabilmente solo quella relativa ai fedecommissi. È probabile che essa, al primo suo apparire, non abbia di colpo spazzati via i principi dell'*ordo*, sostituendoli con le nuove regole». Il principio della condanna automatica dell'assente a tal punto sarebbe stata radicata nella mentalità romana, che difficilmente si sarebbe potuta eliminare *ex abrupto* con l'introduzione di una nuova procedura per specifiche materie: «è probabile, perciò, che esso sia rimasto in vigore ancora per qualche tempo prima di essere sostituito dall'altro relativo alla possibilità della pronuncia contumaciale».

⁶⁴ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 43.

La precisazione in merito alla pronuncia di ingenuità, seppur non essenziale ai fini del discorso che si sta conducendo, consente di ridefinire taluni limiti della sentenza di libertà. Il giurista afferma che la sentenza sfavorevole all'attore con cui si sancisce il *morari in libertate* precedente all'esperimento della *causa liberalis* non è idonea a rendere ingenuo colui che prima non lo era, ossia non può agire con forza costitutiva sullo *status* di un soggetto. La conseguenza è che se il soggetto rivendicato fosse stato un vero e proprio schiavo, od anche un liberto, non sarebbe stata acquisita l'ingenuità.

Illustrata tale fattispecie, Ulpiano cambia tono, parla in prima persona e prospetta come un'alternativa rimessa alla discrezionalità dei giudici la scelta su come procedere in caso di assenza di uno dei due contendenti, distinguendo a seconda che a mancare sia il *vindicans in servitutem*, ovvero colui che difende la condizione di libertà: la terminologia adottata consente di ritenere quello descritto il regime dell'*ordo* e non già della *cognitio* come nella parte iniziale del paragrafo, e a questa apparente discrasia e sovrapposizione di ipotesi in parte già affrontate si può forse tentare di dare una giustificazione, accettando ad esempio la tesi secondo la quale Ulpiano avrebbe accennato alla regola propria ed esclusiva dell'*ordo iudiciorum privatorum* per sottolineare la differenza tra i due regimi processuali⁶⁵, riflettendo sulla persistenza – per un certo periodo – di entrambe le procedure e sulla difficoltà, per i giuristi, di superare le difficoltà pratiche nell'applicazione del nuovo regime.

Difatti Ulpiano, che poco prima aveva affermato – invero in un verosimile riferimento alla *cognitio* – una regola consolidata in caso di assenza dell'attore che rivendica lo schiavo come proprio, si rivolge poi ai giudici⁶⁶ consigliando l'applicazione di una regola ispirata alla retti-

⁶⁵ Così M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 311. A parere di F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I, cit., 77, «a prescindere dalla sostenibile autenticità di alcune proposizioni, è molto poco chiaro quanto si legge nella prima frase e in quella di poco successiva nella quale i compilatori avrebbero inserito espressioni coerenti con la possibilità di giudicare in *contumacia*», per poi concludere (p. 79) che «l'articolazione del brano ulpiano, benché sicuramente ritoccato dai compilatori, non sia affatto distante da quanto si sarebbe poi presentato all'attenzione dell'*a libellis* al tempo dell'ultimo dei Severi: anche nel caso di *Lucundus* la mancata presenza del presunto *dominus* aveva dato luogo ad una sentenza di condanna dell'assente».

⁶⁶ Secondo L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'*, cit., 373, nt. 696, occorre necessariamente escludere l'identificazione dei giudici citati da Ulpiano coi *centumviri*, do-

tudine e all'ordine (*recte atque ordine*) e diversa a seconda che manchi colui che sostiene lo *status servitutis* o colui che difende la propria libertà. Quest'ultima evenienza – anche in questo luogo modificata dai compilatori attraverso l'eliminazione del richiamo all'*adsertor* – è presa in esame nel paragrafo 2.

Quanto alla prima situazione, il consiglio è di dare all'avversario presente la scelta tra il lasciare cadere la lite (*cognitionem circumduci*) o, presa cognizione della causa (*audita causa*), giungere sino a sentenza⁶⁷. Se i giudici avranno preso cognizione della causa, dovranno pronunciare una sentenza del seguente tenore: *servus illius non videri*. Si tratta – aggiunge Ulpiano coerentemente a quanto affermato nella prima parte del paragrafo – di una sentenza che non reca alcun danno, proprio perché non si giunge a proclamare l'ingenuità di un individuo, bensì soltanto ad escludere il diritto di proprietà in capo al rivendicante o, nel caso di esercizio di una *vindicatio in libertatem*, di colui che sino a quel momento si è comportato da *dominus*. Che l'ipotesi di Ulpiano non si riferisca alla sola *vindicatio in servitutem*, ma anche alla *vindicatio ex servitute in libertatem* pare confermato dal passaggio successivo, contenente un'ulteriore precisazione. Si dice che se si tratta di un giudizio in cui, dallo stato servile in cui versa, un individuo pretenda di ottenere una pronuncia di ingenuità (*si ex servitute in ingenuitatem se allegat*), in assenza di colui che sostiene lo condizione servile, sarà opportuno che i giudici facciano cadere l'istanza (*melius fecerint, si cognitionem circumduxerint*), affinché non si giunga ad una pronuncia di ingenuità senza avere sentito l'avversario. Il paragrafo si chiude con un'affermazione che ribalta, sebbene per il tramite di un discorso probatorio (*nisi...*), il contenuto delle proposizioni precedenti. Si dice che al posto di una mera pronuncia che affermi *servus illius non videri*, può essere ottenuta una vera e propria sentenza dichiarativa

vendendosi invece trattare dei consoli, come già proposto da A. DELL'ORO, *I 'libri de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, 32 («non manca anche il caso in cui la menzione dei consoli è semplicemente soppressa senza sostituzione, come in D. 40.12.27 pr., dove si indica che un rescritto è diretto dai *divi fratres* a due destinatari, *Proculus* e *Munatius*, non meglio specificati ma evidentemente consoli») e, in tempi recenti, F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I, 73 e nt. 88.

⁶⁷ Scrive L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, cit., 83 s., che sebbene nel periodo formulare resti fermo il principio della condanna automatica dell'assente, è possibile cogliere nelle fonti della giurisprudenza e della cognizione imperiale «tutto un movimento per limitarne gli effetti».

della libertà dell'individuo (*secundum libertatem pronunciandum*) qualora sussistano motivi forti ed evidenze probatorie (*magna causa suadeat, et evidentes probationes suggerant*). La decisione sarebbe stata contenuta in un rescritto di Adriano⁶⁸.

Il paragrafo 2 del frammento è, invece, dedicato all'ipotesi in cui ad essere assente sia colui che sostiene la propria libertà: come poc'anzi già proposto per l'espressione *qui de libertate sua litigat* del paragrafo 1, così l'identica perifrasi *is, qui pro sua libertate litigat* deve ritenersi di matrice giustinianea, successiva alla legge che abolì la figura dell'*adsertor libertatis*.

Si dice che se manca chi afferma lo *status libertatis*, ed è invece presente l'avversario, sarà meglio fare andare avanti la causa (*inaugeri*) e giungere ad una sentenza⁶⁹; infatti, se vi saranno prove evidenti (*liquebit*), il giudice pronuncerà contro la libertà. Peraltro, può anche accadere che sia l'assente a vincere, dal momento che la sentenza può anche essere *pro libertate*.

Quello che spicca, a parere di chi scrive, è anzitutto il tono del discorso, che, dalla seconda parte del paragrafo 1, assume la forma del consiglio ai giudici; nella prima parte del testo – quella che è stata interpretata come riferita al regime del processo formulare – il giurista si esprime in tono assertivo, ricorrendo, ad esempio, ad avverbi che esprimono certezza di giudizio (*sane*), contrapposti alla formulazione soggettiva della seconda parte (*recte atque ordine iudices puto facturos ...*). In altre parole, i brani analizzati paiono tutti informati – anche nella terminologia – all'idea dell'opportunità e del vantaggio processuale, criteri che nelle parole di Ulpiano sono indicati quali linee guida nel giudizio, nell'ipotesi patologica in cui manchi chi ha intentato la causa,

⁶⁸ Da F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, cit., 70 ss., il testo di D. 40.12.27.1-2 è stato messo in relazione con il contenuto del già citato rescritto di Alessandro Severo, versato in C. 7.16.4. Il documento – di cui si ipotizza la paternità di Modestino, in quegli anni segretario a *libellis* – conterrebbe il caso della *petitio in servitutem* del *servus* di *lucundus* svoltasi in assenza del *dominus*: dunque, una vera e propria causa di libertà da svolgersi nelle forme della *cognitio extra ordinem*.

⁶⁹ L'espressione scelta da Ulpiano è *contradictor*: nelle fonti si rinviene sovente una terminologia identica od equivalente, come sottolineato da E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 41, che ricorda, oltre al già citato D. 40.16.3 (... *iusto contradictore* ...), anche D. 40.5.14 (... *iuste contradicere possit* ...), D. 40.12.33 (... *non potest contradicere* ...) e la legge di Alessandro Severo versata in C. 7.14.1 (... *si tamen iustum contradictorem habes, id est eum qui se patronum tuum esse dicit* ...).

sia qualora si tratti dell'*adsertor libertatis* di età classica, sia qualora si tratti di colui che rivendica la proprietà dello schiavo⁷⁰.

Quello che si intende ora mettere in luce, ritornando al profilo della possibile ripetibilità della causa di libertà conclusasi *pro servitute*, è la *ratio* del differente monito offerto ai giudici dal giurista. Si è già detto che, nel caso manchi chi sostiene la schiavitù dell'individuo, il giudicante dovrà rimettere all'avversario la scelta tra lasciare cadere la causa o proseguirla sino alla sentenza. La discrezionalità, che il giudice potrà riversare sul contendente, rappresenterebbe la proiezione processuale delle conseguenze di una sentenza che, potendosi concludere con maggiore probabilità *pro libertate*, non godrebbe della possibilità di riapertura del giudizio. In altri termini: se manca colui che rivendica la schiavitù e l'*adsertor* fa cadere la lite, non vi sono conseguenze, dal momento che l'individuo proseguirà, come fino a quel momento, a vivere da libero. Se la lite avrà un séguito, il rischio sarà quello di avere una pronuncia *pro servitute*, sulla quale però sarà possibile riaprire un giudizio; se, invece, la pronuncia sarà *pro libertate*, sarà nel senso di *servus illius non videri*, e nel caso fosse errata non precluderà ad esempio ad un vero *dominus* di agire in giudizio (anche immaginando un caso analogo a D. 40.12.42, poc'anzi analizzato) e in ogni caso sarà salvaguardata la situazione di fatto antecedente alla lite ed il rispetto del *favor libertatis*.

Una valutazione comparativa (*melius*) è compiuta dal giurista nel paragrafo 2, laddove si consiglia, nel caso in cui manchi chi sostiene lo *status libertatis*, di proseguire la causa e giungere a sentenza. Alla base dell'indicazione vi potrebbe essere una ragione di economia processuale, sicché risulterebbe preferibile concludere il giudizio piuttosto che abbandonarlo e, ipoteticamente, riassumerlo in un momento successivo con duplicazione di tempo e di spese processuali. La sentenza potrà essere *contra libertatem* – prosegue Ulpiano – soltanto se vi saranno delle

⁷⁰ Nel processo cognitorio di primo grado, era necessario porre in essere una regolare citazione per consentire una regolare formazione del contraddittorio, ma la mancata concreta realizzazione di quest'ultimo non avrebbe – osserva A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia*, cit., 116 s. –, almeno a livello teorico, influenzato la *cognitio*, perché, venuta meno la regola dell'automatica condanna dell'assente, il magistrato avrebbe potuto comunque effettuare un esame, anche sommario, della causa: «il giudice è tenuto comunque a ricercare la *veritas rei*. Soltanto su questa base ha senso ammettere che si svolgano processi contumaciali».

prove evidenti: in quest'evenienza, peraltro, in applicazione della consueta regola, la lite, sul medesimo oggetto e tra le medesime parti, potrà essere ripetuta. Nell'ultima parte del brano, di cui non pare potersi escludere l'origine compilatoria, si dice che può anche accadere che chi sostiene la libertà, seppur assente, ottenga una sentenza a proprio favore: l'aggiunta successiva, palesamente ispirata al principio del *favor libertatis* ed in parte ridondante rispetto alla proposizione precedente, spiega che è possibile ottenere una sentenza *secundum libertatem*.

Dunque, alla luce dei brani analizzati, emerge confermata la regola speciale che consente la ripetibilità della *causa liberalis* conclusasi *pro servitute*, mentre sancisce la definitività dell'esito *pro libertate*: la prova del diverso regime, ottenuta *e contrario* dall'esegesi di D. 4.3.24, si rivela, altresì, idonea a giustificare – insieme al principio del *favor libertatis*, di cui appare generale l'applicazione – una serie di accorgimenti in via preventiva offerti ai giudici in D. 40.12.27.1-2.

La sentenza *pro libertate* appare dotata di una definitività relativa e parziale; si tratterebbe di una definitività superabile, sebbene soltanto nelle conseguenze pratiche, attraverso l'*actio doli*, nel caso in cui la pronuncia sia avvenuta in assenza di una delle parti e in circostanze dolose, come si legge ancora in D. 4.3.24.

Nella fattispecie descritta da Labeone in D. 40.12.42, il superamento dell'esito *pro libertate* è ammesso a seguito di una sentenza sbagliata, attraverso un rinnovato giudizio, quando per eventi successivi sia mutato il titolo in base al quale agire. Nel brano del giurista augusteo spicca, come già accennato, l'interesse all'accertamento che il disconoscimento contenuto nella sentenza ingiusta promuove nel terzo, se si subisce un virtuale pregiudizio di diritto: in altre parole, i terzi giuridicamente interessati sono ammessi a disconoscere l'efficacia normativa della sentenza nella misura in cui ne sarebbero pregiudicati. È ragionevole pensare che sia stato consentito ai terzi dimostrare che la sentenza era ingiusta, allo scopo di «alterare il normale ripercuotersi di questo giudicato sulle situazioni giuridiche facenti capo ad essi», laddove «il nesso di dipendenza di queste situazioni da quella oggetto del giudicato sia apparso diverso o più tenue che nei casi in cui tale possibilità non fu invece contemplata»⁷¹.

⁷¹ Così G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 745, sebbene poi precisi che «se ci fosse realmente questa diversità o maggiore tenuità e in che cosa consistesse, non è

5. *Il caso di contitolari di diritti reali che agiscono contestualmente. I dubbi e le soluzioni in fase di esecuzione della sentenza di libertà nel pensiero giuliano.*

Un'altra serie di fattispecie, assai studiate in letteratura e considerate per numerosi autori interpolate, riguardano l'esperimento di *causae liberales*, e specificamente *vindicationes in servitutem*, in cui l'oggetto del contendere o è in comproprietà o – ipotesi che le fonti reputano analoga – gravato di un diritto reale minore, in particolare un usufrutto. Dalla casistica che si illustrerà emergeranno le questioni attinenti a quelli che, dall'analisi bettiana in avanti, vengono descritti come gli effetti riflessi della sentenza.

I principali passi che verranno presi in esame sono tre: Ulp. 55 *ad ed. D. 40.12.8*, Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de lib. causa D. 40.12.9* e Iul. 5 *ex Minic. D. 40.12.30*, accomunati, come detto, dal concorso di diritti reali su un medesimo soggetto presunto schiavo. Si può anticipare sin da ora che i problemi sorti e le soluzioni proposte dai giuristi sono ispirate dall'ovvia considerazione in base alla quale un medesimo soggetto non può essere contemporaneamente per metà libero e per metà schiavo, essendo lo *status personae* indivisibile. Peraltro, laddove i due comproprietari o i due contitolari di diritti reali agiscano *in solidum*, pretendendo che lo schiavo sia di loro proprietà per intero, non sorge alcuna questione, risolvendosi la lite in una comune *rei vindictio*. Invero, con maggiore esattezza, la *vindicatio in servitutem* affronta e risolve due questioni. La prima, di natura pregiudiziale, è relativa allo *status* dell'individuo preteso schiavo; la seconda, invece, è di natura petitoria, coincidendo con una pronuncia di appartenenza ovvero di non appartenenza⁷². Per utilizzare l'efficace schematizzazione

precisato dalle fonti e sarebbe arbitrario tentare di precisarlo da parte degli interpreti moderni». Occorre distinguere i casi in cui la situazione giuridica facente capo al terzo sia legata da un nesso di dipendenza non alla situazione oggetto di giudicato, bensì al fatto medesimo della condanna subita da chi fa valere il regresso o la garanzia: «il venditore, per esempio, è responsabile, non perché un terzo sia proprietario (il che per la compravendita romana è irrilevante), ma perché un terzo riesce a privare il compratore della cosa».

⁷² Sulla natura petitoria della *vindicatio in servitutem*, O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, 382 ss. si esprime in questi termini: «ich habe es bei der 'adsertio in libertatem' dahingestellt gelassen, ob der Prozeß in Präjudizialform stattfand. Bei der petitio in servitutem hat die entgegengesetzte

terminologica bettiana, laddove due soggetti reclamino per intero il diritto reale sullo schiavo, si parlerebbe di «rapporti giuridici concorrenti»; diversamente, quando agiscono i comproprietari o i titolari di diritti reali compatibili tra di loro si tratterebbe di «rapporti giuridici frazionari» o «parziari», con cui si indicherebbero i rapporti che, pur avendo in comune l'oggetto materiale su cui cadono, non lo investono nella sua totalità, bensì soltanto in parte⁷³. È lo stesso Ulpiano che chiarisce i limiti della questione nel paragrafo 1 di D. 40.12.8, brano analizzato per ultimo, poiché, volendosi conservare la prospettiva diacronica, le mosse verranno prese da un frammento giuliano, tratto dall'opera *ex Minicio*⁷⁴, in cui il dubbio sorge in sede di esecuzione della sentenza⁷⁵:

Iul. 5 *ex Minic.* D. 40.12.30: *Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber, altero servus iudicatus est, commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget, Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum. Et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri. Commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitrato victori suo praestare.*

Ansicht größte Wahrscheinlichkeit für sich: die petition *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».

⁷³ Scrive E. BETTI, *D.* 42.1.63, cit., 278 e, in particolare, nt. 1, che nel caso di D. 40.12.30 non si hanno rapporti giuridici concorrenti ma frazionati, «ciò che spiega la decisione non è una pretesa unità del diritto dei condomini sullo schiavo, bensì l'indivisibilità dello *status libertatis*».

⁷⁴ Sulla figura di *Minicius*, giureconsulto romano verosimilmente del I sec. d.C., di cui è nota soltanto l'opera di ispirazione sabiniana, si vedano le brevi note di R. ORESTANO, voce '*Minicio* (*Minicius*)', *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 699.

⁷⁵ A parere di E. BETTI, *D.* 42.1.63, cit., 277 ss., «tra la sentenza già pronunciata, che accerta l'obbligo di prestare la libertà (*libertatem deberi*) ... in capo al coerede A e una eventuale sentenza che, pronunciata in contraddittorio dell'altro coerede B, accertasse inesistente in capo a costui l'obbligo di prestare la libertà (*libertatem non deberi*), non vi sarebbe – in quanto accertamenti – un conflitto pratico vero e proprio ... Se non che l'esecuzione della sentenza che in contraddittorio del coerede A accertò dovuta allo schiavo la prestazione della libertà, sarebbe incompatibile praticamente con l'esecuzione della sentenza che negasse dovuta allo schiavo la medesima prestazione da parte del coerede B».

L'ipotesi di Giuliano si riferisce a due persone che rivendicano un diritto di proprietà su uno schiavo, ciascuno separatamente per la metà; se in un primo giudizio l'individuo viene dichiarato libero e nel secondo viene dichiarato schiavo, la cosa più vantaggiosa sarebbe quella di riunire i giudici affinché si mettessero d'accordo; se ciò non accade, si riferisce che Sabino riteneva si dovesse permettere al vincitore di condurre con sé lo schiavo. La soluzione viene presentata come preferita anche da Cassio e da *ego*, che per ora si ritiene opportuno non identificare. D'altra parte – prosegue il frammento – sarebbe assurdo (*ridiculum*) pensare che lo schiavo per metà possa essere condotto via e per metà possa conservare la propria libertà⁷⁶. La chiusa del brano, in palese contraddizione con quanto affermato poco prima, riferisce che è più vantaggioso, sulla base del *favor libertatis*, che l'individuo sia libero e che sia tenuto a versare la parte del proprio prezzo, secondo la stima del *bonus vir*, al suo vincitore.

Come anticipato, si tratta di un testo che solleva molti problemi: si sono svolti due giudizi, su un medesimo individuo reclamato schiavo *pro parte* da due distinti attori, e tali giudizi si sono conclusi in modo contrastante. L'esistenza di due sentenze di segno opposto su un medesimo oggetto non è di per sé inconciliabile, trattandosi di pronunce che, sebbene di accertamento dello *status personae*, mantengono una mera efficacia *inter partes*, per lo meno in età classica; i problemi però scaturiscono in fase esecutiva. Difatti, l'attuazione della sentenza *pro servitute*, attraverso lo strumento della *ductio*, preclude inevitabilmente il godimento della libertà accertata nel primo giudizio, poiché, come lo stesso Giuliano ha cura di precisare, è *ridiculum* pensare che un individuo possa essere per metà libero e per metà schiavo⁷⁷.

⁷⁶ Così efficacemente E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 277, ribadendo un principio che si è avuto già modo di sottolineare: «La libertà è uno stato giuridico indivisibile: onde la sentenza che la riconosce dovuta non può avere esecuzione (*praestari*) per la sola parte del coerede soccombente (*pro parte victi*)».

⁷⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, cit., 58 osserva come, a differenza di quanto si legge in Pap. 12 *resp. D. 40.12.36* (*Dominus qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur*), la *ductio* non sia presentata come una semplice facoltà del riconosciuto *dominus*, bensì come «una soluzione naturale del processo» e «la mancata *ductio* non può equivalere a manumissione, bensì, secondo i casi, a temporanea rinuncia al possesso dello schiavo o a derelizione. Ma anche in quest'ultimo caso il pagamento della *litis aestimatio* non trasformerà lo schiavo in uomo libero, bensì – secondo i noti principii della derelizione – in *servus sine domino*».

La soluzione migliore – come si comprende dall'utilizzo del superlativo *commodissimus* – sarebbe quella di riunire i giudici – ossia le due cause – in maniera tale da ottenere un'univoca sentenza⁷⁸: con questa interpretazione, si accoglie la persuasiva indicazione di chi ha letto il predicato *cogi* con la valenza di 'riunirsi', piuttosto che nel significato più consueto di 'costringere'. Vero è che, in base a questa lettura, dal momento che il passo prende in esame il momento successivo all'emanazione dei due provvedimenti, la soluzione parrebbe inconferente in quanto ormai non più praticabile, e ciò nonostante essa rappresenti la via senza dubbio preferibile (e come tale auspicata anche nel testo ulpiano di D. 40.12.8, che più avanti si analizzerà). Si potrebbe immaginare che la frase *commodissimum ... consentiant* costituisca un'aggiunta successiva (di Minicio o dello stesso Giuliano, come forse più probabile) rispetto ad un nucleo originario costituito dal *casus* e dall'opinione di Sabino e di Cassio, citati nel prosieguo del frammento⁷⁹. Se non si fosse svolto un unico giudizio e fossero risultate due sentenze contrastanti, l'opinione sabiniana avrebbe considerato prevalente l'accertamento del diritto di proprietà rispetto a quello dello stato di libero, e pertanto sarebbe stato concesso al vincitore della *vindicatio in servitutem* di esercitare la *ductio* sull'individuo dichiarato schiavo⁸⁰. Con-

⁷⁸ Nega che i giudici *de quibus* fossero i *centumviri* L. GAGLIARDI, '*Decemviri*' e '*centumviri*', cit., 377 s., affermando che «pur prescindendo dai forti sospetti di interpolazione, che hanno interessato il passo nel punto di nostro interesse, esso non può essere riferito ai *centumviri*, considerato che altri passi della compilazione informano che i *consilia* in cui il collegio centumvirale era suddiviso, giudicavano separatamente l'uno dall'altro senza timore di contraddirsi e senza essere costretti a trovare una decisione comune».

⁷⁹ P. CAPONE, *Una 'quaestio' di Minicio e una 'nota' di Giuliano: rileggendo D. 40.12.30*, in '*Fides humanitas ius: studii in onore di L. Labruna*, II, Napoli, 2007, 712 s., ritenendo «realistico che Minicio avesse fatto parte del milieu sabiniano probabilmente ad una forte distanza di età dal maestro», ipotizza che sia da attribuirsi proprio a Minicio la soluzione prospettata nella prima parte del testo. Al rimedio più auspicabile, la cui «idealità» sarebbe evidente nella scelta dell'aggettivo *commodissimum*, da tempo invalso nel linguaggio giuridico e letterario, avrebbe fatto seguito, in via residuale, la soluzione versata nella frase *duci servum ab eo qui vicisset*, «a suo tempo prospettata dal maestro e da lui conosciuta *de relato* probabilmente tramite Cassio, la cui particolare intransigenza nei confronti degli schiavi è peraltro nota; per giustificare la necessità di tale soluzione, avrebbe infine fatto ricorso ad una *reductio ad absurdum*».

⁸⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 357 («sull'esecuzione personale dopo la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, siamo poco informati; essa si fondava ancora su un'*addictio*, e nel caso di resistenza del debitore il pretore ne autorizzava la *ductio*»); G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 213 ss.; sull'esecuzione per-

sentaneo a questa posizione sarebbe stato anche Cassio ed anche 'ego', giurista verosimilmente identificabile con Minicio, la cui opera Giuliano sta commentando, e non già con Giuliano stesso, al quale si deve – ad avviso di chi scrive – l'inserzione sia della frase introdotta da *commodissimum* e poc'anzi analizzata, sia della frase introdotta dal medesimo aggettivo, nella forma del comparativo, *commodius*, con cui si chiude il brano.

Come già si è detto, la chiusa di D. 40.12.30 contiene una palese contraddizione rispetto alla prima parte del brano: dopo avere proposto una soluzione che privilegia il diritto di proprietà sullo schiavo, si dice che è preferibile – sottintendendo rispetto alla scelta della *ductio* – che l'individuo venga considerato libero. La giustificazione della prevalenza viene individuata espressamente nel *favor libertatis* (*favore libertatis liberum quidem eum esse*).

Secondo autorevole dottrina, quella versata nell'ultima parte del frammento sarebbe una soluzione tipicamente giustiniana, come potrebbe dimostrarsi dalla lettura della legge versata in C. 6.4.4⁸¹.

Invero, la possibilità per il *servus* di pagare l'*aestimatio* al condomino vincitore, ammessa da D. 40.12.30, sebbene di origine compilatoria, dimostrerebbe come il principio dell'efficacia assoluta della sentenza di libertà non abbia trovato un completo accoglimento, parendo i giustinianeî guidati piuttosto dal criterio del *favor libertatis*,

sonale, si possono ricordare, *ex multis*, i recenti contributi di L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I. *Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Roma, 1981, in particolare 117 ss. e nt. 70; ID., *Fra corpo e patrimonio: 'obligatus', 'adictus', 'ductus', 'persona in causa Mancipi'*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, 2008, specificamente 473 ss., dopo avere premesso che nelle fonti giuridiche classiche non compare il termine *adictus*, pur essendo rintracciabili testimonianze di esecuzione personale.

⁸¹ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II. *La giustizia – le persone*, Milano, 1952, 415, laddove osserva che talune disposizioni di diritto giustiniano determinano una vera e propria «espropriazione dello schiavo, sia pure mediante compenso, allo scopo di fargli conseguire la libertà. Quanto lontani fossero i classici dall'ammettere tale istituto risulta dal fatto che nel caso di libertà fedecommissaria, qualora il terzo non intenda vendere lo schiavo da manomettere, ammettono senz'altro: *extinguitur fideicommissaria libertas. L'adsertor in libertatem*, soccombente nella causa liberale, può pagare il prezzo al dominus, onde lo schiavo diventi libero». Nello specifico, D. 40.12.30 sarebbe applicazione del principio in base al quale «se il servo comune è manomesso da un solo condomino, Giustiniano, non senza qualche precedente classico, impone agli altri condomini di cedere la loro quota al manomittente, affinché la manomissione abbia piena efficacia».

di cui l'efficacia *ultra partes* della sentenza di libertà costituirebbe una manifestazione⁸².

Come è noto, l'espressione *favor libertatis* è stata considerata a lungo indizio di interpolazione, nonostante l'origine e le applicazioni del principio, in modo speciale nel processo di libertà, siano attestate sin dall'età più antica⁸³. In altri termini, pare apodittico affermare che la presenza dell'espressione sia di per sé prova di un intervento giustiniano, tanto più che, in D. 40.12.30, si avverte una vera e propria sovrapposizione di pensieri ed opinioni tutti di matrice classica. Non pare potersi escludere che la prevalenza della sentenza *pro libertate* sia una tesi giuliana, che arricchisce della nuova sensibilità un parere in cui il sostrato più antico è dominato dall'idea in cui l'affermazione di un diritto di proprietà quiritaria prevale su ogni altro profilo⁸⁴.

Dunque, i due giudizi di opportunità, introdotti da *commodissimum* e da *commodius* sarebbero da attribuirsi a Giuliano, che con la prima considerazione ha indicato lo strumento processuale in grado di evitare, in via preventiva, il contrasto di giudicati, e con la seconda ha rivelato come in età adrianea fosse già avvertito come prevalente l'accertamento della condizione di libero⁸⁵.

⁸² Così letteralmente G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 281 s.

⁸³ Certamente rappresenta un dato storico che Giustiniano abbia proclamato l'uguaglianza di tutti gli uomini rispetto al *ius naturale* e abbia condannato, come *contra naturam*, la schiavitù, qualificandosi egli stesso come fautore della libertà. Il valore assurse a principio giuridico fondamentale, nonché a direttiva per lo stesso legislatore, e la più caratteristica manifestazione di questa tendenza fu lo sviluppo del *favor libertatis*: così B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, II, cit., 410 s.

⁸⁴ A proposito del passo, P. CAPONE, *Una 'quaestio' di Minicio*, cit., 698 ss., scrive che «il frammento rappresenta, dunque, un chiaro esempio di stratificazione del pensiero giurisprudenziale verificatosi nel corso della sua trasmissione sino al *Corpus iuris*: in tale 'viaggio', le singole opinioni, per essere state ascoltate, riferite, estrapolate dal loro specifico contesto, commentate ed infine criticate, hanno finito col perdere una traccia sicura della loro paternità».

⁸⁵ Merita di essere ricordata l'innovativa lettura del passo proposta da P. STARACE, *Un confronto testuale in tema di 'causa liberalis'*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, 51 ss., sulla scorta soprattutto delle considerazioni svolte da S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*. Βιβλία ἔξ Ἰουλιανὸς ad Minicium, in *BIDR*, VII, 1894, 245 ss. («dunque, la questione per ora si riduce a questo: sapere chi è quest'ego, Minicio o Giuliano? Nella prima ipotesi, la chiusa del frammento potrebbe essere una nota di Giuliano...; nella seconda, si deve, in quelle parole, riconoscere l'opera di una terza mano»); F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 391 ss.; A. GUARINO, *'Salvius Iulianus'. Profilo biobibliografico*, in *Labeo*, X, 1964,

Merita un rapido cenno un altro passo ulpiano, tratto dal commentario all'editto del pretore:

Ulp. 54 *ad ed.* D. 40.12.7.3: *Si duo simul emerint partes, alter sciens, alter ignorans, videndum erit, numquid is qui scit non debeat nocere ignorantibus: quod quidem magis est. sed enim illa erit quaestio, partem solam habebit is qui ignoravit an totum? et quid dicemus de alia parte? an ad eum qui scit pertineat? sed ille indignus est quid habere, quia sciens emerit. rursum qui ignoravit, non potest maiorem partem domini habere quam emit: evenit igitur, ut ei prosit qui eum comparavit sciens, quod alius ignoravit.*

Si descrive la fattispecie in cui un *liber homo* si sia lasciato vendere come schiavo *pretii participandi causa* a due persone, delle quali una soltanto ne ignorava la vera condizione. Il giurista si chiede che cosa accada, perché appare iniquo che la *scientia* di uno debba cagionare un danno al compratore in buona fede. Occorrerà decidere se il compratore *ignorans* debba acquistare soltanto la propria parte o divenga proprietario dell'intero uomo. Ulpiano conclude che, nonostante il compratore in mala fede sia indegno, l'*ignorantia* dell'altro compratore va a suo vantaggio, poiché potrà acquistare la propria parte⁸⁶.

Il brano segnala il dubbio – presente ancora in Ulpiano – circa il destino giuridico dell'individuo ritenuto per metà libero e per metà schiavo. Come è stato osservato, a sostegno dell'alternativa che privi-

383 ss., ora in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, 204 ss. («il problema veramente delicato è di stabilire se l'opera di Minicio fosse una raccolta di responsi dello stesso Minicio, su casi pratici o su argomenti teorici, oppure se fosse una raccolta di responsi di Sabino e di Cassio, spesso citati nel corso dell'opera stessa»), muovendo dall'analisi del dato testuale formula una nuova ipotesi nei seguenti termini: «non potrebbe essere accaduto che un revisore postclassico, ritenendo pertinente avvicinare alla soluzione di Giuliano contraria alla libertà, una soluzione fondata su altre ragioni, formulata da un diverso giurista altrove, forse per un caso analogo, l'avesse inserita proprio nel punto in cui ora la leggiamo?».

⁸⁶ Sull'utilizzo del termine *pars* nel brano, v. P. VOCI, *Per la storia della novazione*, in *BIDR*, LXVIII, 1965, 170; sulla fattispecie sottoposta al giurista severiano, v. G. RONTONI, *La 'manumissio' del 'servus communis' nel diritto romano classico*, in *Studii varii di diritto romano ed attuale*, Pavia, 1922, 78 ss.; P. BONFANTE, *Il 'ius ad crescendi' nel condominio*, in *Scritti giuridici varii*, III. *Obbligazioni. Comunione e possesso*, Torino, 1926, 448 ss.; M. BRETONNE, *'Servus communis'. Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 137 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.2. *La proprietà*, Milano, 1968, 19 s.

legia l'appartenenza completa a favore di chi era stato dichiarato proprietario, potrebbe essere citato l'accrescimento che si realizza a seguito della manomissione fatta da uno dei condomini sullo schiavo comune; mentre il *favor libertatis* appare prevalente nell'ipotesi di manomissione operata dal *dominus* solitario sullo schiavo che sia gravato da un diritto di usufrutto oppure di pegno⁸⁷.

Probabilmente ancora più efficaci sono le riflessioni che muovono dalla lettura del papiniano D. 44.2.29 pr., che *infra* si analizzerà.

6. *Dal commentario gaiano all'editto del pretore urbano 'de liberali causa'.*

Il passo versato dai compilatori in D. 40.12.9, dall'opera di Gaio di commento all'editto del pretore urbano dedicato alle cause di libertà⁸⁸, è stato oggetto di un ampio dibattito in letteratura, per la struttura assai complessa e per l'andamento ellittico e frammentario. Esso si rivela, però, documento fondamentale per lo studio degli effetti riflessi della sentenza di libertà e chi scrive ritiene che il passo, sebbene tormentato nella forma, non sia stato oggetto di intervento da parte dei compilatori, ma conservi testimonianza di una posizione genuinamente classica⁸⁹.

⁸⁷ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 447 s., cita a sostegno dell'affermazione Tit. Ulp. 1.19 (*Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietates, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est*) e la giustiniana C. 7.15.1, del 530. Precisa, però, l'Autore che «la sentenza che rigetta la *vindicatio in servitutem* di uno dei contitolari, non avendo, per sua destinazione, efficacia costitutiva (rescissoria) ma dichiarativa, non è un negozio giuridico che, al pari della manomissione, faccia cessare il diritto del contitolare soccombente, bensì un accertamento col quale si dichiara che tale diritto non esiste. In ogni caso però, sembra legittimo attribuirle almeno questa portata: di far uscire praticamente il diritto dell'altro o degli altri contitolari dallo stato di comunione in cui essi per l'innanzi si trovavano col diritto del contitolare soccombente». Significativo sul punto sarebbe Paul. 23 *ad ed.* D. 10.2.25.8: *Idem scribit, cum ego et tu heredes titio extitsemus, si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, a Sempronio petieris et victus fueris, mox eandem partem a Sempronio emero et traditus mihi fuerit, agente te familiae erciscundae iudicio non veniet non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: cum enim per iudicem priorem apparuit totam non esse hereditatis, quemadmodum in familiae erciscundae iudicium veniat?*

⁸⁸ Sull'opera del giurista antoniniano, fondamentale il contributo di B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio 'ad edictum praetoris urbani'*, Milano, 1975, 1 ss.

⁸⁹ Fin da autorevole dottrina, il passo gaiano è stato ritenuto interpolato come *infra* si illustrerà; in particolare, secondo E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 433 ss., esso rispecchie-

Il frammento si compone di tre brani:

Gai. *ad ed praet. urb. tit. de liberali causa* D. 40.12.9 pr.: *Si pariter adversus eum, qui de libertate litigat, consistent fructuarius et proprietarius, fieri potest, ut alteruter absit: quo casu an praesenti soli permisurus sit praetor adversus eum agere, dubitari potest, quia non debet alterius collusionem aut inertia alteri ius corrumpi. sed rectius dicitur etiam alterutri eorum permittendum agere, ut alterius ius incorruptum maneat. quod si adhuc nondum finito iudicio supervenerit, ad eundem iudicem mittetur, nisi si iustam causam adferat, quare ad eum mitti non debeat, forte si eum iudicem inimicum sibi esse adfirmet*⁹⁰. 1. *Idem dicemus et si duo pluresve domini esse dicantur et quidam praesto sint, quidam aberint.* 2. *Unde in utroque casu dispiciamus, an, si is qui prior egerit victus sit, prosit ei, quod posterior vicerit, vel contra, id est ut, cum omnino alteruter vicerit, prosit etiam alteri, sicut prodest heredi liberti, quod in fraudem patroni servi manumissi sint*⁹¹. *si cui placeat prodesse, consequens est, ut, cum idem petat, exceptioni rei iudicatae obiciatur replicatio: si cui vero placeat non prodesse, is habebit sequentem dubitationem, utrum id, in quo quis victus est, nullius erit an eius esse debeat, cum quo actum sit, an potius eius qui vicerit? scilicet ut utilis actio detur ei qui vicerit, minime autem praetor pati debeat, ut pro parte quis servus sit.*

Nel *principium* – testo che in forza del registro linguistico sembra descrivere fattispecie rette dalla procedura formulare ed in particolare una *vindicatio in servitutem*⁹² – il giurista antoniniano prende in esame

rebbe in maniera fedele le concezioni dei compilatori giustiniane in tema di limiti oggettivi della cosa giudicata: «per diritto classico esso non si potrebbe giustificare che sulla base d'una concorrenza di posizioni giuridiche, che però nel caso non esiste».

⁹⁰ La parte da *quod si a adfirmet* è stata considerata di matrice giustiniana da E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 433 ss. e nt. 1, per il tono imperativo in contrasto con il precedente tenore del brano, ispirato ad una pacata discussione.

⁹¹ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 434 s. ricostruisce in questi termini – alla luce dell'interpretazione proposta dall'Autore per D. 40.12.30 e D. 40.12.27.1 – il testo del paragrafo 2, dopo il primo periodo: *sed placet non prodesse: nam cum per iudicem priorem pronuntiatum sit servum illius non videri, consequens est ut, cum idem petat, exceptione rei iudicatae summoveatur. sed utrum id, in quo is victus est, nullius erit, an potius eius qui vicerit? quod magis probandum est: cum enim per iudicem posteriorem apparuit servum illius esse, necesse est ut ab eo ducatur.*

⁹² Questa è la lettura proposta dalla dottrina dominante e a mero titolo esemplificativo si può ricordare: E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 435 e nt. 2; G. PAPA, *La 'replicatio'*.

l'ipotesi di un usufruttuario ed un proprietario contemporaneamente in giudizio contro colui che sostiene la propria libertà: *qui de libertate litigat* è, ancora una volta, una perifrasi di matrice giustiniana che sostituisce il riferimento, soppresso in tutta la compilazione, all'*adsertor libertatis*. Si dice che può accadere che l'uno o l'altro dei titolari di un diritto reale sul presunto schiavo sia assente: in questo caso, si può dubitare che il pretore debba permettere di agire contro l'avversario solamente a colui che è presente, non dovendo il suo diritto soffrire alcun danno a causa della collusione o dell'inerzia dell'altro. Tuttavia è più corretto dire – prosegue Gaio – che si deve consentire di agire sia all'uno che all'altro titolare, affinché il diritto di ciascuno rimanga intatto. Se, poi, l'assente sopraggiunge prima che il giudizio sia concluso (*nondum finito iudicio supervenerit*), dovrà essere mandato al medesimo giudice, a meno che non abbia allegato una legittima giustificazione (*iusta causa*) di ricusazione del giudice, come nel caso in cui affermi che il giudice sia un suo nemico.

Gaio prospetta una situazione potenzialmente idonea ad evitare il conflitto di giudicati: a differenza di quanto si è visto accadere in D. 40.12.30, dove i due contitolari agivano in due diversi giudizi, in D. 40.12.9 pr. essi agiscono contemporaneamente nel medesimo giudizio. Il problema sorge qualora uno dei due sia assente: si pone anzitutto un problema al pretore, che dovrà decidere se permettere all'unico titolare presente di agire nei confronti dell'avversario⁹³. La risposta è affermativa e si basa sul timore che la semplice inerzia o una vera e propria collusione – tra il titolare assente ed il presunto schiavo – possano cagionare un danno al legittimo diritto del titolare regolarmente costituitosi in giudizio; ma Gaio insiste sull'opportunità (*rectius dicitur*)⁹⁴ che

Profili processuali e diritto sostanziale, Napoli, 2009, 357. Per la tesi opposta, che ricostruisce la vicenda come *vindicatio in libertatem*, si può ricordare E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile*, in AG, LXXIX, 27 e nt. 4.

⁹³ M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 430, tenta di individuare il nucleo originario del pensiero gaiano, osservando che «la mancanza di un'esplicita menzione della sussistenza in capo ai comproprietari dello schiavo della legittimazione ad agire *in solidum* induce a ritenere che la questione sottoposta all'esame del giurista non riguardi una possibile estensione della pronuncia emessa a favore del secondo contitolare nei confronti del primo rimasto soccombente».

⁹⁴ La frase *sed rectius dicitur* è sospettata da E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 438, nt. 1, sebbene poi venga dall'Autore medesimo salvata perché ipoteticamente ritenuta la conclusione di un ragionamento soppresso dai compilatori.

il diritto di quest'ultimo rimanga *incompactum*, evitando che il procedimento si blocchi⁹⁵.

All'evidente scopo di evitare un conflitto pratico di giudicati è, invece, ispirata l'ultima parte del testo, quando si prospetta l'ipotesi che il titolare assente si presenti in giudizio prima che questo sia terminato: per evitare la pronuncia di due sentenze di segno opposto ed anche per motivi di economia processuale, ossia per evitare due processi sul medesimo oggetto, si sostiene l'applicazione della *missio ad eundem iudicem*, eludibile solamente qualora si verifichi una giusta causa di ricusazione del giudice. L'esempio proposto da Gaio è quello in cui il titolare sopraggiunto in giudizio allegghi che il giudice è suo nemico: in una simile ipotesi si avranno due giudizi distinti, regolati nella fase *in iudicio* da due diversi giudici, che potrebbero, in via potenziale, concludersi con due sentenze di contenuto opposto, l'una *pro libertate* e l'altra *pro servitute*⁹⁶.

Il paragrafo 1 estende le considerazioni svolte nel *principium* all'ipotesi in cui, al posto di un usufruttuario ed un proprietario vi siano due o più comproprietari, che vantino entrambi la titolarità *pro parte* del medesimo schiavo⁹⁷, qualora taluni siano presenti e talaltri assenti.

Si proceda ora con il paragrafo 2, in cui viene fatta, invece, l'ipotesi concreta di due diverse sentenze contrastanti, conseguenti a due di-

⁹⁵ Osserva E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 436 s., che anche la *vindicatio in servitute*, come qualunque altra azione civile, è comunque subordinata ad una richiesta fatta dall'interessato al pretore, e al corrispondente assenso prestato da questi: «la *ratio dubitandi* è per Gaio che la collusione o la negligente condotta della causa da parte del pretendente ammesso ad agire potrebbe peggiorare la condizione dell'altro: e ciò, col determinare una sentenza che accertasse inesistente la qualità di schiavo rispetto all'attore». Osserva M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 318 s., che la riunione dinanzi ad uno stesso giudice avrebbe evitato l'inconveniente di fare sospendere la lite per un periodo di tempo indeterminato, sino a che il contitolare assente non si fosse fatto vivo: «in tal modo, la collusione tra costui ed il preteso servo o anche la semplice inerzia del contitolare avrebbero potuto ritardare senza limiti di tempo l'esercizio della causa liberale, rendendo impossibile all'altro la realizzazione del suo diritto».

⁹⁶ A parere di E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 437, si tratterebbe di una sentenza inidonea ad acquisire l'efficacia di cosa giudicata nei confronti di pretendenti estranei al giudizio, i quali intentassero la *vindicatio in servitute*. Essa avrebbe, però, «un'importanza pregiudiziale in senso logico», dal momento che essa potrebbe influire sulla convinzione del giudice delle successive *vindicaciones in servitute*, «inducendolo a ritenere che il presunto schiavo non sia tale».

⁹⁷ Si deve escludere anche per *D. 40.12.9.1*, come già nel passo giuliano *D. 40.12.30*, che la pretesa sullo schiavo sia svolta da entrambi i comproprietari per l'intero: occorre pensare ad una pretesa avanzata *pro parte (dimidia) separatim*.

stinte *vindicationes in servitutem* mosse dai due contitolari, in entrambi i casi (*in utroque casu*), ossia tanto qualora sullo schiavo sussista un diritto reale di godimento come l'usufrutto, quanto qualora si tratti di comproprietà. Per semplicità, da questo momento in poi si parlerà dell'ipotesi di comproprietà, ben sapendo, però, a quale spettro di situazioni il ragionamento trovi applicazione.

Il quesito specifico che il giurista si pone è se l'esito del primo giudizio, in cui il *dominus* era risultato soccombente possa giovare o danneggiare il secondo contitolare, invece risultato vittorioso, ossia, precisa Gaio, se, quando l'uno o l'altro degli attori abbia vinto la controversia, la pronuncia giovi anche all'altro⁹⁸. Vale la pena sottolineare la peculiarità del riferimento ad un vantaggio apportato dall'efficacia riflessa della sentenza: è stato, infatti, osservato come le fonti, laddove concentrino l'indagine sulla rilevanza giuridica dell'altrui sentenza, accentuino «il lato oneroso della cosa giudicata». Diversamente, qui Gaio intende proporre il problema in termini positivi, ossia sotto il profilo del vantaggio apportato dalla cosa giudicata⁹⁹.

Tradotto in altri termini, il quesito posto dal giurista coinvolge l'efficacia della sentenza di libertà, domandandosi se un accertamento precedente possa o debba in qualche modo essere influenzato dai successivi giudizi sul medesimo oggetto; la domanda si concretizza nuovamente in un'indagine sulla cosiddetta efficacia normativa della sentenza di libertà.

⁹⁸ Nella ricostruzione di G. PAPA, *'Replicatio' e giudicato*, in *Labeo*, XLII, 1996, 431, l'azione esperita dal condomino già soccombente sarebbe una reiterazione della *vindicatio in libertatem*, nell'ambito della quale «la sussistenza del requisito dell'identità di oggetto nonché delle *eadem personae* legittima il convenuto – l'*adsertor libertatis* – ad opporre l'*exceptio rei iudicatae* cui il giurista contrappone una *replicatio*»; la medesima opinione era già in ID., *L'efficacia*, cit., 324, richiamando il contenuto di Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.11.7 (*Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit*) e Nerat. 7 *membr.* D. 44.2.27 (*Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset*).

⁹⁹ Così E. BETTI, D. 42.1.63, cit., 10, il quale sottolinea la maggiore importanza pratica dell'esclusione della cosa giudicata dal lato oneroso, «non senza analogia nella terminologia delle fonti in altri campi del diritto», sicché anche in questo campo mantiene valore la massima secondo cui «*cuius non sunt incommoda, eius nec commoda esse debent*».

Gaio propone l'esempio dell'erede del liberto, cui giova la sentenza con la quale si accerti che le manomissioni effettuate sono in frode al patrono e, dunque, nulle; essa avrebbe un indubitabile effetto riflesso sui diritti dell'erede del liberto, la cui aspettativa ereditaria risulterà arricchita significativamente dal numero degli schiavi per i quali la manomissione è risultata inefficace. Più precisamente, si verterebbe sul vantaggio che l'erede del liberto trae dalla dichiarazione di nullità di una manomissione di schiavi che sia «avvenuta in frode delle ragioni di successione *contra tabulas* spettanti al patrono». Nello specifico viene in rilievo il divieto della *lex Aelia Sentia*, che spetterebbe soltanto al patrono – e non già all'erede del liberto – fare rilevare¹⁰⁰, ma appare ovvio che «egli tragga partito dalla dichiarata nullità, poiché in virtù di essa egli vede richiamati nell'eredità gli schiavi manomessi e, come coerede del patrono, ha diritto di dividere con lui la proprietà di essi in proporzione della propria quota ereditaria»¹⁰¹.

Successivamente il giurista passa in rassegna le possibili soluzioni al problema, senza però aderire ad alcuna di esse.

La prima opzione è che giovi al secondo contendente la pronuncia *pro servitute* ottenuta dal primo: ne consegue che, essendovi un'identità

¹⁰⁰ Le fonti rilevanti in materia risulterebbero: Gai 3.41: *Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. siue enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat, et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio; si uero intestatus moriatur suo herede relicto adoptiuo filio uel uxore, quae in manu ipsius esset, uel nuru, quae in manu filii eius fuerit, datur aequae patrono aduersus hos suos heredes partis dimidia bonorum possessio. prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti sint aut praeteriti contra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint; nam exheredati nullo modo repellunt patronum; e Gai 1.37: *Nam is, qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.**

¹⁰¹ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 440 s., nt. 1, che a proposito parla di un caso di nullità relativa, citando L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. I. *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908, 242 («wo aber das Zivilrecht, wie es allerdings zumeist der Fall ist, Nichtigkeit statuiert, ist diese regelmäßig auch eine absolute. Viel seltener ist relative Nichtigkeit...»), e qualifica il liberto come un «parassita giuridico»; G. PAPA, *'Replicatio'*, cit., 430 osserva come, dal momento che il patrono era il solo legittimato ad invocare la nullità di tali manomissioni, l'erede del liberto avrebbe tratto un vantaggio dalla sentenza di libertà «solo indirettamente, di riflesso, in quanto in virtù di essa riacquistava, in qualità di coerede del patrono, la sua quota sullo schiavo invalidamente manomesso».

di *petitum* (*ut cum idem petat*), all'eccezione di cosa giudicata occorrerà opporre una *replicatio*.

La seconda possibilità è che la prima sentenza non giovi al secondo contendente: scaturisce un dubbio circa l'appartenenza del *servus*: deve ritenersi di proprietà di nessuno? Deve immaginarsi di proprietà di colui contro il quale è stata promossa un'azione? Oppure deve ritenersi di proprietà del vincitore della *vindicatio in servitutem*, al quale deve essere riconosciuta un'*actio utilis*?

Null'altro aggiunge Gaio, che chiude il passo con un monito al pretore: occorre evitare che un medesimo individuo risulti in parte libero ed in parte schiavo.

L'incertezza del giurista antoniniano è, *in primis*, sulla possibilità che un giudizio emesso *pro alio domino* possa avere un qualche effetto su un giudizio successivo; il mero fatto che sia stata sollevata una tale perplessità parrebbe prova del fatto che l'atteggiamento della giurisprudenza stia cambiando, accettandosi l'idea di un'efficacia "moderatamente normativa" della sentenza di libertà, per lo meno nella forma di quella che la dottrina ha definito l'"efficacia riflessa del giudicato nei confronti dei terzi", un *quid medium* – per utilizzare nuovamente un'espressione bettiana – tra effetti preclusivi ed effetti normativi¹⁰².

Ammettendo che vi sia la possibilità di avvantaggiarsi, Gaio dice che occorre rispondere all'*exceptio rei iudicatae*, eventualmente oppostagli dal convenuto, con una *replicatio*, strumento idoneo a fare valere l'oggetto di una pronuncia resa nei confronti del terzo, ossia l'accertamento dello stato di *servus* del contendente che per primo ha agito.

Nello specifico si tratterebbe di una *replicatio* – ricostruita secondo la dottrina dominante come *rei secundum alterum (condominum) iudicatae*¹⁰³, secondo altri autori come *doli generalis seu praesentis* – con cui

¹⁰² E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 441, che dichiara di accogliere la terminologia di jheringhiana in materia di effetti riflessi: «Gaio non faceva punto una questione di *estensione della cosa giudicata* al contitolare già rimasto soccombente, ma faceva puramente una questione di *effetti riflessi del giudicato favorevole* ottenuto dal contitolare che dopo di lui avesse fatto valere il proprio diritto».

¹⁰³ Gaio non menziona il *nomen iuris* della *replicatio* e quella di identificarla con la denominazione dell'*exceptio* cui segue è stata a lungo la posizione maggioritaria: E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 443; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 325, ritiene che si tratta di una *replicatio rei iudicatae*, dal momento che «il movente dell'intervento compilatorio va ricercato nel desiderio di conferire efficacia pregiudiziale alla sentenza favorevole al contitolare»; ID., *Riflessioni in tema di giudicato*, in *Diritto romano, tradizione romanistica*

farsi valere gli effetti riflessi del precedente giudicato *pro alio domino*, idonea a costringere il giudice a pronunciarsi in senso conforme al giudicato già emesso¹⁰⁴. La giurisprudenza di età classica, a parere di una parte di dottrina, si sarebbe resa conto che, per lo meno in materia di *status*, i fini dell'*exceptio* non sarebbero stati più soltanto quelli di assicurare stabilità alle decisioni; occorreva invece considerare il contenuto della sentenza medesima ed il giudice sarebbe stato vincolato a non giudicare in maniera difforme. Diversamente, secondo altri autori, l'efficacia pregiudiziale prodottasi attraverso l'*exceptio* o la *replicatio* avrebbe avuto una valenza puramente negativa, poiché nella maggior parte dei casi essa consisteva «nell'impedimento a una pronuncia difforme dal giudicato». Una pronuncia di valore positivo, ossia un vincolo a considerare la situazione giuridica esistente od inesistente in conformità al precedente accertamento giudiziario, si sarebbe potuta verificare sola-

e formazione del diritto europeo. *Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese* (1914-1995), Padova, 2008, 73 ss.; M. BRETONNE, 'Servus communis', cit., 129, a parere del quale «i termini del problema sono stati sovvertiti dai compilatori, che, trasformando in una questione di cosa giudicata quella diversa – prospettata da Gaio – degli effetti riflessi del giudicato, hanno riconosciuto al contitolare soccombente nel suo giudizio la possibilità di esperire nuovamente la *vindicatio in servitute* e di opporre la *replicatio rei secundum alterum iudicatae* alla *exceptio rei iudicatae* dello schiavo»; B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit., 19 ss. e 169 ss. («appare evidente che non può iscriversi a lui [n.d.a.: a Gaio] la *consequentia* che il testo, nella attuale stesura, fa discendere dall'apocrifia impostazione del problema ... e cioè la possibilità del primo contitolare di *vindicare* nuovamente in *servitute* lo schiavo, respingendo ... l'*exceptio rei iudicatae* opposta da quest'ultimo per mezzo della *replicatio rei secundum alterum iudicatae*»).

¹⁰⁴ Così nella lettura di G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 356 s., nt. 59; Id., *'Replicatio' e giudicato*, cit., 429 ss., in particolare 432 s. e nt. 41, laddove si sottolinea come una siffatta *replicatio doli* sarebbe diretta a fare valere il dolo processuale del convenuto, ravvisabile nell'aver opposto alla *vindicatio in servitute*. L'Autore distingue l'ipotesi della *replicatio rei secundum se iudicatae* e di *replicatio doli*, dall'ipotesi di *replicatio rei iudicatae*, «la quale – diversamente dalla corrispondente eccezione, caratterizzata in linea di massima da una portata negativa – sembra avere, invece, secondo l'insegnamento di Giuliano, un'efficacia positiva, dal momento che attraverso la sua previsione il giurista consente all'attore non solo di opporsi al divieto del *bis agere de eadem re*, ma anche di obbligare il giudice a uniformarsi al contenuto del precedente giudicato». Perplesività sono sollevate da M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 356, a parere del quale «nel caso la *replicatio* risultasse fondata, è discutibile se il giudice del secondo processo fosse tenuto ad uniformarsi al contenuto della prima sentenza, e se cioè si fosse in presenza di un caso di efficacia positiva del giudicato. Il tenore letterale della *replicatio* in parola non implicava tale conseguenza, ed almeno alle origini essa non si verificava. È però probabile che si sia venuta formando una prassi in tal senso, che può aver rappresentato uno dei tramiti per l'affermarsi dell'efficacia positiva del giudicato nel processo formulare del principato».

mente al di fuori dell'*exceptio rei iudicatae*¹⁰⁵. Secondo taluna dottrina, mancherebbe tra i contitolari *pro parte* quel reciproco vincolo logico-giuridico idoneo a fondare l'estensione della *res iudicata*: mancando siffatto presupposto, appare ovvio il rifiuto di concedere una *replicatio*¹⁰⁶.

Se invece non si ammette alcun vantaggio e alla sentenza di libertà non si riconosce alcun tipo di influenza sul processo successivo vertente sul medesimo oggetto, i problemi potrebbero sorgere in fase di esecuzione, come dimostra la fattispecie versata in D. 40.12.30¹⁰⁷, di cui la seconda parte di D. 40.12.9.2 ripropone il problema fornendo però varie possibili alternative, senza abbracciare nessuna di esse, come se neppure Gaio riconoscesse tra di esse la migliore risposta nel caso ci sia stata una *rei vindicatio pro parte* vittoriosa¹⁰⁸. La sensazione è che la giurisprudenza

¹⁰⁵ Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 737, che parla di un *quid medium* tra gli effetti normativi o pregiudiziali e quelli preclusivi, figura mediana che si sarebbe posta al termine di un'articolata evoluzione dell'idea secondo cui il giudicato 'fa stato tra le parti'. Alla riflessione si possono aggiungere le considerazioni di G. PAPA, '*Replicatio*' e *giudicato*, cit., 421, a parere del quale «la giurisprudenza classica non attribuì alla sentenza una mera efficacia preclusiva, in forza del divieto di *bis agere de eadem re*, ma fece derivare da essa, per il tramite della *replicatio*, anche una serie più articolata di effetti».

¹⁰⁶ E. BETTI, D. 42.1.63, cit., 442 s., il quale, ritenendo il passo di chiara matrice giustinianea, ne esclude la paternità gaiana. Gli argomenti a sostegno di questa ricostruzione sono tre: il primo farebbe leva sulla circostanza che i compilatori avrebbero smarrito il senso della differenza tra il comunicarsi della *res iudicata* a terzi giuridicamente interessati e gli effetti riflessi che si spiegano nei confronti di terzi giuridicamente indifferenti. I compilatori, accentuando la motivazione logica della sentenza rispetto alla conclusione volitiva avrebbero riconosciuto efficacia di cosa giudicata anche alle mere decisioni pregiudiziali. I giustiniane, inoltre, avrebbero perso il rigore della correlazione logica con la legittimazione *in solidum* indipendente di ciascun interessato.

¹⁰⁷ Tuttavia, a parere di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 332, le fattispecie di D. 40.12.9 e di D. 40.12.30 sono differenti. La questione sarebbe stata posta ai giuristi romani successivamente all'accettazione della dottrina di Sabino, accolta da Giuliano, per il caso di sentenze contraddittorie sullo *status libertatis* di un medesimo individuo; «risolto il problema circa la condizione del preteso servo, si pose l'ulteriore domanda, se il condomino soccombente potesse pretendere dal vincitore la quota di proprietà spettantegli sullo schiavo, esercitando all'uopo la *rei vindicatio pro parte*».

¹⁰⁸ A parere di G. PAPA, '*Replicatio*' e *giudicato*, cit., 434 s., si potrebbe presumere una risposta negativa da parte di Gaio, «in ragione del tendenziale conformismo del giurista alle direttive fissate dalla scuola alla quale affermava di appartenere» (Id., *La 'replicatio'*, cit., 357, nt. 60, dove si richiama la posizione di Sabino e Cassio riferita in D. 40.12.30). L'Autore propende comunque per la genuinità della soluzione gaiana, non escludendo l'ipotesi che «la menzionata (e genuina) antitesi tra le possibili soluzioni venga ad anticipare in qualche maniera ed entro certi limiti la tendenza, affermata successivamente, diretta a riconoscere validità all'estensione della *res iudicata* anche a terzi estranei al giudizio in cui essa si è formata».

vivesse con ancora maggiore drammaticità le incertezze che, in parte, già la stratificazione del testo giuliano pare presentare: come deve essere considerato lo schiavo giudicato per metà libero e per metà schiavo?

Sembra opportuno tornare in modo più approfondito sulle diverse soluzioni.

La prima opzione è che lo schiavo venga considerato di proprietà di nessuno: sembrerebbe, dunque, che a prevalere sia la pronuncia *pro libertate*, similmente a quella che si è ricostruita come la posizione di Giuliano nella chiusa di D. 40.12.30.

Più 'misteriosa' si rivela la seconda possibilità, laddove si ipotizza che la proprietà dello schiavo *an eius esse debeat, cum quo actum sit*: ma in quale maniera lo schiavo potrebbe spettare a colui contro il quale i due comproprietari hanno agito, ossia – occorre pensare – all'*adsertor libertatis*¹⁰⁹? L'affermazione crea perplessità, dal momento che, come sinora accennato, l'*adsertor libertatis*, coincidendo con colui che sostiene la libertà dell'individuo conteso, non parrebbe vantare diritti proprietari su di esso. Ad avviso di chi scrive, la possibilità segnalata dal giurista può trovare una plausibile lettura se solo si rifletta sulla struttura della formula della *vindicatio in servitutem*.

Infatti, se la formula del processo di libertà è una *rei vindicatio*, come ricostruito dalla dottrina pressoché all'unanimità, deve ammettersi la presenza di una *condemnatio* avente per oggetto una somma di denaro, determinata sulla base della valutazione dell'interesse dell'attore. Trattandosi, poi, di un'*actio arbitraria*, il convenuto è libero di obbedire oppure no al *iussum de restituendo* del giudice, e laddove non obbedisca, l'unica possibilità è una *condemnatio* pecuniaria, sulla base della *litis aestimatio* compiuta dall'attore¹¹⁰: nella *vindicatio in servitutem*, la *litis aestimatio* del presunto servo avrebbe agito alla stregua del prezzo di una possibile

¹⁰⁹ A parere di E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 434, evidente sarebbe il carattere insitico della seconda soluzione proposta nel testo attribuito a Gaio, già criticata da J.C. NABER, *'Ad noxalem iniuriarum actionem'*, Paris, 1907; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 325, ritiene assai difficile sostenere che la quota del servo, dichiarata libera, dovesse spettare all'*adsertor libertatis*; né è pensabile che tale soluzione sia stata prospettata coscientemente dai compilatori: «si tratta di uno svarione, frutto verisimilmente di una glossa postclassica».

¹¹⁰ Sulle azioni arbitrarie, scrive M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 314 s., che «ciò che caratterizza queste formule è la cd. clausola arbitraria che configura i poteri del giudice in modo più articolato e complesso che nelle altre azioni .. sulla base della clausola arbitraria il giudice emana, in un primo momento, la *pronuntiatio* (cd. *de iure*), e cioè la decisione mediante la quale stabilisce se sussista il diritto vantato dall'attore: ... se l'accertamento è ... positivo, fissa i termini in cui il convenuto deve procedere alla restitui-

libertà di fatto, passando verosimilmente attraverso il trasferimento di proprietà in capo all'*adsertor*¹¹¹. Una simile ricostruzione, invero, non è accolta in maniera unanime dalla dottrina: taluni autori, premesso che la *vindicatio in servitute* non avrebbe mai potuto condurre ad una pronuncia sulla libertà dell'individuo, e che la pronuncia del *iudex* o del collegio dei *recuperatores* sarebbe stata determinata dall'*intentio*, ritengono che, se fosse stata accolta la pretesa del *dominus*, vi sarebbe stata una pronuncia di appartenenza e una sentenza di *adiudicatio*¹¹².

Così sarebbe dovuto accadere applicando in maniera rigorosa il meccanismo del processo formulare e soltanto attraverso le suesposte considerazioni può essere compreso il riferimento gaiano alla parte processuale contrapposta a quella dei comproprietari.

Quanto alla terza e ultima opzione, essa coincide con la scelta di privilegiare l'accertamento del diritto di proprietà rispetto all'accertamento dello *status* di libero. Si tratta, per tentare un confronto, della soluzione più antica proposta nel testo giuliano, laddove si sceglie la *ductio* del comproprietario vincitore sull'intero schiavo.

A lasciare perplessi, semmai è il riferimento ad un'*actio utilis*; per

zione della cosa, con le accessioni ed i frutti: questa ulteriore pronuncia configura il cd. *iussum de restituendo*. In proposito, merita di essere ricordata la ricostruzione di recente proposta da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, 196 s., laddove ritiene plausibile che la sostanza dell'intervento giudiziale consista «nel permettere, nell'autorizzare che una *restitutio* avesse luogo; e dunque nell'adozione di un provvedimento – magari anche contrario ai desideri dell'attore ... – che riconoscesse l'ammissibilità, nello specifico caso sottoposto a giudizio, dell'attività riparatoria compiuta *apud iudicem*».

¹¹¹ U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, in ZSS, LXVIII, 1951, 320 ss.; G. PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in RIDA, VI, 1959, 347 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, II. Diritto romano, Napoli, 1958, 372 ss.; A. ROMANO, *Condanna 'in ipsam rem' e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in Labeo, XXVIII, 1982, 131 ss.; A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in Sem. Compl., I, 1989, 178 ss., laddove l'Autore nega decisamente che, «per venire incontro alla più disparata gamma di esigenze sociali ... la giurisprudenza romana sarebbe pervenuta a derogare alla regola della *condemnatio pecuniaria* superando il rigido tecnicismo formulare»; K. HACKL, *Wurde man in Rom Sklave durch ein fehlerhaftes Zivilurteil?*, in *Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 259 ss., in particolare 268 s., laddove l'Autore si esprime in questi termini: «gehen wir für den Freiheitsprozess der klassischen Zeit von den der *rei vindicatio* entsprechenden Klagformeln aus, so konnte ein Urteil, mit dem das Eigentum an einem Sklaven ausgesprochen wurde, in einer *vindication in servitute* zu Gunsten des klagenden dominus gefällt werden. Aber auch in einem Urteil zu Lasten des klagenden *adsertor* in einer *vindication in libertatem* wurde *pro servitute* der umstrittenen Person entschieden».

¹¹² G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 278 ss.

quanto consta a chi scrive, in letteratura isolati sono stati i tentativi di identificare il tipo di giudizio che – a detta di Gaio – richiederebbe un'operazione di adattamento per mano del pretore¹¹³. Si potrebbe immaginare, in alternativa alla tesi che ipotizza una modificazione della *rei vindictio*, con la quale il vincitore avrebbe potuto pretendere la parte dichiarata *nullius*¹¹⁴, che l'adattamento debba avvenire sull'*actio iudicati*¹¹⁵. Si tratta, invero, di un'idea che per divenire vera e propria ipotesi richiederebbe necessariamente un approfondimento che in questa sede non si ritiene di svolgere.

¹¹³ E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova 1935, 622, nt. 3 identifica l'*actio utilis* di cui parla Gaio con un interdetto, che fosse esecutivo del *praeiudicium an liber sit* («quanto a D. 40.12.9.2, esso è gravemente interpolato ...: la *utilis actio* che si dice concessa al vincitore, può far pensare a un *interdictum* esecutivo del *praeiudicium*, il quale, del resto, ha particolare efficacia di *ius facere*»), sebbene M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 326 e nt. 617 sottolinei come essa sia ipotizzabile soltanto per il diritto giustiniano, essendo invece per il diritto classico «evidentemente insostenibile». L'Autore da ultimo citato ritiene che il tratto da *scilicet a vicerit*, collocato prima della motivazione, abbia una provenienza glossematica: «forse l'ignoto annotatore consigliava, che si desse un'*actio utilis* al vincitore per l'altra metà del servo (!)». Consentanea a E. BETTI, *Diritto romano*, cit., 625 è la ricostruzione di A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, 96 e nt. 1 e 143.

¹¹⁴ La ricostruzione è di E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, 192 s., a parere del quale «la función que puede verse, por lo tanto, en esta acción útil, es la de una especie de 'cesión legal', necesaria porque la libertad es indivisible y, por consiguiente, un esclavo no puede ser libre en parte; el vencedor tenía además, previamente, la *vindicatio* civil de la parte en que ganó y la acción pretoria se le concede para poder abarcar lo que no cubrió su propia reivindicatoria».

¹¹⁵ La dottrina maggioritaria è incline a negare l'esperibilità di un'*actio iudicati utilis*, sulla base di due testi C. 5.39.1 del 213 (*Iuliana, cuius tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum aetatis egressa est, actio iudicati utilis adversus ipsam bonaque eius exercenda est. Nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum adulescentiumque saepe decretum est*) e Ulp. 1 disp. D. 3.3.28 (*Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. quae res facit ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem procurator factus. per contrarium autem si procurator meus iudicatus solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agi potest*); ma contra C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, 114 s., a parere della quale vi sarebbero argomenti a favore dell'ammissibilità di una simile *actio*; un indizio sulla ragionevolezza della sopra esposta possibilità – perché pone un problema di legittimazione ad esperire un'*actio iudicati* – può essere colto nelle considerazioni di M. MARRONE, *Sulle formule dei giudizi di libertà*, cit., 2955 s., il quale ritiene che «non sarebbe troppo azzardato avanzare l'ipotesi ulteriore che, ferma restando la condanna in favore dell'*adsertor*, a partire da un dato momento dell'età classica si sia data l'*actio iudicati* direttamente alla persona dichiarata libera, vera sostanziale destinataria dell'*aestimatio litis*».

7. *L'elaborazione del rimedio nella casistica ulpiana.*

Si passi ora ad analizzare il brano di Ulpiano D. 40.12.8, dal commentario *ad edictum*:

Ulp. 55 *ad ed.* D. 40.12.8 pr.: *Cognitio de liberali causa usufructuario datur, etiamsi dominus quoque velit, hoc est qui se dominum dicit, movere status controversiam.* 1. *Si plures sibi dominium servi vindicant dicentes esse communem, ad eundem iudicem mittendi erunt: et ita senatus censuit. Ceterum si unusquisque suum esse in solidum, non in partem dicat, cessat senatus consultum: neque enim timor est, ne varie iudicetur, cum unusquisque solidum dominium sibi vindicet.* 2. *Sed et si alter usum fructum totum, alter proprietatem servi vindicet, item si alter dominium, alter pigneratum sibi dicat, idem iudex erit: et parvi refert, ab eodem an ab alio ei pigneri datus sit.*

Si legge che l'usufruttuario è legittimato ad agire in una *causa liberalis* sebbene il padrone – ossia colui che si afferma tale – intenda egli stesso muovere una controversia di stato. In altri termini il *principium* altro non fa che dare conferma della possibilità che la legittimazione attiva in una causa di libertà venga concessa al titolare di un diritto reale di godimento sul bene, ipotesi che, come si è visto poc' anzi, si rinviene nel *principium* di D. 40.12.9.

Giova notare che l'espressione d'esordio, *cognitio de liberali causa*, consente di affermare che la procedura cui si riferisce Ulpiano – come è plausibile aspettarsi per un giurista del III secolo – sia quella *extra ordinem*, applicata anche in questo parere ad una *vindicatio in servitute*.

Nel paragrafo 1 viene prospettato il vero e proprio *casus*, che si riferisce, però, all'ipotesi della comproprietà: *plures sibi dominium servi vindicant, dicentes esse communem*. L'equiparazione tra le due fattispecie – coesistenza di usufrutto e nuda proprietà e comproprietà – era stata già espressamente formulata da Gaio in D. 40.12.9, accostando alla fattispecie in cui ad agire fossero usufruttuario e nudo proprietario – il caso concreto verificatosi –, quella in cui l'azione fosse promossa dai due comproprietari, attraverso la formula *idem dicemus*. Nella prospettiva ulpiana l'ipotesi dei due comproprietari che agiscono per affermare il proprio diritto assume una valenza generale e, contemporaneamente, essa pare coincidere con la fattispecie concretamente sot-

toposta al giurista, cui è lecito accostare, per analogia di struttura, anche il caso in cui, prima del padrone, ad agire sia l'usufruttuario¹¹⁶.

Ulpiano afferma che qualora due comproprietari rivendichino la proprietà su di un *servus* che affermino essere comune, dovranno essere rimessi al medesimo giudice (*ad eundem iudicem mittendi erunt*), come decretò il Senato. D'altra parte, se ciascuno pretende che lo schiavo sia suo per l'intero e non in parte, non trova applicazione il *senatusconsultum*, dal momento che non sussiste alcun timore di giudizi contrastanti (*neque enim timor ne varie iudicetur*), poiché ciascuno rivendica per sé l'intero dominio: «se lo *status* di schiavo ... è una condizione giuridica indivisibile, tuttavia i diversi rapporti di diritto reale, che si fanno valere come cadenti sulla persona del preteso schiavo e dei quali si discute nella questione principale delle varie *petitiones*, sono affatto indipendenti l'uno dall'altro»¹¹⁷.

Conviene soffermarsi sulle singole considerazioni svolte da Ulpiano in questo paragrafo 1. Descritta la situazione giuridica come quella di una "pacifica" comproprietà, in cui la rivendica avviene *pro parte* e non emerge l'esistenza di alcun conflitto in merito alla distribuzione delle quote, il giurista indica un criterio da applicare in via preventiva, ossia non soltanto prima del vero e proprio conflitto di giudizi, ma anche in un momento anteriore all'esperimento dell'azione da parte

¹¹⁶ Sul *casus* proposto da Ulpiano, si possono vedere, oltre agli autori i cui contributi verranno *infra* richiamati, B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 68 s.; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del Senato romano*, Milano, 1957, 50 s., a parere della quale «poiché è difficile pensare ad un senatoconsulto dell'età di Ulpiano, sconosciuto o posteriore a Papiniano, si è ritenuto che il contenuto di esso, come ci è riferito, sia compilatorio. D'altronde, se è vero che senatoconsulti normativi non si hanno più in quest'epoca, sappiamo invece che il senato conservava ancora la giurisdizione civile sugli appelli: il rinvio di cui ci dà notizia Ulpiano poteva essere stato disposto in occasione di un giudizio di secondo grado, richiesto da uno dei comproprietari rimasto soccombente nella *causa liberalis*»; O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, Göttingen, 1970, 204 ss.

¹¹⁷ «Onde tra il disconoscimento dell'uno ed il riconoscimento dell'altro non v'è punto quell'assoluta incompatibilità che è l'indice rivelatore del *conflitto pratico* tra giudizi: così E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 439; in precedenza (p. 457 s.) l'Autore aveva dimostrato, con la lettura di *D. 40.12.8 pr.* e di *D. 40.12.30*, la possibilità di esperire tanti giudizi separati ed autonomi quanti sono i legittimati *pro parte* alla *vindicatio in servitutem*. *Contra*, però, verserebbe il dettato di *Ulp. 54 ad ed. D. 40.12.5.1: Quod si plures ex memoratis personis existant, qui velint pro his litigare, praetoris partes interponendae sunt, ut eligat, quem potissimum in hoc esse existimat. quod et in pluribus patronis observari debet.*

dei due litiganti¹¹⁸. La *missio ad eundem iudicem* indicata da Ulpiano coincide, anche terminologicamente, con lo strumento che Gaio in D. 40.12.9.1 ritiene applicabile quando, in caso di assenza di uno dei due contitolari, dopo avere permesso alla parte presente di proseguire il giudizio, e prima che quest'ultimo si sia concluso, la parte assente compaia. Merita, però, di essere sottolineato che se nella fattispecie ulpiana la *missio ad eundem iudicem* appare un istituto processuale, con finalità preventive, che trova applicazione per le ipotesi fisiologiche di *vindicatio in servitute* proposta da più contitolari, nel caso prospettato da Gaio, essa trova applicazione in un'ipotesi originariamente connotata come patologica per l'assenza di uno dei contitolari. Con la successiva partecipazione dell'assente in un momento antecedente la *litis contestatio*¹¹⁹ e con la rimessione dinanzi ad un identico giudice, anche la situazione processuale di D. 40.12.9.1 viene ricondotta in uno schema che consente di evitare il conflitto di giudicati – sebbene pratico, perché emergente soltanto in sede esecutiva –, obiettivo ultimo, come si è visto, dell'attività della giurisprudenza. Si tratta, peraltro, della medesima indicazione che viene offerta da Giuliano quale rimedio definito *commodissimum*.

Ulpiano precisa che la scelta della rimessione ad uno stesso giudice era stata decisa dal Senato: si tratterebbe, dunque, della recezione giurisprudenziale di una decisione senatoria, di cui, però, pare difficile proporre una corretta datazione¹²⁰. La circostanza che né Giuliano né

¹¹⁸ Scrive P. CAPONE, '... *ad eundem iudicem mittendi erunt*: il rimedio all'eventualità di giudicati contrastanti nei processi di libertà del servo comune, in Φιλία. Scritti per G. Franciosi, a cura di F.M. D'Ippolito, I, Napoli, 2007, 484, che «fu, probabilmente, proprio la consapevolezza della difficoltà di risolvere la patologia del contrasto di giudicati nella particolare situazione che vedeva in gioco una strana situazione di mezza libertà/schiavitù a suggerire l'idea di ricorrere ad un espediente in grado di prevenirla sotto il profilo della tecnica processuale ... Il sostrato del *timor ne varie iudicetur* va, dunque, cercato nella riflessione avviata già in ambiente sabiniano e della quale Ulpiano venne sintetizzando, in un efficace sforzo razionalizzante, i termini essenziali».

¹¹⁹ Come sottolineato in letteratura, l'affermarsi del processo formulare al posto di quello *per legis actiones* ebbe importanti conseguenze in materia di giudicato, collegate, da un lato all'effetto preclusivo della *litis contestatio*, dall'altra al suo parziale estendersi al diritto sostanziale, attraverso la consumazione dell'azione e della relativa obbligazione: «nel processo formulare ... l'efficacia preclusiva, prima diffusa in tutto l'*agere* si concentra nella *litis contestatio*» (così G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 732). Cfr. l'analisi di S. SCHLOSSMANN, 'Litis contestatio'. Studien zum römischen Zivilprozess, Leipzig, 1905, 149 ss.

¹²⁰ Il provvedimento senatorio *de quo* non compare nell'elencazione di E. VOLTERRA, voce 'Senatus consulta', in *Novis. dig. it.*, XVI, 1969, 1047 ss.

Gaio menzionino il *senatusconsultum*, pur applicandone nella sostanza le direttive, non pare a chi scrive sufficiente a collocarne l'emanazione in età postantoniniana¹²¹. Si potrebbe pensare che i giuristi di età anteriore non abbiano ritenuta necessaria la citazione, mentre Ulpiano abbia ritenuto di accennare al contenuto del provvedimento, dal quale deriva, presumibilmente, anche l'esclusione dell'applicazione del rimedio qualora non si tratti di una *vindicatio in servitutem pro parte*, ma di una domanda circa la proprietà *in solidum* del medesimo schiavo: la *ratio* dell'esclusione sta nella considerazione che, quando due soggetti rivendicano ciascuno per intero una *res*, essa o viene giudicata dell'uno, o dell'altro, o di nessuno dei due, ma non si verifica in nessun caso un conflitto di giudicati. Certamente non si potrebbe escludere che un *senatusconsultum* di età severiana si sia limitato a sancire normativamente un orientamento già abbracciato dalla giurisprudenza precedente. La provenienza severiana del provvedimento parrebbe accolta dalla dottrina che vi ha riconosciuto la natura giudiziaria, ipotizzando che «il Senato fosse stato investito della questione in sede giudiziaria d'appello, probabilmente su ricorso di qualcuno dei comproprietari rimasto soccombente nella *causa liberalis*»¹²².

Il paragrafo 2 ribadisce la suesposta impostazione, applicandosi all'ormai consueta fattispecie della *vindicatio in libertatem* proposta da usufruttuario e proprietario – alla luce della quale l'affermazione di D. 40.12.8 pr. appare di portata generale – e alla nuova ipotesi in cui sullo schiavo gravi anche un vincolo di garanzia reale, sicché ad agire siano

¹²¹ In forza dell'analogia tra il caso e la soluzione proposta sia nel brano gaiano che in quello ulpiano, P. CAPONE, '... *ad eundem iudicem mittendi erunt*', cit., 489 conclude che «le considerazioni sin qui svolte verrebbero, così, da un lato a rafforzare l'idea della conoscenza del senatoconsulto in materia di *causa liberalis* da parte di Gaio, dall'altro a rendere incerto un *dies post quem* non potendosi del tutto escludere – data la rilevata differenza fra le fattispecie trattate – che quel provvedimento fosse esistito già ai tempi di Giuliano». A parere di F. DE MARINI AVONZO, *La funzione*, cit., 51, «la natura giudiziale della decisione data su un caso concreto e particolare, spiegherebbe il contrasto tra questo e gli altri passi citati meglio del sospetto d'interpolazione: se infatti il rinvio ad un unico giudice fosse una norma d'invenzione giustiniana, non si capisce perché non sia stata introdotta anche negli altri frammenti».

¹²² Così F. ARCARIA, 'Senatus censuit'. *Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età imperiale*, Milano, 1992, 212 s. (consentaneo alla ricostruzione di F. DE MARINI AVONZO, *La funzione*, cit., 51), precisando che in seguito Ulpiano avrebbe provveduto a massimare la sentenza del Senato, individuando il principio di diritto generale. L'osservazione spiegherebbe anche «l'estrema stringatezza e laconicità del disposto dei *patres*».

proprietario e creditore pignoratizio, con la precisazione offerta da Ulpiano che potrebbe, altresì, trattarsi di un pegno costituito da un terzo soggetto, diverso rispetto al proprietario, non essendo questo un dato fattuale decisivo (*parvi refert*). Anche in queste ipotesi, il rimedio è preventivo e si realizza con la proposizione della causa dinanzi ad un medesimo giudice (*idem iudex erit*).

Sulla natura della rimessione ad un giudice unico, la dottrina si è domandata se si tratti di un'ipotesi modernamente configurabile alla stregua di un litisconsorzio. Il problema investirebbe, oltre al passo ulpiano, anche D. 40.12.9, laddove Gaio pare prospettare come «per lo meno opportuno un litisconsorzio tra i più contitolari»¹²³. In verità, come in letteratura è stato nitidamente osservato, se si accetta di parlare, per le ipotesi *de quibus*, di litisconsorzio necessario, occorre precisarne la natura, dal momento che esso non sarebbe determinato dalla necessità di natura processuale e sostanziale insieme, di integrazione del contraddittorio, bensì esclusivamente dal «l'opportunità di eliminare gl'inconvenienti pratici conseguenti a decisioni difformi della questione pregiudiziale di *status*»¹²⁴.

Si ritiene utile, infine, confrontare, sebbene solo in via incidentale, quanto sino ad ora letto con un brano papiniano, escerpito dal titolo D. 44.2 *De exceptione rei iudicatae*:

Pap. 11 *resp.* D. 44.2.29 pr.: *Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non litigavit, ob stare non potest, nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi*

¹²³ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 438 s. e nt. 1, che pure interpreta D. 40.12.8 come ipotesi volta a prevenire un conflitto logico tra giudicati, coi relativi inconvenienti.

¹²⁴ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 439 s., nt. 1, aggiungendo, a proposito di Cels. 27 *dig.* D. 21.2.62.1 come «non è che il contraddittorio non possa costituirsi senza la partecipazione di tutti i coobbligati, e che il rapporto processuale svoltesi senza il contraddittorio di alcuno di essi non sia idoneo a condurre a una valida sentenza di merito». A parere di V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* a E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano)*, in *AG*, LXXIX, 1907 e in *BIDR*, XXI, 1909, 246, conclude affermando che in tema di cause di libertà «il rapporto è dedotto interamente in giudizio dal singolo condomino; ma ciò non toglie che il litisconsorzio sia ammesso, e che i più possano far valere simultaneamente la pretesa, e che, anche comparendo posteriormente alla *litis contestatio* ma prima della sentenza, il secondo condomino possa esser rinviato a giudizio accanto al primo: non è detto se come attore principale o come interveniente, né con quali mezzi procedurali, ma non pare che, in tema di azioni di accertamento, la questione sorga, o almeno che possa avere grande importanza».

*manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi praestari non potest: nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur*¹²⁵.

La fattispecie riguarda un servo, al quale era stata lasciata la libertà mediante fedecommissio; egli agisce nei confronti di uno dei coeredi onerati ed ottiene una pronuncia a sé favorevole. In un momento successivo, ma prima che il soccombente avesse compiuto la manomissione¹²⁶, l'altro coerede onerato aveva intentato una *vindicatio in servitutem*, per bloccare la quale – dice Papiniano nell'esordio del passo – non poteva essergli opposta una *exceptio rei iudicatae*.

La seconda sentenza è *pro servitute*, cosicché ci si trova ancora dinanzi a due sentenze contrastanti. Papiniano decide che la sentenza favorevole alla libertà deve essere conservata, sebbene essa non possa essere eseguita solo per la parte del coerede soccombente. Inoltre, il giurista crea un'analogia con il caso di due sentenze diverse emanate a seguito di una *querela inofficiosi testamenti* promossa da un solo coerede o da ciascuno separatamente: il servo manomesso nel testamento dichiarato inofficioso nei confronti di un solo coerede non può, infatti, essere considerato per metà libero e per metà schiavo. La chiusa del frammento, da *ita a consulatur* è stata ritenuta interpolata: essa contiene il riferimento ad un'indennità, stabilita discrezionalmente dal giudice, a favore del coerede vincitore, nonché futuro manomissore¹²⁷.

¹²⁵ Sul brano, si vedano le considerazioni di E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 253; 275 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 418 ss.; P. STARACE, *Un confronto testuale*, cit., 73 ss., alla quale si rimanda anche per le annotazioni bibliografiche, osserva che «l'inopponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* all'attore della *vindicatio in servitutem* denota l'irrilevanza nei suoi riguardi degli effetti della sentenza emanata in sua assenza in sede di *cognitio fideicommissaria* e la possibilità di far valere la sua pretesa indipendentemente da ogni altra pronunzia».

¹²⁶ Osserva F. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova, 2008, 174 s., che si trattava «di un problema di esecuzione della *pronuntiatio de libertate praestanda*, non essendo intervenuta la conseguente manomissione da parte del primo coerede. Se l'effetto della mancata affrancazione da parte del coerede soccombente nel giudizio relativo alla manomissione fedecommissaria era che lo schiavo permanesse nel suo stato, ciò presuppone che la sola pronuncia del pretore non fosse idonea a renderlo libero».

¹²⁷ La fattispecie ulpiana non sarebbe assimilabile a quella di D. 40.12.8 e ciò potrebbe giustificare l'assenza nel testo di qualunque riferimento ad un rinvio dinanzi ad

A parere di chi scrive, vale la pena sottolineare la scelta papiniana di salvare la pronuncia *pro libertate*, poiché, come è stato detto, «riceve maggior valore il ricorso di Papiniano al *favor libertatis* da intendersi proprio come criterio che, data un'alternativa fra soluzioni di pari validità, orienta la scelta verso quella più vantaggiosa per lo schiavo».

8. *Su alcune ipotesi di pregiudizialità dell'accertamento sullo 'status'.*

Merita di essere discusso, come terzo passaggio dello studio sul rapporto tra *causae liberales* e giudicato, un successivo gruppo di passi, in cui il giudizio sullo *status libertatis* appare pregiudiziale ad un altro giudizio. Ricorre questa situazione laddove un diritto si configuri quale componente costitutiva di un diritto diverso; in altre parole, rivelerebbe l'interesse che una sentenza emessa tra due parti promuove nei terzi, i quali si configurano quali soggetti di un rapporto che non è incompatibile, da un punto di vista pratico, con quello che viene accertato tra le parti, «in quanto abbia, ciò non di meno, una importanza pregiudiziale per loro»¹²⁸.

Non si intende affrontare *ex professo* in questa sede la complicata questione dei *praeiudicia* in generale e, più nello specifico, del *praeiudicium an liber sit*, bensì prendere in esame, in via esemplificativa e non esaustiva, concentrandosi su casi pratici versati dai compilatori nel titolo D. 40.12, fattispecie in cui spicca l'interesse che l'altrui sentenza provoca nei terzi che siano soggetti di un rapporto non incom-

un medesimo giudice; sotto questo profilo, è stato osservato da P. Capone, '... *ad eundem iudicem mittendi erunt*', cit., 488, che «considerata la diversità dell'organo giudicante competente per materia nelle due diverse cause, vale a dire il *praetor fideicommissarius* da un lato e i *recuperatores* per l'altro, il rinvio presso lo stesso giudice non sarebbe stato per ciò solo possibile; l'assenza di previsione della *missio ad eundem iudicem* potrebbe, così, non essere imputabile alla sua ignoranza del senatoconsulto, bensì alla diversità della fattispecie trattata».

¹²⁸ E. BETTI, *D. 42.1.63*, cit., 43 s., che parla non di un interesse giuridico in senso stretto, mancando una partecipazione palese e formale, bensì di una partecipazione «nascosta, negativa, passiva». Cfr. M. MARRONE, *Sulla funzione delle 'formulae praeiudiciales'*, cit., 121 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 246 ss. Si è scritto che il problema dell'efficacia pregiudiziale della sentenza formulare rispetto alla decisione di un altro processo si pone soltanto per quei casi in cui non operi l'efficacia preclusiva, come considera ed esemplifica M. MOLÈ, voce *Sentenza (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, 1092 ss.

patibile praticamente con quello accertato dalle parti, in quanto esso abbia un'importanza pregiudiziale per loro¹²⁹.

In particolare, eloquenti paiono D. 40.12.23.2 e D. 40.12.24.4, escerpiti dal commentario *ad edictum* di Paolo, e l'ulpiano D. 40.12.7.4.

Paul. 50 *ad ed.* D. 40.12.23.2: *Si mater et filius de libertate litigant, aut coniungenda sunt utrorumque iudicia aut differenda est causa filii, donec de matre constet, sicut divus quoque hadrianus decrevit. nam cum apud alium iudicem mater litigabat, apud alium autem filius, augustus dixit ante de matre constare oportere, sic dein de filio cognosci.*

Si afferma che se madre e figlio sono parti di una *causa liberalis*, o i giudizi di entrambi devono essere uniti, o si deve differire la causa del figlio sino a che non sia accertato lo stato della madre, come anche l'imperatore Adriano decretò. Infatti, trovandosi la madre in lite dinanzi ad un giudice, ed il figlio in lite dinanzi ad un altro giudice, l'imperatore Augusto decise che si dovesse prima accertare lo stato della madre, cosicché poi la causa di accertamento (*cognosci*) potesse coinvolgere il figlio.

Paolo non precisa se i due distinti giudizi promossi da una madre e dal figlio fossero nella forma della *vindicatio in libertatem* o della *vindicatio in servitutum* e probabilmente l'individuazione di quale delle due procedure – invero dalla struttura parrebbe si tratti della *cognitio extra ordinem* – fosse coinvolta non risulta un dato significativo.

È invece rilevante che madre e figlio abbiano avviato due distinti procedimenti, potenzialmente produttori di sentenze contrastanti, alla stessa stregua di quanto si è visto accadere in caso di contitolarità di

¹²⁹ La Corte di cassazione in varie pronunce si è espressa sulla questione pregiudiziale in senso tecnico, definendola ancora recentemente come «una situazione che pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda»; occorre aggiungere che si tratta di una decisione inidonea a passare in giudicato. Il concetto è stato formulato in contrapposizione a quello di questione pregiudiziale in senso logico, la cui efficacia del giudicato «copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima» (così Cass. civ. 11 maggio 2012, n. 7405, in *Banca Dati De-Jure*, anche per la giurisprudenza precedente ivi citata).

diritti reali su un medesimo presunto *servus*. È noto, infatti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che gli *status* di madre e figlio si presumono coincidenti, salve le ipotesi di sopravvenuta schiavitù che richiederebbero, in una *causa liberalis*, un'apposita allegazione probatoria¹³⁰. Se invece non vi siano tracce di un sopravvenuto mutamento di stato e si pervenisse a due giudizi discordanti, si verificherebbe un contrasto logico, che, pur senza portare alle difficoltà esecutive di cui D. 40.12.30 e D. 40.12.9.2 sono testimonianza, risulterebbe in ogni caso inaccettabile.

Due sono, nel pensiero paolino, le strade percorribili. La prima consiste nell'unione dei due procedimenti (*coniungenda sunt ... iudicia*): parrebbe trattarsi di un rimedio processuale di natura simile alla *missio ad eundem iudicem*, seppur l'espressione scelta per descrivere il rimedio sia meno specifica rispetto a quelle scelte da Giuliano (*eo usque cogi iudices, donec consentiant*), Gaio (*ad eundem iudicem mittetur*) ed Ulpiano (*ad eundem iudicem mittendi erunt*). Sembrerebbe non rilevare, infatti, la coincidenza del giudice, quanto piuttosto l'unitarietà della trattazione della causa, nel senso che un elemento decisivo nell'accertamento dello stato della madre determinerebbe anche la pronuncia relativa allo stato del figlio, e viceversa. Si può pensare che la valutazione comparativa del materiale probatorio, insieme all'applicazione della presunzione relativa ai reciproci *status*, possa concorrere all'emanazione di una pronuncia coerente, con evidenti vantaggi anche in termini di economia processuale¹³¹.

La seconda opzione di Paolo coincide con il differimento della causa del figlio; se non è possibile la riunione dei procedimenti, ad esempio perché giunti a fasi processuali talmente distanti da rendere problematica l'unicità della trattazione, si procederà al differimento

¹³⁰ Si potrebbe dire che opera una specie di presunzione *iuris tantum*, basata, come detto, sull'*id quod plerumque accidit*; specificamente sulle presunzioni in diritto romano, v. G. DONATUTI, *Le 'praesumptiones iuris' in diritto romano*, Perugia, 1930, 10 ss.; recentius, B. CORTESE, *Tipizzazioni e presunzioni nella casistica della giurisprudenza romana*, in *Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 916 ss.

¹³¹ Scrive in merito M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 334, che la sospensione del giudizio del figlio nell'attesa che si chiuda il giudizio sullo *status* della madre «giovava all'economia processuale, in quanto risparmiava una parte notevole del procedimento probatorio al secondo giudice, il quale – in tal modo – avrebbe potuto utilizzare, pur senza esserne vincolato, i risultati cui era pervenuto il primo».

della causa del figlio e dal momento che, con le limitazioni cui già sopra si è accennato, lo *status* del figlio discende da quello della madre, sarà l'accertamento di quest'ultimo a rilevare. In questa prospettiva si può dire che l'accertamento della madre è pregiudiziale a quello del figlio, nel senso che è esso stesso elemento probatorio imprescindibile da cui avviare qualunque accertamento sullo stato del figlio. Il differimento della causa, dunque, rappresenta lo strumento processuale specifico per valorizzare il vincolo di pregiudizialità, qualora non sia possibile la trattazione congiunta che rimane – ma nelle parole di Paolo tra i due rimedi non pare esservi priorità – la via privilegiata, in quanto evita la duplicazione dei giudizi.

Il differimento della causa del figlio all'esito di quella vertente sullo stato della madre viene presentata come decisione – non necessariamente un *decretum*, nonostante il verbo utilizzato sia *decretare*, trattandosi, invece secondo la dottrina prevalente, di un *rescriptum*¹³² – di Adriano. La questione – prosegue Paolo compiendo un ulteriore richiamo storico – sarebbe stata già decisa da Augusto, il quale, in un caso in cui madre e figlio si erano trovati innanzi a giudici diversi, aveva sospeso l'indagine sullo stato del figlio fino a che non si fosse accertata la libertà o la schiavitù della madre.

Nel secondo brano che si è scelto di analizzare, Paolo propone due ipotesi di concorrenza tra *causa liberalis* e giudizio nossale:

Paul. 51 *ad ed.* D. 40.12.24.4: *Si is, qui in libertatem proclamat, furti aut damni iniuria ab aliquo arguatur, Mela ait interim eum cavere debere iudicio se sisti, ne melioris condicionis sit qui dubiae libertatis est, quam qui certae: sed sustinendum iudicium, ne praeiudicium libertati fiat. aequae si cum possessore hominis furti agi coeperit,*

¹³² Sul passo, recentemente (anche per la bibliografia ivi citata), M. RIZZI, *'Imperator cognoscens decrevit'. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, 61, a parere della quale «dai dati forniti dal testo sembra di poter evincere che fossero in corso due controversie davanti a giudici diversi, ma in nessun caso davanti al tribunale imperiale, sicché pare plausibile ritenere che fossero stati i giudicanti o i litiganti a rivolgersi all'imperatore per risolvere questo aspetto della questione»; cfr. anche A. BÜRGE, *Zwischen Eigenmacht und Recht: Zur Praxis der 'lex Iulia de vi (privata)' von Seneca bis Mark Aurel*, in *Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 78 s. e nt. 57, che a proposito della locuzione *decretum divi Marci* scrive: «das entspricht einer gängigen Diktion, die unter anderem *decernere* auch für den Erlass eines Urteils oder eines Reskripts verwendet».

deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem proclamaverit, sustinendum iudicium, ut, si liber iudicatus sit, in ipsum transferatur iudicium: et, si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam.

Si legge che, se colui che sostiene la libertà viene accusato di furto o di danneggiamento da qualcuno, Mela dice che nel frattempo deve fornire una cauzione di stare in giudizio, affinché la condizione di colui la cui libertà è in dubbio non sia migliore di quella di colui la cui libertà sia certa. Occorre, tuttavia, differire il giudizio affinché la libertà non subisca un pregiudizio.

Conviene soffermarsi sul primo parere, per poi concentrarsi sull'ipotesi successiva. Mentre è in corso una *causa liberalis* – occorre immaginare che si trattasse di una *vindicatio in libertatem* –, il presunto *servus* viene accusato del compimento di un delitto, specificamente di furto o di illecito aquiliano; il problema sorge, evidentemente, per il noto carattere nossale dei giudizi penali, sicché se a commettere il delitto è stato uno schiavo, essendo l'obbligazione sorta sin dal primo momento in capo al *dominus*, quest'ultimo può liberarsene alternativamente consegnando lo schiavo ovvero pagando la *poena*¹³³.

Paolo riporta in maniera adesiva la posizione di Fabio Mela, secondo cui, nelle more del giudizio nossale che viene sospeso, il presunto schiavo deve fornire una *cautio* di presentarsi in giudizio una volta conclusosi *pro libertate* l'accertamento sullo *status*. Lo scopo della *cautio* sarebbe di evitare che un individuo sul cui *status* vi è contesa – e che sino a quel momento è vissuto come schiavo – si trovi in una posizione di ingiusto privilegio rispetto ad un uomo libero, che sicuramente subirebbe la *vocatio in ius* nel caso commetta un illecito privato. La necessità della *cautio*, invero, non sussiste se l'individuo viene dichiarato schiavo, perché, trattandosi come finora ricostruito, di una *vindicatio in libertatem*, la vittima dell'illecito avrà già agito, con un'*actio furti* o

¹³³ Sul punto si può rammentare la conclusione cui giunge M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 338, sintetizzando la *ratio* che ha guidato i giuristi nelle fattispecie in esame: «si preferì che la *causa liberalis* venisse decisa prima della lite patrimoniale: in tal modo, il giudice di questa avrebbe potuto servirsi dell'esito di quella, per orientarsi intorno alla capacità e alla legittimazione processuale delle parti; inoltre, si sarebbe evitato che la decisione della lite patrimoniale, nella quale il giudice avrebbe potuto anche accertarsi della capacità processuale delle parti, pregiudicasse l'esito della lite di libertà».

con un'*actio legis Aquiliae*, nei confronti del presunto *dominus*¹³⁴. La parte da *sed sustinendum iudicium a libertati fiat* pare coincidere con un'aggiunta paolina, a tenore della quale occorre differire il giudizio penale, affinché la libertà non subisca un pregiudizio. Si tratterebbe di un mero pregiudizio di fatto¹³⁵.

Venendo alla seconda parte del brano, la fattispecie si distingue dalla precedente perché il giudizio penale è stato instaurato prima della causa di libertà: ugualmente, se è intentata un'*actio furti* nei confronti del possessore dello schiavo ed in seguito colui nel cui nome si agiva avrà reclamato la libertà, occorre sospendere il giudizio nossale. Infatti, se l'individuo verrà giudicato libero, il giudizio – ossia l'*actio furti* – verrà trasferito nei suoi confronti. Lo strumento che entra in gioco per attuare siffatti trasferimenti, è la *translatio iudicii*¹³⁶.

Se verrà condannato, verrà piuttosto data l'azione di cosa giudicata contro di lui¹³⁷.

¹³⁴ F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*, cit., 165 così ricostruisce la prima fattispecie: «il presunto servo è convenuto con un'*actio furti* o *iniuriarum*. Mela sosteneva doversi sospendere il *iudicium noxale*, fino alla risoluzione della controversia di stato: altrimenti la decisione del giudice sul *delictum* (sia di condanna che assolutoria), implicando una preventiva decisione sulla capacità del convenuto, avrebbe potuto influire sulla questione di stato».

¹³⁵ M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 343 s.; la parte è stata sospettata d'interpolazione, ad esempio da B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in *AUPA*, X, 1925, 242, che ha concentrato le proprie critiche sulle parole da *iudicati* a *dandam* («la possibilità qui ammessa che l'*actio iudicati* si eserciti contro lo stesso colpevole può far pensare che nell'*actio noxalis* si deduca appunto la *obligatio ex delicto*. Ma è proprio tale possibilità che probabilmente non è classica»); anche M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 344 e nt. 665 ha messo in luce le criticità di una *damnatio* in caso di sospensione del processo, sebbene alla critica F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, I. *La 'translatio iudicii'*, Napoli, 1956, 128 e nt. 21 risponda che «in verità, è doveroso sottintendere nel discorso del giurista che alla sospensione non si dia luogo».

¹³⁶ F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, cit., in particolare 121 ss.; G. BROGGINI, *A propos de 'mutatio iudicis' et de 'translatio iudicii'*, in *TR*, XXVII, 1959, 313 ss., ora in *'Coniectanea'*. *Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 227 ss.; più specificamente dedicato allo strumento della *mutatio iudicis*, la cui procedura sin dalla dottrina più risalente è stata accostata – e talora secondo alcuni autori erroneamente – sovrapposta a quella della *translatio iudicii*, è il contributo di R. SCEVOLA, *Riflessioni in tema di 'mutatio iudicis'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2012, 1065 ss.

¹³⁷ Ancora F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*, cit., 165 parla di un'*actio furti noxalis* intentata contro il possessore del presunto schiavo, che per analogia veniva sospesa nell'attesa dell'accertamento dello *status libertatis*. Pare non doversi dubitare che il riferimento paolino sia all'*actio iudicati* come è stato dimostrato superando i dubbi legati

Dunque, anche in questo secondo caso lo strumento processuale da adottare risulta la sospensione del giudizio nossale e l'esperimento in via principale del giudizio di stato, ancora per l'ovvia considerazione che lo *status servitutis* rappresenta il presupposto specifico nei giudizi nossali: come è stato scritto, tra accertamento di stato e giudizio penale sussiste un rapporto pregiudiziale che si risolve in un nesso di dipendenza unilaterale¹³⁸. A questo disciplina processuale concorrono ulteriori due mezzi, l'*actio iudicati* e la *translatio iudicii*, entrambi – come è stato osservato – idonei a fornire tutela allorché si verifichi un evento quale la dichiarazione di libertà dell'autore del delitto, che indubbiamente ha per conseguenza la liberazione da ogni responsabilità di chi sia stato convenuto con l'*actio noxalis*¹³⁹.

Come nei passi precedentemente analizzati, anche per le due ipotesi speculari versate in D. 40.12.23.2 e D. 40.12.24.4, la scelta di sospendere il giudizio nossale è il rimedio diretto al coordinamento dei due processi, al fine ancora di evitare due giudicati incompatibili, la cui reciproca antinomia si concretizzerebbe, ad esempio, in una condanna del presunto *dominus* dello schiavo, a fronte di un accertamento *pro libertate*.

al contenuto di D. 40.12.12.6: *Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore, quo bona fide mihi serviebat, veluti si ego bona fide dominus noxali iudicio conventus et condemnatus litis aestimationem pro eo optuli: in id mihi condemnabitur*. C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., 207 s., criticando la posizione di B. BIONDI, *Actiones noxales*, cit., 242 («che rispetto al *iudicatum* si ammettesse la stessa *translatio* non risulta; i classici invece riconoscevano che il *dominus* condannato potesse rivalersi contro il colpevole, come attesta Ulpiano nel fr. 12 6 D. 40,12») e mettendo in luce la differenza tra i due passi, di cui solo in uno – D. 40.12.12.6 – il *dominus* avrebbe già pagato la *litis contestatio*, sicché parrebbe «perfettamente corretto il principio contenuto in D. 40.12.24.4, relativamente alla concessione dell'*actio iudicati* contro il colpevole divenuto un uomo libero anziché ammettere la legittimazione passiva dell'antico *dominus*».

¹³⁸ E. BETTI, voce *Reiudicata*, cit., 218 definisce «nesso di dipendenza unilaterale ... quello per cui un rapporto (quello già litigioso) costituisce il presupposto necessario, ma non sufficiente di un altro rapporto (quello del terzo)». Tale sarebbe, ad esempio, il legame intercorrente tra lo *status personae* ed i rapporti ad esso connessi, nonché il nesso che la struttura negoziale del testamento stabilisce tra la posizione di erede ed il rapporto di legato, oppure quello che la causa di garanzia crea tra un'*obligatio naturalis*, le forme di responsabilità adietizia e l'obbligazione civile del garante.

¹³⁹ Secondo F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare*, cit., 128, D. 40.12.24.4 dimostrerebbe con estrema chiarezza «che anche in tema di azioni nossali c'è perfetta corrispondenza fra legittimazione all'*actio iudicati* e legittimazione alla *translatio iudicii* e che entrambe poggiano sullo stesso fondamento».

In entrambi i casi, invero, non si può parlare di un vero e proprio pregiudizio vincolante, sebbene proprio nell'esemplificazione offerta da Paolo in materia di nossalità la correlazione tra gli esiti processuali è indubbia, così come la dipendenza logica tra i due giudizi¹⁴⁰.

Non può sfuggire, peraltro, nella chiusa del paragrafo, l'espressione *si liber iudicatus sit*, che pare anticipazione terminologica e funzionale del vero e proprio *praeiudicium an liber sit* di età giustiniana¹⁴¹.

In altre parole, seppur non enunciato in termini precisi, si stabilisce un dovere dell'organo che governa la procedura di attenersi al giudizio connesso: la doverosità – e non già la mera opportunità che pareva connotare le indicazioni fornite nei testi giuliane e gaiani, rispettivamente in D. 40.12.30 e D. 40.12.9 – è evidente nella scelta della perifrastica passiva *sustinendum iudicium*. L'intervento del pretore o del giudice della *cognitio* sarà pertanto rivolto al coordinamento di procedimenti collegati per motivi di connessione, sicché vengono indicati mezzi diretti a paralizzare l'esercizio di una delle due azioni, così da costringere l'attore ad intentare quella che comunemente viene indicata come azione principale.

Come è stato precisato, nei giudizi nossali si fa prima la *causa liberalis* per «impedire ogni ulteriore discussione sull'inesistenza, accertata con giudicato, di quello *status* di schiavo che costituisce il presupposto specifico, caratteristico, dell'azione nossale»: in altri termini, quello che si è definito “nesso di dipendenza unilaterale”, che lega il rapporto

¹⁴⁰ Accosta il brano in esame all'ipotesi che ricorre nei capp. 84 ss. della *lex Irnitana*, F. LAMBERTI, *'Tabulae Irnitanae'*, cit., 163 ss.; in particolare, il caso dell'*actio iniuriarum cum homine libero liberave* e il riferimento al *praeiudicium de libertate* (*eave de re nullum praeiudicium futurum sit*) si collegherebbe all'eventualità in cui il convenuto nell'azione *ex delicto* fosse anche sottoposto ad una *causa liberalis*. Efficacemente l'Autrice interpreta le fonti osservando che «in questo caso, come risulta dalle fonti, potendo il giudizio dell'azione delittuale influenzare l'accertamento di stato, occorre sospendere detta azione, e attendere la sentenza sulla controversia di stato: troppo facile altrimenti, per un condannato in un'*actio furti* o *iniuriarum*, una volta dichiarato il suo stato di *servus*, sottrarsi alla condanna. E non sarebbe nemmeno stato possibile rivalersi contro il *dominus*, in quanto già intervenuta una *condemnatio* sulla fattispecie».

¹⁴¹ Pare si possa accogliere, sotto questa prospettiva, l'ipotesi formulata da M. MARONE, *L'efficacia*, cit., 367 e 395, laddove l'Autore conclude nel senso che in diritto classico, i *praeiudicia* sarebbero sempre di natura incidentale, sicché le relative questioni potevano essere sollevate esclusivamente nel corso di un processo, sospeso sino all'esito del *praeiudicium* medesimo e «la sentenza pregiudiziale vincolava il giudice del processo principale, non anche i giudici di ulteriori processi, in cui fosse stata riproposta in discussione la questione, che aveva formato oggetto del *praeiudicium*».

di un terzo al rapporto già litigioso, è tale che l'accertamento di inesistenza del secondo esclude l'esistenza del primo, sopprimendone uno dei presupposti¹⁴².

Invero, la dottrina ha pure sottolineato come dal brano non emerga un vero e proprio problema di efficacia pregiudiziale, bensì di effetti riflessi della sentenza: nel caso di specie, la *ratio legis* «consisteva nel timore, che la decisione del giudice circa il delitto, in quanto implicava la preventiva indagine sulla capacità del convenuto, esercitasse di fatto influenza sulla convinzione del giudice della causa liberale»¹⁴³.

Un ultimo testo cui volgere un rapido sguardo descrive una fattispecie esattamente opposta alle precedenti, ossia quella in cui un altro giudizio – nello specifico un giudizio criminale – sia pregiudiziale a quello di libertà:

Ulp. 54 *ad ed.* D. 40.12.7.4: *Sunt et aliae causae ex quibus in libertatem proclamatio denegatur, veluti si quis ex eo testamento liber esse dicatur, quod testamentum aperiri praetor vetat, quia testator a familia necatus esse dicatur: cum enim in eo sit iste, ut supplicio forte sit adficiendus, non debet liberale iudicium ei concedi. sed et si data fuerit, quia dubitatur, utrum nocens sit an innocens, differtur liberale iudicium, donec constet de morte eius, qui necatus est: apparebit enim, utrum supplicio adficiendus sit an non.*

Ulpiano, all'interno di un frammento in cui analizza ipotesi di *denegatio libertatis* (espressione ellittica con cui, a parere di chi scrive, si potrebbe volere indicare la legittimazione attiva a domandare giudizialmente l'accertamento dello stato di libero)¹⁴⁴, afferma che vi sono

¹⁴² E. BETTI, *D.* 42.1.63, cit., 44 ss.

¹⁴³ Si tratta della posizione di M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 342, ribadendo che il testo non si occuperebbe dell'efficacia pregiudiziale della sentenza di accertamento dello status sul giudizio relativo al delitto: «è pensabile un semplice pregiudizio di fatto, anche se in pratica difficilmente superabile». L'Autore aveva in precedenza (p. 338) osservato che i giuristi di età classica non avrebbero parlato di 'pregiudizio vincolante' e neppure di 'efficacia pregiudiziale di diritto': «essi, piuttosto, furono guidati nelle loro decisioni dall'osservazione del pregiudizio di fatto, che le sentenze formulari normalmente esercitavano».

¹⁴⁴ Invero, in senso contrario A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, colloca D. 40.12.7.4 tra i brani in materia di controversie di libertà che recano tracce di un utilizzo tecnico della *denegatio actionis*, precedente al processo di sostanzializzazione delle espressioni *denegare actionem* e simili e contemporaneo al diffondersi della *cognitio*

anche altre ragioni in base alle quali non viene concesso di reclamare la libertà. Viene proposto l'esempio di un soggetto che si affermi libero in forza di un testamento che il pretore vieta di aprire poiché si dice che il testatore sia stato ucciso dai suoi *servi*. In una simile evenienza non si deve accordare un'azione per accertare la libertà ad un soggetto che forse è meritevole di essere condannato alla pena capitale. Ed anche se l'azione fosse stata già data, nel dubbio sulla sua colpevolezza od innocenza, la causa di libertà viene differita, fino a che non si arrivi ad una certezza in merito alla morte del testatore ucciso: allora sarà infatti chiaro se lo schiavo liberato debba oppure no essere mandato al supplizio.

Si può concludere accogliendo la posizione che fu di Pugliese, il quale si riferisce all'autorità di cosa giudicata ora analizzata come ad un'ipotesi di giudicato formulare che si esplicava al di fuori dell'*exceptio rei iudicatae* e che si applicava a situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle cui il giudicato medesimo si riferiva. Come è stato detto, «il giudicato in sostanza veniva a costituire un dato, che nella valutazione, anche extragiudiziale, di quelle altre situazioni valeva come presupposto incontrovertibile, operando in modo simile alla moderna decisione di un punto pregiudiziale»¹⁴⁵.

extra ordinem. Dopo avere individuato la struttura di una procedura formulare («con tutte le sue caratteristiche, prima fra tutte la provvisorietà»), l'Autore così spiega il senso dell'espressione nel passo: «siamo ... proprio di fronte ad un caso in cui il giurista suggerisce di denegare la *proclamatio libertatis ad interim*, in attesa cioè che si risolva una certa situazione, cioè che si faccia luce sull'uccisione del testatore, avvenuta probabilmente ad opera dei suoi stessi schiavi: è opportuno dunque che il pretore, così come in via cautelare ha disposto che non venga aperto il testamento, provveda a bloccare i processi di libertà promossi a favore di schiavi indiziati». Consentaneo a questa posizione era R. REGGI, *'Liber homo bona fide serviens'*, Milano, 1958, 315 s., laddove si spiega che nell'ipotesi in esame si ha un'*adsertio* provvisoriamente negata.

¹⁴⁵ G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 743 s. ritiene che mancasse sia un concetto idoneo a descrivere in maniera sintetica la sopra descritta efficacia di giudicato, sia un mezzo tecnico in grado di garantire tale efficacia. «Se il giudicato forniva un dato, su cui fondarsi in un successivo processo riguardo a situazioni giuridiche dipendenti da quella decisa, esso in fondo fungeva da prova in tale processo; e appunto *praeiudicium* poteva avere il senso di prova»; ancora Id., *La 'cognitio' e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1966, 157 s. ritiene che i termini *praeiudicium* e *praeiudicare*, dopo avere inizialmente indicato l'influenza di fatto prodotta da un precedente giudizio, sarebbero poi passati a connotare anche l'influenza giuridica. Si sarebbe trattato dell'acquisto di un significato tecnico, già emergente nel processo formulare, che poi si sarebbe perfezionato nella *cognitio extra ordinem*, sicché «l'uno e l'altro sviluppo terminologico ... stanno ad indicare che si veniva formando

9. *Considerazioni conclusive.*

Alla fine dell'indagine condotta si può tentare di svolgere alcune brevi considerazioni conclusive, riservando anche un rapido sguardo alla giurisprudenza italiana degli ultimi anni.

Il dato che spicca dall'esame delle fonti è la natura specialissima e controversa della sentenza di libertà. La stessa regola, ispirata al *favor libertatis*, che consente di ripetere all'infinito la causa che si sia chiusa *pro servitute*, rappresenta una deroga importante alla normale efficacia del giudicato, sebbene, come è emerso dall'esegesi di D. 40.12.42, non appaia applicata in modo assoluto, soffrendo di importanti eccezioni. Se si pone attenzione, infatti, alle applicazioni giurisprudenziali del principio in forza del quale un accertamento di stato conclusosi *pro libertate* non potrebbe in alcun modo essere nuovamente sottoposto, ne emerge un quadro casistico diversificato, entro il quale la sentenza *pro libertate* è dotata di una definitività relativa, non già assoluta, ma parziale e superabile. Più precisamente, i suoi effetti sono superabili o preventivamente, con una serie di accorgimenti posti in essere dal giudice sotto forma di facoltà processuali o anche in un momento successivo all'emissione della sentenza, nel caso questa sia stata pronunciata in circostanze dolose, attraverso l'esperimento di una corrispondente *actio doli*; o, come nella fattispecie descritta dal giurista augusteo, nel caso di una sentenza sbagliata, con un rinnovato giudizio quando per sopravvenuti eventi sia mutato il titolo in base al quale si agisce.

Più complicato è il discorso laddove il problema si sposti dal profilo dell'efficacia intrinseca della sentenza di libertà a quello degli effetti che la sentenza medesima provoca nei riguardi dei terzi estranei al primo giudizio. Le fattispecie che si sono analizzate nel secondo momento dell'indagine ruotano principalmente attorno a tre brani (il giuliano D. 40.12.30, il gaiano D. 40.12.9 e l'ulpiano D. 40.12.8), corrispondenti a tre epoche diverse della giurisprudenza imperiale romana, le cui fattispecie sono accomunate dalla coesistenza di diritti reali (spesso in ipotesi di comproprietà) su di un preteso o presunto

ormai anche il concetto del valore complessivamente vincolante della sentenza e dell'influenza giuridica che essa poteva o meno spiegare su un successivo e distinto procedimento». Per un *excursus* storico dell'Autore sul principio che attribuisce forza di legge alla cosa giudicata, v. Id., *'Res iudicata pro veritate accipitur'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, 783 ss.

servo, e le cui soluzioni sono ispirate dall'ovvia considerazione che un medesimo soggetto non può essere contemporaneamente per metà libero e per metà schiavo, essendo lo *status personae* indivisibile.

Dalle esegesi condotte emerge l'esperibilità di una pluralità di rimedi, diversi in relazione, *in primis*, alla circostanza che vi sia stata una sentenza oppure no: in questo senso si potrà parlare, come già poc'anzi fatto, di provvedimenti in grado di prevenire la formazione patologica di un giudicato, ovvero di eliminarne gli effetti pregiudizievoli, ovvero ancora di determinare il migliore criterio per l'esecuzione della sentenza.

Va sottolineato come ricorra nei brani letti, quale elemento fattuale determinante, l'*absentia* processuale di una delle parti. Prescindendo dai problemi pratici collegati soprattutto all'onere probatorio, che subisce importanti sbilanciamenti se una delle parti coinvolte nella lite manca, si è tentato di spiegare il ricorrere costante di fattispecie modernamente qualificabili, *lato sensu*, come contumaciali per il tramite di alcune considerazioni sulla procedura applicata alle cause di libertà di epoca imperiale. In altre parole e come già considerato, dai brani letti – ma il riferimento è soprattutto a D. 40.12.9, sebbene osservazioni analoghe siano state espresse a proposito di un altro brano ulpiano, D. 40.12.27.1-2 – paiono potersi percepire le difficoltà dei giuristi del II e III secolo nell'esprimere in un linguaggio giuridico efficace le nuove regole della *cognitio extra ordinem*, utilizzando spesso a tale fine la tecnica del confronto con la disciplina del processo *per formulas*.

Ad ogni modo, sintetizzando l'articolata trama di soluzioni prescelte per le singole fattispecie, si può dire che la soluzione auspicata qualora si tema il verificarsi di un conflitto tra sentenze ed entrambe le parti siano presenti è la *missio ad eundem iudicem*, menzionata da Ulpiano in D. 40.12.8 come soluzione 'fisiologica', introdotta da un *senatusconsultum* di dubbia datazione ed ipotizzata da Gaio in D. 40.12.9 pr.-1, qualora l'assente intervenga prima della conclusione del giudizio ed indicata, altresì, anche in D. 40.12.30 come rimedio *commodissimum*, con un'affermazione che, invero, come si è tentato di illustrare, risente delle stratificazioni testuali subite dal passo. Ad ogni modo, all'interno del complessivo dibattito giurisprudenziale, la riunione delle cause avviate *separatim* dinanzi ad un medesimo organo giudicante appare il rimedio preventivo più conveniente.

Può verificarsi, però, che il giudizio sia esperito da uno solo dei due contitolari e che l'altro agisca in un secondo momento, sicché si

raggiungano esiti opposti. È quanto accade nella vicenda di D. 40.12.30, in cui il problema di come eseguire la sentenza è risolto – da Sabino, come riportato da Giuliano – consentendo a chi abbia vinto la *vindicatio in servitute* di condurre con sé il servo. A prevalere è, dunque, il diritto di proprietà: l'opinione si dice accolta da Cassio e da *ego*, pronomi su cui si sono concentrate le varie letture della dottrina, come *supra* si è tentato di dare adeguato conto. Invero, la chiusa del passo enuncia un principio opposto, di *favor libertatis*, sicché prevarrà la pronuncia di libertà e l'individuo dichiarato libero sarà tenuto al pagamento della metà del proprio prezzo al vincitore della *vindicatio in servitute*. Simile è una delle ipotesi di D. 40.12.9.2, in cui si ha una *vindicatio in servitute* conclusasi con la vittoria del presunto *dominus*, in assenza del comproprietario: si domanda se quest'ultimo possa avvantaggiarsi dell'esito vittorioso del primo. In caso affermativo, dice Gaio, il secondo proprietario potrebbe usare una *replicatio* contro l'*exceptio rei iudicatae* eventualmente oppostagli: in questo passaggio del ragionamento gaiano, è stata letta la prova dell'efficacia positiva del giudicato. Se invece si ritiene che non possa giovare della precedente sentenza *pro servitute* e dovesse perdere la lite, allora si avrebbe l'assurda situazione di un individuo per metà dichiarato servo e per metà dichiarato libero. Dal brano, di andamento piuttosto frammentario a causa delle numerose interrogative dirette, il giurista sembra propendere per la prevalenza della sentenza che sancisce la proprietà dello schiavo: la domanda è, infatti, a chi debba appartenere lo schiavo, ed una proposta – ma una *ex multis*, non l'unica come nel passo di Giuliano – è che debba spettare a chi avesse ottenuto la pronuncia *pro servitute*. Sembrerebbe emergere, pertanto, un principio di *favor servitutis*, che urta con le cautele a favore della libertà che già da epoca remota tutelano il presunto libero (ci si riferisce, oltre alla regola sulla riproponibilità della *causa liberalis*, anche alla regola delle *vindiciae secundum libertatem* e alla riduzione della *summa sacramenti*), oltre che porsi agli antipodi con il principio di favore per la libertà di introduzione giustiniana. A proposito, però, due osservazioni mi paiono importanti. La prima attiene alla terminologia adoperata dai giuristi; come già segnalato in sede di esegesi dei singoli brani, a dominare è l'idea di opportunità, o più precisamente di un vantaggio processuale di portata generale, garantito dall'osservanza di determinati comportamenti processuali. Non vengono indicati – almeno nei testi sotto-

posti ad esame – provvedimenti dovuti, necessari, ma semmai convenienti. In secondo luogo, si deve valutare che il presunto favore per la sentenza di schiavitù perde effettiva valenza se si tiene a mente la possibilità, sulla quale a lungo si è posto l'accento, di ripetere all'infinito un processo con un esito *pro servitute*. In una simile prospettiva, la libertà risulta protetta nei confronti dell'incontrovertibilità del giudicato sia come *status* che non può essere modificato dall'esito di un processo privato (e questo si era visto essere, nelle parole di Cicerone, il pericolo maggiormente avvertito), sia come *status* che non può venire arbitrariamente assegnato a chi non lo possiede. In altri termini, è meno pericoloso pronunciarsi *pro servitute* – perché tanto poi si potrà ripetere la lite –, piuttosto che rendere libero un uomo che non lo sia, e così ledere irrimediabilmente il diritto di proprietà.

Infine, a proposito del terzo profilo indagato, a fronte di un numero esiguo di fonti analizzate e di un problema – quello della configurabilità di un *praeiudicium an liber sit* di età classica – di ampia portata, si ritiene di potere formulare solamente prudenti considerazioni.

A parere di chi scrive, si è lontani sia dalla configurabilità di un pregiudizio di natura e struttura assimilabili a quelli di età giustiniana, sia dalla rilevabilità di un'efficacia positiva della sentenza di libertà in un differente processo. Nonostante ciò, appare incontrovertibile che i giuristi della tarda classicità – D. 40.12.7.4 e D. 40.12.24.4 sono infatti di Paolo, mentre è ulpiano D. 40.12.23.2 – abbiano percepito l'intrinseca pregiudizialità di un giudizio di stato rispetto ad un altro ad esso connesso, e alla luce di questa ne abbiano risolto le pratiche difficoltà, nuovamente in chiave preventiva, finalizzata ad un obiettivo di economia e di buona riuscita processuale. È noto, infatti, che particolare rilievo ha nella pratica il caso di una questione pregiudiziale rappresentata da un rapporto giuridico suscettibile di un autonomo accertamento, quale è senza dubbio l'accertamento dello *status*. In tale evenienza, il giudice è chiamato a decidere in via principale la causa dipendente e conosce della questione pregiudiziale *incidenter tantum*, ossia solamente ai fini della decisione sulla domanda principale. Il giudice è però tenuto a decidere la questione con efficacia di giudicato qualora le parti ne facciano richiesta ovvero se è la legge a richiederlo¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Si tratta di quanto previsto dall'art. 34 cod. proc. civ. (*Accertamenti incidentali*): *Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con ef-*

Tra le materie per le quali è richiesto un accertamento incidentale *ex lege* rientra l'accertamento dello *status personae*. Qualora la decisione del rapporto pregiudiziale sia stata affidata a due giudici diversi, e non sia possibile procedere alla riunione delle cause – che è l'opzione da preferirsi – si prevede che il processo dipendente venga sospeso, per conservare un effettivo coordinamento delle decisioni. Similmente, se la causa pregiudiziale è già stata definita con sentenza passata in giudicato, il giudice della causa dipendente si dovrà uniformare al giudicato già ottenuto dalle parti sul rapporto pregiudiziale. Recentemente la dottrina processualcivilistica ha tentato di individuare la vera giustificazione della necessità di un accertamento con efficacia di giudicato per la pregiudiziale di stato. È stato osservato che «la vera ragione che spiega la necessità dell'accertamento incidentale *ex lege* di tali questioni pregiudiziali è, piuttosto, da rinvenire nel carattere indivisibile delle qualità personali dell'individuo e dell'esigenza di certezza nell'individuazione della posizione che questi occupa nella società»¹⁴⁷. Si tratta, all'evidenza, della medesima *ratio* e di soluzioni simili a quelle adottate dalla giurisprudenza romana, che sotto questo profilo rivela, nelle dinamiche del *ius controversum*, la propria persistente attualità.

ficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.

¹⁴⁷ Così F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale 'ex lege'. Profili*, Milano, 2008, 86, la quale precisa che «nel caso delle pregiudiziali di stato è il riferimento ad interessi sopraindividuali e connessi a ragioni di ordine pubblico l'elemento in grado di legittimare e motivare la necessità di accertamento in via principale, in deroga alla regola generale che postula la mera decisione *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali».