

SEMINARIOS COMPLUTENSES
DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVI

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Publicación de la Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez»

Presidente de honor: Juan Iglesias (†)

Miembros de honor: Mario Bretone, Alberto Burdese (†), Juan de Churruca (†),
Jean Gaudemet (†), Antonio Guarino, Dieter Nörr, Bernardo Santalucia

Presidente: Javier Paricio

Vicepresidente: Jaime Roset (†)

Administradora: Mercedes López-Amor

Secretario: Juan Iglesias-Redondo

Comité científico

Hans Ankum (Amsterdam), Carlo Augusto Cannata (Genova), Francisco Cuenca (Cantabria), Wolfgang Ernst (Zürich), Alejandro Fernández Barreiro (La Coruña), Teresa Giménez Candela (Barcelona Aut.), Vincenzo Giuffrè (Napoli), Fernando Gómez-Carbajo (Alcalá), Michel Humbert (Paris II), Rolf Knütel (Bonn), Arrigo Diego Manfredini (Ferrara), Ulrich Manthe (Passau), Dario Mantovani (Pavia), Matteo Marrone (Palermo), Rosa Mentxaka (P. Vasco), J. Javier de los Mozos (Valladolid), J. Michael Rainer (Salzburg), Giuseppe Valditara (Torino), Carlo Venturini (Pisa), Andreas Wacke (Köln), Reinhard Zimmermann (Hamburg)

Comité asesor externo

Cosimo Cascione (Napoli), Amelia Castresana (Salamanca), Lucetta Desanti (Ferrara), Giovanni Finazzi (Roma TV), Julio García Camiñas (La Coruña), Luigi Garofalo (Padova), Patricia Giunti (Firenze), Amparo González (Madrid Aut.), Gustavo de las Heras (Castilla LM), Peter Gröschler (Mainz), Francesca Lamberti (Lecce), Carla Masi Doria (Napoli), Ingo Reichard (Bielefeld), M.^a Victoria Sansón (La Laguna), Gianni Santucci (Trento), Emanuele Stolfi (Siena), Carmen Velasco (Sevilla PO)

Comité de redacción y dirección

Christian Baldus (Heidelberg), Jean Pierre Coriat (Paris II), Wojciech Dajczak (Poznań), Giuseppe Falcone (Palermo), Juan Iglesias-Redondo (UCM), Tammo Wallinga (Rotterdam)

Javier Paricio (*director*)

jparicio@der.ucm.es

Esta publicación tiene carácter
anual. El volumen XXVI
es ordinario y se vende
al precio de 130 euros

Los pedidos deben realizarse a:
MARCIAL PONS
c/ San Sotero, 6 - 28037
Madrid (91 304 33 03)

<http://www.derecho-romano.org>

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVI

2013



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

ARTÍCULOS

FILIPPO GALLO: <i>La consuetudine grande sconosciuta</i>	15
GIUSEPPE VALDITARA: <i>Cittadinanza tra merito individuale e interesse pubblico</i>	43
ANDREAS WACKE: <i>La imagen del hombre en la perspectiva de los juristas romanos y modernos</i>	55
ESTUDIOS DE LEXICOGRAFÍA JURÍDICA BIZANTINA EN FUENTES DE ÉPOCA MACEDONIA (SIGLOS IX-X D. C.)	
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>El léxico jurídico griego desde Justiniano hasta hoy</i>	83
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>Problemas metodológicos en la confección de un diccionario jurídico bizantino a partir del Procheiron, la Eisagoge y las Novelas de León VI</i>	125
FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: <i>El léxico jurídico-administrativo: algunos ejemplos</i>	149
JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN: <i>El campo semántico de culpa en las fuentes jurídicas bizantinas: cuestiones de lexicografía jurídica</i>	191
THOMAS ERNST VAN BOCHOVE: <i>Terminus technicus. A note on the handling of technical terms in indices titulorum of the Basilica</i>	219
FERNANDO CASTEJÓN LUQUE: <i>El léxico para instrumentos y notarios en las fuentes jurídicas bizantinas de época macedonia</i>	233
MASSIMO MIGLIETTA: <i>Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina: la tutela pretoria da Dig. 9.2 a Bas. 60.3 - Profili lessicali</i>	273
ABREVIATURAS	327

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA	329
ÍNDICE DE FUENTES JURÍDICAS.....	343
VARIA	
JESÚS CASAS: <i>Intrajusticia</i>	355
LUIGI LABRUNA: <i>I Novantanove anni del Professor Guarino</i>	359
JAVIER PARICIO: <i>Sobre la esperanza como posibilidad</i>	361
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona</i>	369
LIBROS	
FILIPPO GALLO, <i>Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto</i>	387
Recensión de Francisco Cuenca Boy.	
MIRIAM INDRA: <i>Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht</i>	396
Recensión de Salvatore Sciortino.	
ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: <i>Cuando el hombre comienza a ser historia</i>	406
Recensión de María J. Roca.	
LUIGI MOCCIA: <i>La formación del Derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada</i>	410
Recensión de Juan Iglesias-Redondo.	
LUCIO PARENTI: « <i>In solidum obligari</i> ». <i>Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito</i>	419
Recensión de Javier Paricio.	
FEDERICO PROCCHI: « <i>Licet emptio non teneat</i> ». <i>Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. «culpa in contrabendo»</i>	427
Recensión de Rosa Mentxaka.	
JÖRG RÜPKE: <i>Aberglauben oder Individualität? Religiöse Abweichung im römischen Reich</i>	434
Recensión de Rosa Mentxaka.	

VINCENZO SCARANO USSANI: <i>Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d. C.</i>	444
Recensión de Alfonso Castro Sáenz.	
JOSEPH GEORG WOLF (edición, introducción y traducción): <i>Die «Lex Irnitana». Ein römisches Stadrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch</i>	468
Recensión de Javier Paricio.	

IN MEMORIAM

<i>Antonio Díaz Bautista (1943-2013)</i> , por CONSUELO CARRASCO GARCÍA	473
<i>Franca de Marini Avonzo (1927-2012)</i> , por MARIAGRAZIA BIANCHINI.....	497

ÚLTIMA PÁGINA

<i>Eduardo García de Enterría (27/4/1923-16/9/2013)</i> , por JAVIER PARICIO.....	505
---	-----

aquellas disposiciones, lo han hecho con razonamiento inexacto, disfrazándolas de sustitución vulgar y sin reconocer ni una sola vez su naturaleza fideicomisaria. Se nota en ello la férula de la *legum doctrina*. Asimismo ha empezado a a terciar la doctrina³⁵ y ahora cabría esperar la intervención de la ley. Pero, en rigor, no parece imprescindible.

FRANCISCO CUENA BOY
Cantabria

MIRIAM INDRA: *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge, Band 64), Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 314 páginas; ISBN: 9783428136032; € 62.

1. La monografía d'esordio di Miriam Indra (= A.) è dedicata alla trattazione delle varie e dibattute questioni che si agitano attorno al tema delle liti di libertà.

A dispetto del titolo, dal quale si desume l'adesione all'applicazione del concetto di «processo» al diritto romano, il lavoro va ben oltre la disciplina del diritto classico. Dopo una breve premessa (15-18) —dedicata alla opportuna distinzione tra processo di libertà da una parte e processi di ingenuità e libertinità dall'altra³⁶, nonché alla rilevazione delle difficoltà di fare emergere il diritto classico dalle fonti giuridiche, provenienti dal Di-

³⁵ Vid. R. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Lima, 2012, que constituye nuestra fuente de información, esp. el cap. 3 sobre el fideicomiso universal y la sustitución fideicomisaria en la codificación peruana, 173 ss.

³⁶ Proprio la distinzione tra processi di libertà e processi di ingenuità e di libertinità, ci pare che indebolisca la tesi di F. LAMBERTI, «Rec. di S. Sciortino, Studi sulle liti di libertà nel diritto romano», in *Quaderni Lupatensi di Storia e Diritto*, 2, 2012, 243 ss., secondo la quale il *praeiudicium an liber sit* in età del principato sarebbe stato poco diffuso a fronte della ampia e documentata diffusione dei *praeiudicia an libertus sit* e *an ingenuus sit*. Tuttavia, tali *praeiudicia* miravano ad un accertamento di tipo diverso da quello cui mirava il *praeiudicium an liber sit*. Infatti, presupponendo lo *status libertatis* dell'interessato, essi erano volti ad accertare lo stato di ingenuo o liberto di taluno e perciò erano disciplinati specificamente nell'editto (L. § 141 e §§ 177 tit. XXXI-180) e anche nel Digesto (D. 40.12 e D. 40.14) e nel Codice (C. 7.14 e C. 7.16). Sul punto vid. M. INDRA, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, 16, n. 17, 106 e 202, la quale riscontra anche una differenza di regime: nel processo di ingenuità intentato da un liberto (come nel caso del celebre «processo di Giusta») non occorre l'assistenza dell'*adsertor*. In proposito, vid. anche H. KRÜGER, «Der Ingenuitäts- und Libertinitätsprozess», in *Studi Riccobono*, II, Palermo 1936, 229 ss. Diversamente, ma senza motivare né citare fonti a sostegno, M. NICOLAU, *Causa liberalis. Etude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris, 1933, 92, riconduce i processi di ingenuità e libertinità, salve alcune differenze, all'interno del più ampio *genus* delle liti di libertà.

gesto e dal Codice, sistematicamente interpolate dai commissari di Giustino— l'A. prende le mosse dall'analisi della *liberalis causa* e dell'*adsertor* nei diritti greci.

In questa prima parte (18-35) è tracciato un profilo della lite di libertà nei diritti greci seguendo la descrizione che ci viene offerta da alcune fonti letterarie che informano dello stato del diritto attico e dall'iscrizione di Gortina. Si rileva, tra l'altro, che in entrambi i casi è attestata la necessaria assistenza di un terzo (un qualunque concittadino) in favore del soggetto il cui stato di libertà era controverso. Questa è la somiglianza più appariscente rispetto all'*adsertor in libertatem* del diritto romano, insieme al fatto che tale terzo doveva prestare cauzioni e poteva essere citato in giudizio per danni. Ancora una somiglianza tra i diritti greci e il diritto romano viene rinvenuta (29) nella *manus iniectio* simile alla *aphairesis eis eleutherian*, volta all'apprensione del presunto schiavo e che poteva sfociare, nel caso dell'intervento di un terzo, in una rivendica o in una lite di libertà. Come nei diritti greci, anche nel diritto romano l'interessato sarebbe vissuto da libero nel corso del processo. Tali similitudini inducono l'A. a concludere che il diritto romano delle XII Tavole, *corpus* legislativo forse scritto dopo apposita consultazione della legislazione solonica (Oros. *hist.* 2.13.1), sarebbe stato influenzato dai diritti greci, per il tramite delle colonie della Magna Grecia.

In relazione a questo punto si può rilevare, tuttavia, che la dimostrazione di un influsso dei diritti greci sul diritto romano arcaico, per il tramite delle colonie della Magna Grecia e della Sicilia, presupporrebbe quanto meno l'attestazione che anche in queste ultime realtà cittadine trovassero applicazione gli stessi principi testimoniati per il diritto attico e cretese. La circostanza che sul tema non ci siano pervenute attestazioni delle legislazioni delle varie colonie greche della Magna Grecia e della Sicilia rende la convinzione di un influsso esercitato da queste ultime sul diritto romano una congettura che, per quanto non improbabile, resta inverificabile³⁷.

³⁷ D'altra parte, non si trattava di una disciplina uniforme, per quanto molto simile. Infatti non mancavano le differenze tra il regime attico e quello gortino, come le «diverse conseguenze procedurali ricollegate all'*aphairesis* dai due ordinamenti», così A. MAFFI, «Processo di libertà e rivendicazione in proprietà dello schiavo a Gortina e ad Atene», in *Symposion 1995. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Korfu, 1.-5. September 1995)*, Köln-Weimar-Wien, 1997, 24. Lo studioso è tornato sul tema in: ID., «Processo di status e rivendicazione in proprietà nel Codice di Gortina: «diadikasia» o azione contrattuale?», in *Dike. Rivista di storia del diritto greco ed ellenistico*, 5, 2002, 111 ss.

Inoltre, non si può accogliere l'idea (35) secondo la quale un indizio nel senso dell'influsso sia rappresentato dal fatto che in diritto romano le prove circa l'esistenza dell'*adsertor in libertatem* si riferiscono alla sola età proto-repubblicana [Liv. 3.44.-48; Fest. *s.v.* *Sertorem* (L. 460; M. II 340)] cioè proprio quando si sarebbe verificata l'asserita influenza greca. Non si può, infatti, escludere che anche in età predecemvirale l'*adsertor in libertatem* intervenisse nelle liti di libertà impostate secondo il rito della *legis actio sacramenti in rem*; anzi, proprio

Ancora, crediamo che avrebbe potuto essere affrontata in chiave problematica l'asserzione relativa all'esistenza del processo di libertà nella legislazione decemvirale, come testimoniato comunque da Gai 4.14 (16, n. 11). Segnaliamo, sul punto, la diversa impostazione data alla questione da G. Franciosi³⁸, il quale ha addotto diversi argomenti volti a dimostrare che la schiavitù si sarebbe diffusa a Roma solo a partire dalla seconda metà del IV sec. a. C., con la conseguenza di considerare frutto di anticipazioni storiche i dati sul processo di libertà risalenti ad epoca decemvirale³⁹.

Infine, con specifico riguardo al confronto posto dall'A. tra la *aphaire-sis eis eleutherian* e la *manus iniectio*, quale atto extraprocessuale prodromico e preparatorio del processo di libertà romano, occorre osservare che in realtà è quanto meno dubbia l'esistenza di una *manus iniectio* quale istituto tipico delle liti di libertà impostate mediante le *legis actiones*. Di essa discorre solo Liv. 3.44.6, passo relativo al processo di Virginia e che riporta una affermazione di appartenenza del tipo «*meum esse aio*» da parte di M. Claudio incompatibile con una *manus iniectio* extraprocessuale e configurabile, piuttosto, nei termini di una *vindicatio* stragiudiziale: [...] *serva sua natam servamque appellans* [...] ⁴⁰.

2. La seconda parte del lavoro (36-252) è dedicata al processo di libertà nel diritto classico.

Nella prima sezione si esamina la procedura e la competenza in epoca precedente al 17 a. C. (37-46). Si segnala come il processo fosse impostato secondo il rito della *legis actio sacramenti in rem*, nella quale non vi sarebbe stata distinzione né tra attore e convenuto, né tra *vindicatio in libertatem* e *vindicatio in servitutem*: l'onere della prova sarebbe gravato in capo ad

la sua menzione da parte del legislatore decemvirale lascia credere che questo istituto venne ricevuto da *mores* più antichi (anche al presunto influsso greco?).

³⁸ G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 1 ss.

³⁹ In questo periodo, prosegue FRANCIOSI, liberi e schiavi sarebbero stati sottoposti al medesimo potere del *pater familias* e, non godendo di alcuno *status libertatis*, in relazione ad essi sarebbe stato configurabile solo un conflitto di potestà. In senso critico *vid.* specificamente: M. MARRONE, «Rec. di G. Franciosi, Il processo di libertà in diritto romano», in *IVRA*, 13, 1962, 260 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 938 ss.); M. KASER, Rec di G. Franciosi, «Il processo di libertà in diritto romano», in *ZSS*, 79, 1962, 391 ss.; S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010, 20 ss.

⁴⁰ Tale *vindicatio* si sarebbe tradotta in una *legis actio* contenziosa solo in caso di opposizione ad essa, sul punto rinviamo a S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 94-108. In dottrina da più parti si è sottolineata la atecnicità del linguaggio liviano in questo punto del racconto, si *vid.* G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 77: «una *in ius vocatio* preceduta da una *manus iniectio* è una vera stortura». Gli studiosi che hanno manifestato perplessità su questo specifico punto sono indicati in S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 99 n. 237. Rileviamo, peraltro, come E. BETTI, *La «vindicatio» romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, ne *Il Filangieri*, 40, 1915, 3 ss., riconduca anche la *manus iniectio* extraprocessuale nel contesto della *vindicatio* primitiva. Distingue invece le due azioni G. PROVERA, «Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana», in *Studi Biscardi*, IV, Milano, 1983, 327 ss.

entrambe le parti. I giudici sarebbero stati i *decemviri stlitibus iudicandis*, i quali avrebbero deciso quale dei due *sacramenta* era *iustum*. Quanto al formulario, il sedicente *dominus* avrebbe affermato l'appartenenza a sé dell'oggetto del processo: «*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*»; mentre l'*adsertor in libertatem* avrebbe affermato la sua condizione di libero: «*hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio*».

Vengono (38-42) analizzate alcune fonti letterarie dell'ultima età repubblicana⁴¹ che inducono l'A. ad escludere una eventuale competenza dei *centumviri*, concorrente con quella dei *decemviri stlitibus iudicandis*, a giudicare le liti di libertà. Seguono alcuni brevi paragrafi dedicati:

- (1) alla *civitas*, normalmente il presupposto della *libertas* (42-44);
- (2) allo sviluppo del processo di libertà secondo le *legis actiones*, relativamente al quale —pur in assenza di fonti— l'A. crede che il *lege agere sacramento in rem* sarebbe stato scalzato, come per tutte le altre azioni *in rem*, dal *lege agere in rem per sponsionem* (44-45);
- (3) alla competenza dei *recuperatores* a giudicare sulle liti di libertà, fuori dalle *legis actiones* e in concorrenza con i *decemviri stlitibus iudicandis* nei casi in cui almeno una parte fosse straniera (45-46).

Ci siano permessi, ancora una volta, alcuni minimi rilievi. La possibilità di congetturare una *lege agere in rem per sponsionem* si scontra, a nostro avviso, con il costante riferirsi delle fonti (Cic. *pro Caec.* 33.97; Cic. *de domo* 29.78) al *sacramentum* quale oggetto delle sentenze dei *decemviri stlitibus iudicandis*. Se partiamo da questo dato, siamo costretti a credere che l'unica *legis actio* utile ad attivare la *sponsio praeiudicialis* —ed eventualmente la *sponsio pro praede litis et vindiciarum*— fosse la *legis actio sacramenti in personam*. Ma se è così, ci chiediamo quali ragioni l'avrebbero resa preferibile alla *legis actio sacramenti in rem*, visto che l'una (*in personam*) non esimeva dall'*agere cum periculo* e nell'altra (*in rem*) sarebbe stato comunque assicurato il limite di cinquanta assi per il *sacramentum* (Gai 4.14). Né vi sarebbero state, in entrambi i casi, questioni di possesso interinale da risolvere, atteso il principio «*vindiciae secundum libertatem*».

Circa il tenore letterale del formulario pronunciato dalle parti, l'A. afferma senza esitazioni che il *vindicans* avrebbe affermato l'appartenenza a sé («*meum*») e l'*adsertor in libertatem* lo stato di libero («*liberum*») dell'oggetto del processo. Su questo punto sarebbe stato opportuno dar conto del serrato dibattito che ha visto impegnata la dottrina a ricostruire le parole pronunciate dall'*adsertor in libertatem* e che solo per una parte degli studiosi sarebbero state: «*hunc ego hominem... liberum esse aio*»⁴². Inoltre, sa-

⁴¹ Cic. *de orat.* 1.38.173; 1.40.181; 1.56.238; 1.40.182.

⁴² Anche per questi aspetti ci permettiamo di rinviare a S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 138-154. Solo per avvertire il lettore dell'incertezza che regna in questa materia,

rebbe stato interessante affrontare anche la controversa questione relativa alla presenza delle parole «*secundum suam causam*» nel formulario di entrambe le *vindicationes* e del loro significato: specialmente nella *vindicatio in servitutum*, esse potrebbero avere svolto la preziosa funzione di calibrare la lite alla specifica condizione e al relativo potere affermato dal *vindicans in servitutum: servus (dominium ex iure Quiritium), filius (patria potestas), persona in causa mancipii (mancipium)*⁴³.

Infine, crediamo che avrebbe giovato la consultazione della specifica monografia di L. Gagliardi che ha già definitivamente dimostrato la incompetenza dei *centumviri* a giudicare in tema di liti di libertà. Questo studioso ha anche addotto fondati argomenti —che avrebbero meritato di essere discussi— alla luce dei quali la competenza dei *recuperatores* per l'età anteriore alle *leges Iuliae iudicariae* sarebbe stata concorrente, in tema di liti di libertà, a quella dei *decemviri stlitibus iudicandis*: questi ultimi sarebbero stati competenti per le liti impostate nei termini di *vindicationes in servitutum*, mentre i *recuperatores* per le *vindicationes in libertatem*⁴⁴.

La trattazione prosegue con la descrizione del processo di libertà dopo l'entrata in vigore delle *leges Iuliae iudiciorum privatorum et publicorum*: si tratta della parte centrale del lavoro e nella quale l'A. ha profuso il suo maggiore impegno.

Nella parte dedicata alla competenza (46-71) vengono innanzitutto prese in esame fonti⁴⁵ che permettono di escludere la competenza dei *centumviri* in materia di giudizio sulle liti di libertà anche in questo periodo: gli unici giudici competenti sarebbero stati i *recuperatores*⁴⁶. In particolare, l'A. ritiene improbabile, sebbene si definisca il dato delle fonti non del tutto perspicuo, la possibilità dell'intervento dell'*unus iudex*, rinverdendo

si tenga conto, ad esempio, che, a parere di chi scrive, solo quando l'*adsertor* era un soggetto diverso dal sedicente *pater familias* egli avrebbe affermato lo stato di libero dell'interessato, mentre nel caso di una *vindicatio in libertatem* pronunciata dal sedicente titolare della *patria potestas*, sulla base di precisi riscontri testuali [Plaut. *Poen.* 5.2.1099-1103; 5.6.1338-1348; D. 40.12.1 pr. (Ulp. 54 *ad ed.*); D. 6.1.1.2 (Ulp. 16 *ad ed.*)], essa avrebbe recato la doppia qualifica di «*(filium) meum et liberum*».

⁴³ Per un esame complessivo della questione *vid.* ora i nostri *Studi sulle liti di libertà*, cit., 132-137.

⁴⁴ L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, 63 ss., in relazione alla competenza dei *recuperatores* a giudicare le *vindicationes ex servitute in libertatem*. Per l'incompetenza dei *centumviri* a giudicare le liti di libertà *vid.* 177 ss. (per età repubblicana) e 370 ss. (per l'età classica) cui rinviamo anche per l'accurata indicazione di letteratura. Lo studioso ha recentemente avuto modo di ribadire le sue idee in: 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 Alberto Burdese*», cur. L. Garofalo, II, Padova, 2012, 348 ss.

⁴⁵ D. 42.1.36 (Paul. 17 *ad ed.*); D. 42.1.38 pr. (Paul. 17 *ad ed.*); D. 40.1.24 (Hermog. 1 *iur. ep.*); D. 4.8.32.7 (Paul. 13 *ad ed.*); D. 40.12.30 (Iul. 5 *ex Minicio*); Quin. *Inst. or.* 5.2.1, 11.1.78.

⁴⁶ BGU, II, 611; Suet. *Vesp.* 3; Suet. *Dom.* 8.1.

argomenti già invocati in dottrina e consistenti nell'asserita interpolazione dei passi⁴⁷ nei quali compare la menzione del *iudex* e che in origine, invece, si sarebbero riferiti ai *recuperatores* o al *iudex* come termine generico per indicare l'autorità giudiziaria competente (70).

Tuttavia, in riferimento all'*unus iudex*, si potrebbe credere che in ipotesi nelle quali si avvertiva l'esigenza di evitare o sanare contrasti tra giudicati potesse affermarsi la tendenza a riconoscergli una specifica competenza a giudicare le liti di libertà in età classica⁴⁸. In favore della genuina menzione del *iudex* nei passi in questione depone l'argomento rappresentato dal fatto che i commissari di Giustiniano impiegano il plurale *iudices*⁴⁹ quando vogliono sostituire l'originario riferimento ai *recuperatores*, mentre il singolare *iudex* non necessitava di alcuna sostituzione, essendo questo inteso quale giudice competente *extra ordinem* in virtù di *duplex interpretatio*. Inoltre, l'espressione *mittere ad (apud) eundem iudicem* appare genuina in Coll. 10.2.5 = D. 16.3.23 (Mod. 2 *diff.*) e compare anche in una fonte letteraria della cui alterazione non si può sospettare come Sen. *de benef.* 6.6.2. Del resto, una attestazione della competenza dell'*unus iudex* in materia di libertà può provenire da Iuv. *Sat.* 7.115-116, passo scritto in età adrianea⁵⁰. Infine, D. 40.12.42, frammento tratto dai *posteriores* di Labeone, menziona il *iudex* in relazione ad un processo di libertà e fa piena prova per il processo formulare, poiché risale all'età augustea quando ancora la procedura *extra ordinem* per le liti di libertà non si era sviluppata⁵¹, come l'A. giustamente avverte (210)⁵².

Nella parte dedicata alla procedura, si premette (71-77) l'esame della questione della distribuzione del ruolo delle parti, dal punto di vista della corretta individuazione del giudice competente, nel processo formulare e nelle *cognitiones extra ordinem*, alla luce del principio «*actor rei forum*

⁴⁷ D. 40.12.8.1-2 (Ulp. 55 *ad ed.*); D. 40.12.9 pr. (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de lib. caus.*); D. 40.12.23.2 (Paul. 50 *ad ed.*); D. 40.12.42 (Lab. 4 *post. <a lav. epit. >*); C. 7.16.4 (Alex. s.d.). Rileva anche D. 5.3.7 (Ulp. 14 *ad ed.*) nel quale il *iudex de libertate* sarebbe stato impiegato (221) quale *pars pro toto* per indicare il collegio dei *recuperatores*.

⁴⁸ Un esame della questione in: S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 277-291 e *praecipue* 290 ss.

⁴⁹ Come accade in D. 4.8.32.7 (Paul. 13 *ad ed.*); D. 40.1.24 (Hermog. 1 *iur. ep.*); D. 42.1.36 (Paul. 17 *ad ed.*); D. 42.1.38 (Paul. 17 *ad ed.*). Su questi passi *vid.* S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 281 s.

⁵⁰ Cfr. S. SCIORTINO, «“Denegare actionem”, decretum e intercessio», in *AUPA*, 55, 2012, 684, n. 63.

⁵¹ L'A. (121) fa risalire all'inizio II sec. d. C. l'origine della procedura *extra ordinem* in tema di liti di libertà.

⁵² Né v'è ragione di credere che qui il *iudex* indichi genericamente l'autorità giudiziaria. Certo, occorre riconoscere che, data per buona la competenza dell'*unus iudex*, si sarebbe avuto un *iudicium imperio continens*, nel caso di giudizio recuperatorio, e un *iudicium legitimum*, nel caso di *unus iudex* romano, per una lite intervenuta tra *cives* a Roma o entro un miglio da Roma, con le conseguenti note differenze, per ciò che attiene alle liti di libertà, circa il termine massimo di durata del processo e la conseguente *mors litis* (Gai 4.104-105).

sequi debet» (FV 325-326). Secondo il condivisibile avviso dell'A. sarebbe stato il pretore *in iure*, ovvero il console o il *praetor de liberalibus causis* competenti *extra ordinem*, a distribuire il ruolo di attore e convenuto alle parti, a seconda che il presunto schiavo fosse vissuto prima della lite da libero con o senza dolo, impostando di conseguenza la lite come *vindicatio ex servitute in libertatem* ovvero come *vindicatio ex libertate in servitutum*: l'onere della prova sarebbe gravato solo sull'attore.

A questo punto viene esaminata la procedura formulare ed *extra ordinem* (77-96). In ordine alla prima, con buon fondamento, l'A. ritiene che fin da età classica le liti di libertà avrebbero potuto essere intentate mediante l'impiego del *praeiudicium an liber sit*⁵³, dell'*agere in rem per sponsionem* e della *formula petitoria*, in ordine alla quale l'A. avverte (87) il lettore delle difficoltà di applicarla alla *vindicatio in libertatem* per l'impossibilità di configurare la *litis aestimatio* in virtù del principio «*liberum corpus nullam recipit aestimationem*»⁵⁴.

In ordine all'*agere in rem per sponsionem*⁵⁵, tuttavia, potevano configurarsi difficoltà simili a quelle rilevate per la *formula petitoria* nel caso della *vindicatio in libertatem*. Infatti, non si sarebbe potuto procedere alla *aestimatio* di un uomo libero, salva la presenza di questioni patrimoniali alle quali commisurare la clausola *de re iudicata* della *cautio pro praede litis et vindiciarum*, con la quale il sedicente *dominus* convenuto avrebbe dovuto promettere, tra l'altro, il pagamento di una somma di denaro (*quanti ea res erit*) nel caso di mancata consegna dell'uomo giudicato libero in esito al vittorioso esperimento dell'*actio ex sponsione praeiudiciali*⁵⁶.

Segue la descrizione della procedura *extra ordinem* (92-96) con specifico riferimento alla competenza dei consoli e del *praetor de liberalibus causis* e l'analisi dettagliata delle fonti che ci informano dei processi di

⁵³ La cui esistenza per l'età classica viene desunta da *lex Irm.* c. 84, mentre l'A. non prende in esame Quin. *Inst. or.* 3.6.57; altre fonti che attestano il *praeiudicium an liber sit* sono: I. 4.6.13; C. 7.16.21 (Diocl. Max. a. 293); D. 40.4.60 (Scaev. 24 *dig.*). Giustamente l'A. (78) esclude l'esistenza di un presunto *praeiudicium an servus sit*.

⁵⁴ Tale principio è espresso nelle fonti giuridiche indicate da ultimo nei nostri, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 247 n. 644, ed è ora oggetto dello stimolante saggio di A. D. MANFREDINI, «Liberum corpus nullam recipit aestimationem». Morte ferite cicatrici libertà arti e mestier», in *SDHI* 76, 2010, 335 ss. Sempre con riguardo all'adattamento della *formula petitoria* alla *vindicatio in libertatem*, aggiungiamo che, oltre alla *litis aestimatio*, non si sarebbe potuto configurare neppure l'invito a *restituere* rivolto dal giudice al convenuto soccombente sedicente *dominus*, poiché il presunto schiavo viveva nel corso della lite da uomo libero in virtù del principio «*ordinata liberali causa liberi loco habetur*». Tuttavia, uno spazio di operatività della *formula petitoria* per le *vindicationes in libertatem* avrebbe potuto configurarsi, in linea teorica, nei casi in cui esistessero questioni patrimoniali alle quali commisurare la *litis aestimatio*, su questi aspetti *vid.* S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 245-260.

⁵⁵ Sul meccanismo di funzionamento dell'*agere in rem per sponsionem*, *vid.*, per tutti, M. MARRONE, *s.v.* «Rivendicazione (dir. rom.)», in *Enc. dir.*, 41, Milano 1989, 8 ss. (= *Scritti giuridici*, I, cur., G. Falcone Palermo 2003, 392 ss.).

⁵⁶ S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 223 ss.

libertà svolti fuori da Roma (96-121). Si tratta di una parte del lavoro molto utile per la mancanza in letteratura di un'esegesi unitaria delle dette fonti e che l'A. conduce distintamente per la *Baetica*, l'Italia, l'Egitto e le altre province, compreso un riferimento agli sviluppi tardo classici e postclassici.

3. La seconda sezione della seconda parte del lavoro (122-177) è dedicata all'esame delle parti processuali: il sedicente *dominus* e l'*adsertor in libertatem*. Questi viene opportunamente distinto dal *cognitor* e dal *procurator ad litem*, sebbene si tratti di istituti imparentati, poiché sia in diritto giustiniano (I. 4.10 pr.) sia in diritto classico (Gai 4.82 e FV. 324) l'*agere* dell'*adsertor* sarebbe stato configurabile nei termini di un *alieno nomine agere*.

Occorre segnalare che la derivazione generalmente ammessa in dottrina⁵⁷ di I. 4.10 da Gai 4.82, passi che anche l'A. considera quasi identici, è stata recentemente messa in dubbio da M. Marrone⁵⁸, il quale ha dimostrato in maniera convincente, a nostro avviso⁵⁹, come il passo di Gaio faccia riferimento a casi in cui si verificava contemporaneamente un *agere nomine alieno* e un *agere pro alio*: essi dovevano in origine riportarsi all'*agere cognitorio nomine*. Diversamente, le fattispecie elencate in I. 4.10, se erano genericamente riportabili all'*agere pro alio*, non determinavano alcuna spendita del nome dell'interessato (*nomine alieno agere*)⁶⁰.

Con riferimento ad una peculiarità della lite di libertà, l'A. individua nella incapacità del soggetto il cui stato è controverso a fungere contemporaneamente da oggetto e soggetto della lite (specie se si pensa allo svolgimento dell'*agere sacramento*, aggiungiamo noi) il fondamento dell'esistenza dell'*adsertor in libertatem*, il cui intervento sarebbe stato necessario sia nelle *vindicationes in libertatem*, sia nelle *vindicationes in servitatem*.

In particolare, si procede (132 ss.) all'analisi dello sviluppo storico dell'*adsertio*, e da questo punto di vista viene esaminato il celebre episodio del «processo di Virginia». L' A. riconosce un certo atecnicismo nel linguaggio dello storico patavino e giustamente critica sia il ruolo di «*adsertor*» riferito da Livio a M. Claudio, che invece è il *vindicans in servitatem*, sia la funzione di «*vindices*» di Icilio e Virginio, i quali, piuttosto, tecnicamente sarebbero gli *adsertores in libertatem*. Viene sottolineata la diffe-

⁵⁷ La si trova indicata in S. SCIORTINO, «Lege agere pro tutela», in *IAH* 1, 2009, 164, n. 1.

⁵⁸ M. MARRONE, «Alieno nomine agere e terzi nel processo romano», in *Fides, Humanitas, Ius*. 9 maggio 2007, Napoli, 2009, 127 ss. (= AAVV, *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Napoli, 2010, 310 ss.).

⁵⁹ Vid. S. SCIORTINO, *Lege agere pro tutela*, cit., 163 ss.

⁶⁰ Gaio elenca i seguenti casi di *agere nomine alieno*: Gai 4.82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio procuratorio tutorio curatorio rell*. Sul valore limitativo di *veluti* in questo passo di Gaio, vid. M. MARRONE, *Alieno nomine agere*, cit., 130 (= 314).

renza tra l'*adsertor* nelle liti di libertà e il *vindex* nella *legis actio per manus iniunctionem* (137 ss.): le fonti nelle quali i due lemmi si trovano usati come sinonimi non impiegano linguaggio tecnico giuridico. Ancora, si affronta il tema della legittimazione, delle incapacità, nonché di altre limitazioni alla *adsertio in libertatem* (141 ss.).

L'analisi dell'A. in questa parte del lavoro è condotta con grande attenzione al dettaglio e nei suoi riguardi ci sentiamo di aderire pienamente. Solo con riferimento al processo di Virginia avrebbe forse giovato la comparazione con la diversa versione dei fatti presente in Dionigi di Alicarnasso⁶¹, che avrebbe permesso di mettere in luce alcune incongruenze del racconto di Livio proprio dal punto di vista in cui si è posta l'A., cioè lo studio dell'*adsertor in libertatem*. Per intenderci, si pensi alla circostanza che né Icilio (136, 146) né Virginio (136) avrebbero potuto essere *adsertores* nel «processo di Virginia» così come viene narrato da Livio, poiché entrambi intervengono dopo l'assegnazione interinale delle *vindiciae* che, invece, presuppone l'avvenuta pronuncia dei *certa verba* della *legis actio*. Diversamente, dal racconto di Dionigi di Alicarnasso parrebbe essere Numitorio, lo zio di Virginia secondo lo storico cario, l'*adsertor* durante il primo giorno di udienza⁶².

Chiudono questa seconda sezione due paragrafi. Il primo è dedicato alla rappresentanza processuale nel processo di libertà: l'approvazione da parte dei giuristi dell'intervento di un *procurator ad litem* in rappresentanza del sedicente *dominus* si desume da D. 3.3.33.1 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 3.3.39.5 (Ulp. 9 *ad ed.*) e D. 46.8.8.2 (Venul. 15 *stip.*); mentre la sostituzione dell'*adsertor* viene esclusa dall'A. sia perché priva di basi testuali, sia in virtù della natura personale dell'ufficio dell'*adsertor*. Il secondo paragrafo è rivolto ai rischi ai quali era esposto l'*adsertor in libertatem* temerario e che coincidevano con una pena pecuniaria pari ad un terzo del valore dello schiavo in caso di *calumniā* (Gai 4.175; PS. 5.33.7) nel processo formulare, e con sanzioni di tipo criminale che potevano essere inflitte *extra ordinem* [D. 40.12.39.1 (Paul 5 *sent.*); PS. 5.1.5] dallo stesso giudice competente in tema di libertà.

4. La terza sezione della seconda parte del lavoro riguarda la fase *in iure* del processo formulare fino alla *litis contestatio* (178-231). Vengono nell'ordine analizzate, nella loro applicazione al processo di libertà, la *in ius vocatio*, l'*editio actionis* e svariate ipotesi che sfociavano in diritto classico nella cosiddetta *denegatio actionis* (*rectius, vindicationis in libertatem*) in conseguenza di:

⁶¹ Per l'impiego del racconto di Dionigi di Alicarnasso sul «processo di Virginia», al fine di colmare le lacune e chiarire le contraddizioni del resoconto liviano, *vid.* S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 74-93.

⁶² Per l'approfondimento di tali questioni rinviamo ancora una volta ai nostri *Studi sulle liti di libertà*, cit., 70 ss. e 66, *in fine*, per l'analisi della posizione processuale di Icilio.

(1) vendita di se stessi in schiavitù con l'intento di ottenere in seguito l'accertamento dello *status libertatis* grazie all'intervento di un *adsertor* connivente: si tratta delle ipotesi di vendita *ad pretium participandum* e *ad actum gerendum*, ritenute condivisibilmente entrambe classiche. Esse avrebbero comportato una cosiddetta *capitis deminutio maxima* (188) forse già in età tardo classica limitatamente alla procedura *extra ordinem* (192) e, certo, in diritto giustiniano (I. 1.3.4; I.1.16.1);

(2) prescrizione quinquennale in virtù della regola «*ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur*» (D. 40.15 e C. 7.21) che l'A. riferisce, seguendo la comune dottrina, ai soli processi condotti *extra ordinem*⁶³;

(3) prescrizione nei casi di *collusio* contestati dopo il decorso di cinque anni dall'emissione di una sentenza *pro ingenuitate*.

L'analisi di questi temi è condotta con acume e non mancano soluzioni originali di dettaglio.

Un apposito paragrafo intitolato «*exceptio rei iudicatae*» (206-217) contiene l'analisi del principio derogatorio al normale effetto preclusivo della *litis contestatio* e valevole per sole le liti di libertà che permetteva, *favore libertatis*, la ripetizione del processo concluso da una sentenza *secundum servitatem*.

Concludono la terza sezione del lavoro due paragrafi relativi al differimento della *causa liberalis*, nel caso in cui essa fosse pregiudiziale nei confronti di un altro processo, e alla *litis ordinatio*, prodromica alla *litis contestatio*.

5. Nella quarta sezione della seconda parte, si passa a trattare dello svolgimento del processo nella fase *apud iudicem*, privilegiando i due seguenti temi: (1) l'onere della prova e i mezzi di prova ammessi nel processo formulare ed *extra ordinem*; (2) il giudicato, in ordine al quale si segnala, da un canto (240 ss.), l'analisi della discussa, eccezionale e indiretta efficacia del giudicato nei confronti dei terzi [D. 40.12.9.2 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de lib. caus.*); D. 40.12.30 (Iul. 5 *ex Minicio*)] e, dall'altro canto (249 ss.), lo studio dei contenuti del giudicato nell'ipotesi di contumacia di una delle parti. Con riferimento all'ipotesi di assenza del sedicente *dominus* in D. 40.12.27.1 (Ulp. 2 *de off. cons.*), l'A. non crede che il suggerimento da parte di Ulpiano di giudicare in favore della parte presente dipenda dall'applicazione di principi formulari, ma dal *favor libertatis*. Tuttavia, i due principi potrebbero non escludersi, del resto l'applicazione di regole formulari ci pare che venga provata dal § 2 dello stesso frammento nel quale in caso di assenza dell'*adsertor* nella *vindicatio in libertatem* si ammette anche la

⁶³ Tuttavia, a noi è sembrato che alcuni argomenti logici e certi indizi testuali permettano di collocare l'origine di tale principio già nel contesto del processo formulare: S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit., 297 ss.

possibilità di una sentenza sfavorevole alla libertà, salvo un diverso convincimento del giudice⁶⁴.

6. Chiude il volume una terza parte (254-275) interamente dedicata all'esegesi di C. 7.17.1 (Iust. a. 528) che contiene la riforma giustiniana del processo di libertà. La costituzione provvede ad eliminare la *adsertio in libertatem*, già caduta da tempo in disuso e introduce altre modifiche che riguardano: la non ripetibilità del processo, il divieto di appello, le cauzioni processuali, le conseguenze discendenti dall'assenza dello schiavo. Trattandosi di riforme che risalgono al 528 d. C., esse hanno determinato la necessità di modificare i frammenti dei testi dei giuristi accolti nel Digesto e delle costituzioni imperiali inserite, almeno con certezza, nel secondo Codice.

Seguono, la conclusione (276-278) gli indici bibliografico (279-299), delle fonti (300-310) e per materia (311-314).

7. Il lavoro si segnala per l'estrema chiarezza espositiva, pur se con qualche dubbio linguistico, e trova il suo punto di maggior forza nell'aver condensato all'interno di una monografia agile e ben strutturata, la trattazione di tutti i temi controversi che si agitano attorno alle *liberales causae*. Ne è risultato un lavoro organico equilibrato e, per ampi tratti, condivisibile. I rilievi mossi su alcune questioni non sminuiscono l'impegno e il serio lavoro dell'A., piuttosto, auspichiamo che la stimolino a tornare ad occuparsi dell'affascinante tema delle liti di libertà.

SALVATORE SCIORTINO
Palermo

ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: *Cuando el hombre comienza a ser historia*, Madrid: Fundación Matritense del Notariado, 2012, 639 páginas; ISBN: 9788461605095; € 26.

La obra que comentamos, aunque haya sido escrita por un notario, y esté editada por la Fundación Matritense del Notariado, no es una monografía jurídica al uso. Se trata de una recopilación del todo singular. En sus páginas el autor pone por escrito sus recuerdos, con el propósito expreso de que no sean unas memorias. En reiteradas ocasiones manifiesta su desagrado respecto a este género literario. A su juicio, las memorias devaluadas son algo así como las pasiones y defectos revestidos de una túnica

⁶⁴ Sul passo *vid. ibid.*, 293-297. Un altro caso di recezione da parte delle liti di libertà celebrata *extra ordinem* di un istituto sorto nel processo formulare ci è parso essere la disciplina della prescrizione quinquennale («*ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur*»).