

LORENZO FRANCHINI

TAVOLA ROTONDA

 **Lefebvre Giuffrè**

Isbn 9788828883937

Estratto dal volume:

PER UN DIRITTO INCLUSIVO

**REGOLE, LESSICI,
INTRECCI METODOLOGICI**

a cura di
Vincenzo Donativi, Salvo Randazzo e Antonello Tarzia

2025

LORENZO FRANCHINI (*)

Ringrazio molto gli organizzatori per avermi invitato; ringrazio in particolare il prof. Salvo Randazzo, della cui amicizia mi onoro.

Un diritto, per essere veramente “inclusivo”, dev’essere conoscibile, reso conoscibile. Ecco che allora i primi giuristi laici si impegnarono in un’opera di attualizzazione e di aggiornamento anche linguistico dell’antico codice decemvirale. È opinione diffusa che il testo tavolare di cui, seppur frammentariamente, noi disponiamo sia, nella versione meno recente possibile, proprio quello riproposto da Sesto Elio Peto Cato (1).

(*) Università Europea di Roma.

(1) Si vedano per es. C. GIOFFREDI, *Ius Lex Praetor. Forme storiche e valori dommatici*, in *SDHL.*, 1947-1948, 13-14, 33 ss.; J. GUILLEN, *El latin de las XII Tablas*, in *Helmantica*, 1967, 18, 343 ss.; F. WIEACKER, *Die XII Tafeln in ibrem Jahrhundert*, in *Origines de la République*, Vandoeuves-Genève, 1967, 295 s.; G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den ‘Leges XII Tabularum’*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, herausgegeben von W.G. BECKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD, Berlin, 1970, 223 e nt. 2; L. AMIRANTE, *Sulle XII Tavole*, in *Index*, 1990, 18, 396 s.; A. BÜRGE, *‘Si nolet arceram ne sternito, Ne minore aut si volet maiore vincito’*. *Positives zu zwei Negationen in den Zwölf Tafeln*, in *Mélanges F. Wubbe*, édité par J.A. ANKUM, Fribourg, 1993, 63 s.; F.M. D’IPPOLITO, *Forme giuridiche di Roma arcaica*³, Napoli, 1998, 138 s., 260, che ricorda come già dopo l’incendio gallico un aggiornamento linguistico alle XII Tavole fosse stato inevitabilmente apportato, anche perché il latino giuridico non poteva non adeguarsi alle mutate esigenze sociali; A. BOTTIGLIERI, *Sextus Aelius Paetus (cos. 198)*, in *Antiquissima Iuris Sapientia. Saec. VI-III a.C.*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma, 2019, 316; M. MANCINI, *Essai de stratigraphie linguistique de la ‘lex XII Tabularum’*, in *Revue de linguistique latine du Centre A. Ernout*, 2018, 16, 1 ss., 19, 27 s., il quale parla di modernizzazione linguistica di S. Elio, dalla coloritura comunque arcaizzante e rilevante sul piano sia lessicale che fonno-morfologico, senza negare che già dopo l’invasione gallica si fosse intervenuti sul testo.

Il fenomeno di aggiornamento linguistico dovette a mio avviso riguardare anche altre raccolte di carattere normativo, come quella papiriana delle *leges regiae*. Il linguaggio in cui esse erano scritte, intriso degli arcaismi propri dell’uso sacerdotale,

Ora, se era consentito ad un giureconsulto laico intervenire, in una sua opera scritta di commento, sul tenore di quegli antichi precetti, non altrettanto lo era per quanto riguarda i formulari di rito, che poi a quei precetti avevano dato applicazione.

Mi riferisco anzitutto ai formulari dei riti processuali. Noi sappiamo che i *certa verba* delle *legis actiones* non erano assolutamente modificabili — se non tramite il ricorso alla *prudentia* del collegio pontificale, che godeva di un'autorità istituzionale —, tanto che scambiare semplicemente una parola con un'altra (*vites* al posto di *arbores*, per esempio) comportava l'invalidazione dell'intero procedimento (2). Questa doveva essere ancora la situazione all'epoca (fine III-inizio II secolo a.C.) dell'introduzione della *legis actio* pur ritenuta più "snella", la *condictio*, tanto che ben presto i processi arcaici *paulatim in odium venerunt* (3). Ciò avvenne perché essi non erano in alcun modo riformabili al loro interno, grazie all'apporto della prassi spontanea degli ope-

sarà stato sottoposto, come quello delle XII tavole, ad un qualche adeguamento, tale da renderle meglio conoscibili, forse non solo agli antiquari. Cfr. sul punto per es. S. TONDO, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *SDHI.*, 1971, 37, 45 ss., 53, secondo cui ciò avvenne anche in coincidenza della loro parziale ripubblicazione, seguita all'incendio gallico; A. WATSON, *Si adorat furto*, in *Labeo*, 1975, 21, 194; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie*, Milano, 1990, 17, per la quale, nonostante aggiornamenti linguistici, le tracce di arcaismi restano; C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *The Twelve Tables and the 'leges regiae': A Problem of Validity*, in *Roman Law before the Twelve Tables. An Interdisciplinary Approach*, edited by S.W. BELL, P.J. DU PLESSIS, Edinburgh, 2020, 68, per cui senza gli aggiornamenti in questione Grano Flacco, che nel I secolo le studiò, non sarebbe stato in grado di leggere il latino di fine VI; R. LAURENDI, *The 'leges regiae' through Tradition, Historicity and Invention: A Comparison of Historico-literary and Jurisprudential Sources*, in *Roman Law before the Twelve Tables. An Interdisciplinary Approach*, edited by S.W. BELL, P.J. DU PLESSIS, Edinburgh, 2020, 101 s., ad avviso della quale invece fu forse lo stesso Flacco a soddisfare alle esigenze di adattamento linguistico di un materiale normativo che comunque, nei secoli, era stato interessato da diverse sovrapposizioni e reinterpretazioni.

(2) Sul celebre responso (sicuramente pontificale) che non ammise la possibilità di pronunciare *vites* al posto di *arbores* v. Gai 4.11: *Unde eum, qui de vitibus succis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est eum rem perdidisse, cum quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succis actio competeret, generaliter de arboribus succis loqueretur.*

(3) Gai. 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet.*

ratori del diritto, quantunque per ipotesi consigliati dai primi giuristi laici. E calzante mi pare l'impostazione di quella parte della dottrina, forse oggi prevalente, che fa discendere dalla giurisdizione del pretore peregrino — ossia dunque da tutt'altro, ripartendo per così dire “da zero” (4) — la creazione del processo formulare e, per effetto di esso, dei *nova negotia* fondati sulla buona fede (5), e tutelati da giudizi la cui natura, originariamente, non poté che essere *onoraria* (6): anche perché il *ius civile*, in quanto portato della tradizione quiritaria, intriso dei

(4) Ciò, a mio avviso, con la probabilissima assistenza dei giuristi laici. Quanto alle origini del processo formulare, si tratta, come si sa, di una questione fra le più complesse e storicamente controverse, nell'ambito delle nostre discipline, anche per la mancanza di fonti in proposito; ma non si può negare che, tra le varie risposte date dalla dottrina (per le quali, non essendo in questa sede possibile dilungarsi, si rinvia all'ampia rassegna contenuta, per esempio, in G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, I, Milano, 1963, 19 ss.), quella riportata sopra, nel testo, ha senza dubbio riscosso, negli ultimi decenni, il maggior consenso da parte degli studiosi. Per una siffatta valutazione di sintesi v. per es. O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, 66, 155; F. SERRAO, *La “iurisdictio” del pretore peregrino*, Milano, 1954, 38, nt. 7; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II cit., 37, 41; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 298 ss.; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 175 ss.; G.M. GUIDA, *Sentenza e diritto: analisi di un rapporto circolare*, in *La “giurisdizione”: una riflessione storico-giuridica*, a cura di R. BENIGNI, B. CORTESE, Roma, 2019, 47.

(5) Già studiati non a caso dai laici. Ad es. per la *emptio-venditio* si veda Cels. D. 19.1.38.1, a proposito di un parere dato da S. Elio. Cfr. per es. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINA, A. SCHIAVONE, Bari-Roma, 1981, 20 s., 317, nt. 51; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra ‘conventio’ e ‘stipulatio’ fino a Labeone*, in *‘Contractus’ e ‘pactum’. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Atti Copanello 1988), a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1990), 40; M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 310, nt. 56; M. TALAMANCA, *La buona fede nei giuristi romani: “Leerformeln” e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese*, IV, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, 40, nt. 134, 188, per il quale dal passo in particolare si evincerebbe che all'epoca di Elio la compravendita era già oggetto di tutela anche da parte del pretore urbano; F. SINI, *A quibus iura civibus praescribebantur*, Torino, 1995, 142 s.; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ‘ad edictum’*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, a cura di D. MANTOVANI, Torino, 1996, 100.

(6) A questo problema ho dedicato un intero studio monografico (L. FRANCHINI, *La recezione nel ‘ius civile’ dei ‘iudicia bonae fidei’*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015), e ad esso mi permetto dunque di rinviare per una ricognizione compiuta

formalismi che la caratterizzavano, era decisamente *un'altra cosa*, certo oltretutto meno "inclusiva" rispetto al nuovo diritto che stava nascendo, sempre per esempio accessibile agli stranieri.

Ora, se questo valeva per i formulari dei riti processuali, od *actiones* processuali, doveva valere anche per i riti negoziali, od *actiones* negoziali, accogliendo una sapiente distinzione valorizzata da Santoro (7): la natura della *vindicatio* contenuta nel *sacramentum in rem* e quella contenuta in una *in iure cessio* o nella stessa *mancipatio* era infatti identica, nella sua rigidità, e nulla, assolutamente nulla autorizza, a mio avviso, a pensare il contrario. Certo, alcune norme delle XII tavole consentivano per esempio di aggiungere, mediante il ricorso a *nuncupationes* (8), nell'assetto di determinati negozi solenni, *certa verba* rispetto a quelli già previsti: ma non di modificare quelli esistenti, elaborati dalla giurisprudenza pontificale, se non a rischio della irritualità dell'intera attività. Eppure, noi sappiamo che negli ultimi secoli della repubblica qualcosa del genere avvenne, al contrario che nel processo: basti solo pensare al sorgere della *stipulatio*, accessibile ai peregrini, nella quale assistiamo alla sostituzione al verbo *spondere* di qualsiasi altro verbo dalla valenza impegnativa, pur nella salvaguardia della *congruentia* tra interrogazione e risposta.

delle fonti e della dottrina su cui fondo le mie convinzioni (nonché della dottrina avversa, oggi per es. rappresentata dagli studi di R. Fiori).

(7) All'espressione '*actio*' deve infatti attribuirsi, per l'età arcaica, il mero significato di "rito formalizzato", da ritenersi comprensivo, dunque, anche di atti che noi tradizionalmente classifichiamo come negoziali; ciò che hanno opportunamente evidenziato alcuni autori, di cui si richiama qui, per l'appunto, in particolare R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA.*, 1967, 30, 103 ss., spec.te 287 ss., 290 ss. (ove compare un elenco di *actiones* non contenziose); R. SANTORO, '*Actio*' in diritto antico, in *Poteri, 'negotia', 'actiones'* (Atti Copanello 1982), Napoli, 1984, 201 ss.; R. SANTORO, *Il tempo ed il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in *AUPA.*, 1991, 41, 281 ss., al quale anche rinvio per un'attenta disamina delle fonti su cui edifica quest'assunto.

(8) È appena il caso di rammentare il rilievo che, nel codice antico, riveste una norma come XII Tab. 6.1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Qui *mancipium* è espressione arcaica e sta per *mancipatio*; la presenza poi di una parola come *faciet*, in luogo del più risalente *faxit*, è senz'altro frutto di revisione tarda, che io ritengo preferibilmente riferibile a S. Elio, vero artefice, come si è detto, dell'aggiornamento linguistico del testo tavolare.

In questo campo, non è immaginabile che i pontefici, che certo comunque ancora esercitavano la funzione respondente (9), potessero aver conservato una sorta di monopolio. D'altra parte, ci riesce difficile pensare che rispetto alla loro atavica funzione istituzionale potesse essere considerato equivalente il libero dibattito tra i giuristi laici, il loro già complesso *controvertere* (10).

Essi, almeno in partenza, non avevano alcuna legittimazione in tal senso, sul formalismo e forse non soltanto su quello. Una legittimazione "ufficiale" la acquisiranno solo con la concessione del *ius respondendi* da parte di Augusto, che nella circostanza operò, secondo me, proprio nella sua veste di pontefice massimo, più che come titolare di una generica *auctoritas* di carattere politico-giuridico. Da qui la *permissio* (11) classica di *condere iura*, che — bisognerebbe affermare — prima non c'era, essendo muniti solo i pontefici in quanto, lo ricordiamo, *sacerdotes publici*, membri di un organo collegiale le cui regole procedurali di lavoro erano state, fino ad un certo punto, molto rigorosamente applicate (12). È allora agevole comprendere come alcuni

(9) Basti ricordare che tra i più eminenti studiosi di *ius civile* vi era, ancora nel I secolo a.C., il pontefice Q. Mucio Scevola.

(10) Del quale si potrebbero ovviamente addurre molti esempi; ma qui mi sia consentito di richiamare la disputa relativa al significato del termine *nexum*, con cui alcuni avrebbero inteso indicare non solo l'antico atto obbligante, ma anche la stessa *mancipatio* e gli altri atti librali. In particolare, Varr. *ling.* 7.105 sembra concordare con Q. Mucio nell'identificare il *nexum* con il solo atto librare obbligatorio, e quindi nel differenziarlo pienamente da altri atti come la *coemptio* l'*emancipatio* e l'*adoptio*; mentre Manilio, per l'appunto affermando che era *nexum* ogni atto librare, pare piuttosto da avvicinarsi alle posizioni di Elio Gallo, in Fest. 160 L. (ove si fa anche menzione di una misteriosa *nexi datio*, oltre che della *nexi liberatio* e del *testamentum*), e di Cic. *de or.* 3.40.159 e *top.* 5.28 (ove in particolare si definisce la *mancipatio* come una *traditio nexu*). Ciò, per non dire del significativo impiego, nella dialettica Manilio-Mucio, quale risulta dal citato passo varroniano, della espressione '*verius esse*', tra le più linguisticamente interessanti e sulla quale, in questa sede, non posso purtroppo dilungarmi.

(11) Gai 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere.*

(12) Fino a Tiberio Coruncanio, il quale, secondo la probante testimonianza di Pomp. D. 1.2.2.35, per primo osa, assai liberamente, *publice profiteri*, sacrificando, o comunque molto indebolendo, la prassi secondo cui soltanto un singolo membro incaricato dal collegio poteva ogni anno *praeesse privatis* (D.1.2.2.6), sicché più pontefici, e a *fortiori* poi i laici, daranno responsi nella sincronia.

studiosi, tra i quali per esempio Valditara (13), abbiano espressamente negato alla giurisprudenza laica repubblicana dignità di vera e propria fonte del diritto, ritenendo dunque che sempre e comunque i suoi pronunciamenti ed orientamenti dovessero essere sanciti dal pretore, anche se rientranti nell'alveo della tradizione civilistica.

Ora però, sulla scorta di alcune preziose considerazioni che Cardilli mi ha svolto, all'esito dei fecondi dibattiti accesi in questa sede, forse anche una legittimazione logica, per così dire "a monte", alla giurisprudenza preclassica possiamo riconoscerla: se non legittimazione in partenza, sul piano storico-cronologico, almeno una legittimazione che presto essa si conquistò sul campo. Con la crisi del monopolio pontificale dovette in effetti diffondersi la convinzione che i giuristi laici fossero dotati di una *auctoritas* paragonabile a quella dei sacerdoti e che al loro lavoro interpretativo, pur controversiale al suo interno, fosse da attribuirsi una efficacia analoga. Dovette però trattarsi di una *opinio* così socialmente montante, di un consenso fattosi così penetrante e generalizzato da poter essere considerato espressione di "sovranità popolare". Una sorta di rigurgito, potente, dell'antica *receptio moribus*, tanto lucidamente studiata da Filippo Gallo (14) e di cui si trova pur traccia, atecnica, nelle elencazioni di fonti contenute nelle opere letterarie di età repubblicana (15). Sicché poi Augusto, con la concessione del *ius respondendi*, sarebbe intervenuto più che altro a prendere atto di una situazione già delineatasi sul piano giuridico, tentando almeno in parte

(13) G. VALDITARA, *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, 149 ss.

(14) Nell'ambito della vasta produzione del Maestro torinese v. principalmente F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971; F. GALLO, *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o interpolazione postclassica?*, in *BIDR.*, 1991-1992, 94-95, 1 ss.; ma spunti di sicuro rilievo sono rinvenibili anche in altre opere, come per es. F. GALLO, *L'officium' del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1996; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in *SDHI*, 1996, 62, 1 ss.; F. GALLO, *'Bona fides' e 'ius gentium'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, 115 ss.

(15) Mi riferisco soprattutto alla *'partitio iuris civilis'*, di cui a *Cic. top.* 5.28.

di regolarizzarla, onde porre rimedio, forse, a taluni eccessi del *ius controversum*, che con la fine del controllo sacerdotale sulla giurisprudenza qualcuno avrà da sempre avvertito come tali.

Naturalmente, siccome per fortuna il diritto, e la sua scienza, hanno delle ragioni che la politica non conosce, i giuristi non cesseranno di dibattere liberamente tra di loro, senza troppo distinguere, come si sa, tra chi avesse ricevuto l'autorizzazione imperiale e chi non. Forse perché non era venuta meno la consapevolezza che una legittimazione se l'erano guadagnata "sul campo" anche prima? A codesta domanda noi non siamo in grado di rispondere. Però sappiamo che una *auctoritas* tale da poter intervenire sul ritualismo, evolvendolo e in parte sfigurandolo, fu loro riconosciuta solo in ambito negoziale, e non processuale. Su quest'ultimo, che a nostro avviso godeva già da tempo di una qualche autonomia (16), e sui suoi rapporti col *ius civile*, nel senso di una integrazione del nuovo e di una disintegrazione dell'antico (17), si ritenne lecito incidere solo a colpi di leggi, come la EbuZIA, assai precoce, e la Giulia, non a caso augustea.

(16) Ciò, vuoi perché nuove *legis actiones* potevano essere, tendenzialmente, introdotte solo col ricorso allo strumento della *lex*; vuoi perché, come ritengo di aver in passato dimostrato, per l'aggiornamento dei relativi formulari era necessario un decreto pontificale collegiale richiesto dal magistrato, anziché un responso individuale richiesto dalla parte privata; vuoi infine perché, nella riflessione degli epigoni, e specialmente nel quadro della sistematica tripartita di S. Elio Peto, la tematica delle *actiones* viene appunto ad assumere, come noto, una peculiare autonomia.

(17) Facendo, in questo, rispettivamente riferimento al processo formulare e a quello delle *legis actiones*.