

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL

ON ANCIENT LAW

*Direttore*

GIANFRANCO PURPURA

*Comitato scientifico*

ROGER S. BAGNALL

ALBERTO BURDESE

FELICE COSTABILE

GIOVANNI GERACI

MICHEL HUMBERT

LUIGI LABRUNA

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

MATTEO MARRONE

GIOVANNI NEGRI

BERNARDO SANTALUCIA

RAIMONDO SANTORO

BERNARD H. STOLTE

WOLFGANG WALDSTEIN

★

«Juris Antiqui Historia» is an International Peer Reviewed Journal.

The eContent is Archived with *Clockss* and *Portico*.

# IVRIS ANTIQVI HISTORIA

AN INTERNATIONAL JOURNAL  
ON ANCIENT LAW

3 · 2011



PISA · ROMA  
FABRIZIO SERRA EDITORE  
MMXI

*Amministrazione e abbonamenti*  
FABRIZIO SERRA EDITORE  
Casella postale n. 1, succursale n. 8, I 56123 Pisa,  
tel. +39 050542332, fax +39 050574888

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili  
presso il sito Internet della casa editrice [www.libraweb.net](http://www.libraweb.net).

*Print and/or Online official subscription rates are available  
at Publisher's web-site [www.libraweb.net](http://www.libraweb.net).*

*Uffici di Pisa:* Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,  
tel. +39 050542332, fax +39 050574888, [fse@libraweb.net](mailto:fse@libraweb.net)

*Uffici di Roma:* Via Carlo Emanuele I, I 00185 Roma,  
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605, [fse.roma@libraweb.net](mailto:fse.roma@libraweb.net)

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 6 del 3/4/2009  
Direttore responsabile: Fabrizio Serra

Sono rigorosamente vietati la riproduzione, la traduzione, l'adattamento, anche parziale o per estratti, per qualsiasi uso e con qualsiasi mezzo effettuati, compresi la copia fotostatica, il microfilm, la memorizzazione elettronica, ecc., senza la preventiva autorizzazione scritta della  
*Fabrizio Serra editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

Proprietà riservata · All rights reserved  
© Copyright 2011 by *Fabrizio Serra editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

Stampato in Italia · Printed in Italy

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

ISSN 2035-4967  
ISSN ELETTRONICO 2035-6161

## SOMMARIO

*Editoriale* 9

### ACTA

#### ATTI DEL CONVEGNO

#### “IL CORREO NARRANTE FRA DIRITTO E STORIA”

GIANFRANCO PURPURA, <i>Introduzione</i>	13
FLAVIA FRISONE, <i>La polis greca: gli anticorpi della comunità solidale fra delazione e “pentitismo”</i>	17
MARIO VARVARO, <i>Il valore probatorio delle dichiarazioni del correo: un percorso storico</i>	33
SALVATORE SCIORTINO, <i>Gli indices nel processo criminale extra ordinem</i>	49
PAOLA MAGGIO, <i>Le qualifiche dei “dichiaranti”: anomalie del modello italiano e spunti comparatistici</i>	63
ADRIANA PIRAS, <i>La prova dichiarativa: la valutazione delle dichiarazioni del coimputato, dell'imputato in procedimento connesso o collegato e del testimone assistito</i>	85
MICHELE PRESTIPINO GIARRITTA, <i>Il verbale illustrativo della collaborazione nel sistema della l. n. 45/2001</i>	99

### STVDIA

GIOVANNI GULINA, <i>In iure cessio e mancata vindicatio contraria nella legis actio contenziosa</i>	109
---	-----

### NOTAE

LAURETTA MAGANZANI, <i>Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico</i>	165
ANTONINO METRO, <i>D. 1.7.21 e l'adrogatio delle donne</i>	181

IN IURE CESSIO  
E MANCATA VINDICATIO CONTRARIA  
NELLA LEGIS ACTIO CONTENZIOSA

GIOVANNI GULINA

1. **P**OSIZIONE del problema, stato della dottrina. L'opinione generalmente condivisa nella romanistica vede la *in iure cessio* come una applicazione non contenziosa della *legis actio sacramento*, dove cioè la contrapposizione tra le parti ha una ragion d'essere esclusivamente formale:<sup>1</sup> la giurisprudenza avrebbe in tempi antichi sfruttato la forza costitutiva del provvedimento di *addictio* che il magistrato emetteva nel caso in cui alla *vindicatio* della cosa da parte del *prior vindicans* non fosse seguita la *vindicatio* dell'*adversarius*, confezionando un procedimento scientemente finalizzato a provocare quel provvedimento, quando le parti fossero state preventivamente d'accordo sul passaggio della proprietà di un bene; il quale bene sarebbe perciò stato oggetto di una formale revindica da parte del cessionario, cui non avrebbe fatto seguito la *vindicatio* contraria del cedente, che pure avrebbe potuto rispondere vittoriosamente, essendo lui – era pacifico – il *dominus* della *res* artatamente *litigiosa*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> L'argomento di sostegno è fondamentalmente duplice, articolandosi nell'inciso di Gai. 2.24 *idque legis actio vocatur* (su cui al numero 3) e nelle considerazioni che richiamo sinteticamente nel testo e che si vedono variamente svolte, già a livello manualistico o enciclopedico da V. DEVILLA, sv. *In iure cessio*, NNDI. 8 (Torino 1957), 703-705 (previsione dell'uso della *festuca* entro l'ambito di un procedimento fittizio, scientemente condotto *contra veritatem*); TH. KIPP, sv. *Cessio in iure*, PWRE. 3.2 (Stuttgart 1958), 2000-2004, 2001 s. (probabile desuetudine del *festucam imponere* dell'antico processo nel rito cessorio del tempo di Gaio); B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Milano 1965, 257 («finto processo di rivendica»); V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup>, Napoli 1978 (rist. 1984), 198 s. (previsione dell'uso della *festuca*, riconduzione della qualificazione gaiana di *legis actio* alla prassi classica per la quale venivano così identificati gli «atti solenni conformi al modello» delle abrogate *legis actiones*); M. MARRONE, sv. *Rivendicazione*, in *EdD.* 41 (Milano 1989), 1-29, 4 (assimilazione delle ipotesi di *in iure cessio* e di mancata *contravindicatio* nell'esperimento contenzioso); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 434 s. (identità «all'apparenza» di forme tra *in iure cessio* e *legis actio* contenziosa con mancata *contravindicatio*); G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 1991, 133 («espedito che ... consisteva in un'applicazione fittizia della prima parte» della *legis actio sacramento*); C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*<sup>8</sup> (a cura di A. CORBINO), Catania 1992, 206 s. (previsione dell'uso della *festuca*); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*<sup>4</sup>, Torino 1993, 303 («applicazione, a scopo negoziale, della forma processuale»); A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>10</sup>, Napoli 1994, 670; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1994, 138; U. VINCENTI, *I modelli dell'appartenenza*, in «Diritto privato romano. Un profilo storico», Torino 2003, 271-342, 304. Le cose non cambiano risalendo nel tempo, come si evince dalla lettura delle pagine introduttive di H. LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio*, in *Id.*, *Quelques problèmes du très ancien droit romain (Essai de solutions sociologiques)*, Paris 1934, 114-136, 115 (con un sommario ragguaglio bibliografico, *ibidem*, nt. 1: l'A. dà conto dello stato della dottrina per poi orientarsi diversamente). Ulteriore letteratura, più antica e specifica, in PH. MEYLAN, *De deux traits peu remarqués de l'in iure cessio*, in *RIDA.*, 6 (1951), 103-109, 106 s.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, 61 ss.

<sup>2</sup> Si ricorre generalmente alla locuzione di *ficta legis actio*. E ciò nonostante che la lettura processuale dell'istituto comporti che la *legis actio* sia svolta per davvero, come dimostra di necessità il provvedimento di *addictio*, il quale consente infine l'attribuzione di proprietà proprio perché emesso costitutivamente in sanzione del fatto determinatosi di una revindica tanto effettivamente spiegata, quanto effettivamente non contraddetta. La locuzione viene in effetti intesa convenzionalmente, come riferita alla assenza a monte

Si sarebbe pertanto trattato di una *legis actio* in piena regola, come sembra potersi evincere dai termini di svolgimento del rito:<sup>1</sup>

[Gai 2.24] *in iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, uelut praetorem urbanum is, cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit...*

Alla coincidenza dei *certa verba* riferiti dal giurista nel passo citato con quelli propri della *legis actio sacramento in rem* fa eco – in entrambi i riti – una gestualità largamente sovrapponibile. Come ho anticipato, all'interprete è risparmiata la fatica di un'indagine circa la percezione della analogia da parte di Gaio, visto che, chiudendo il discorso ora riportato, quel giurista lascia intendere una importante corrispondenza:

[Gai 2.24] *...idque [scil. il procedimento di in iure cessio, di cui alla parte di testo immediatamente precedente] legis actio uocatur.*

Sul doppio argomento della suggestiva mutazione degli aspetti verbale e gestuale del rito contenzioso in quello negoziale e della percezione della analogia (e forse della derivazione) tra i due da parte dello stesso Gaio, si è formata la opinione oggi largamente condivisa, cui ho fatto riferimento aprendo questo numero.<sup>2</sup>

della procedura di una contrapposizione contenziosa tra le parti, la quale dovrebbe invece essere fisiologica al rito (perciò nel testo ho parlato di «*res artatamente litigiosa*»): in questo senso mi pare di poter intendere il «processo ormai dichiaratamente fittizio» che leggo (e che, nei termini, condivido) in A. CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem* ('*secundum suam causam*' in Gai. 4.16), in «Studi in onore di C. Sanfilippo», 7, Milano 1987, 137-163, 148, dove alla reale effettività rituale dell'iniziativa l'A. ascrive giustamente l'effetto traslativo perseguito. In proposito sono fondamentali le pagine di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 103 ss., dove il problema viene affrontato opponendo una tesi per la quale l'*in iure cessio* ha natura processuale (abbracciata – 112 s. – con modificazioni dall'A.) a una che invece le ascrive natura prettamente negoziale (un'asciutta sintesi del punto anche in VOCI, *Modi di acquisto* cit., 61 s., parimenti orientato – 63 – per la natura processuale). Opposizione forgiata sui termini di un dibattito scientifico importante, apertosi con M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS. 25 (1904), 81-188, 102 ss., 113, (per la letteratura formatasi in proposito, rinvio a MARRONE, *L'efficacia* cit., 104 nt. 224): nell'ambito di una ricostruzione di più larga scala, il Maestro austriaco aveva infatti considerato congiuntamente – 104 ss. – gli esperimenti *in iure* passibili di essere definiti con una *addictio*, separando la loro sorte dagli altri, in ragione dell'effetto costitutivo ascritto a quel provvedimento. Tali riti non avrebbero pertanto avuto natura di schietta *legis actio* processuale, attratti invece all'insieme delle figure (para)negoziali. Il che apriva la strada – più prossima al tema qui considerato – dell'apprezzamento dei limiti dell'efficacia dell'*addictio* di sanzione della *in iure cessio*, nei confronti di coloro che non furono parte del rito. Il problema è oggi meno grave, ritenendo la conclusione lapidariamente raggiunta in MARRONE, *L'efficacia* cit., 121, per la quale anche «la sentenza delle *legis actiones*» contenziose e in senso stretto «aveva efficacia pregiudiziale illimitata»: tanto ritenendo, si chiude la forbice apertasi tra gli esperimenti contenziosi e non contenziosi in relazione alla diversità del grado di efficacia dei giudicati rispettivamente prodotti.

<sup>1</sup> Riporto, qui e altrove, le Istituzioni di Gaio secondo l'edizione di E. SECKEL, B. KÜBLER (cur.), *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, Stuttgart 1935<sup>7</sup>, rist. 1968. Anticipo subito che per Gai 2.24 e 4.16, contro quella ora citata, sono state offerte lezioni alquanto diverse, segnatamente da A. CORBINO, *Il rituale della mancipatio nella definizione di Gaio* (*Rem tenens* in Inst. 1,119 e 2,24), in SDHI. 42 (1976), 149-196, 194 s.; Id., *La struttura* cit., spec. 161 s. Preferisco comunque procedere nell'esame della fonte attenendomi per il momento al tenore tradizionale, senza misurarmi ogni volta sulla possibilità della lezione alternativa, che ricorderò in nota, quando indispensabile.

<sup>2</sup> Oltre ai manuali richiamati alla nota 1 di p. 109, si vedano – più specificamente dedicati – soprattutto P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 130 (affermazione della possibilità che in origine la *in iure cessio* si completasse ne «l'atto del *festucam tenere*, già caduto all'epo-

Alla luce di un più attento esame, le coincidenze ora rassegnate perdono almeno in parte la prepotente forza induttiva che avevano esercitato alla prima lettura e soffrono l'anomalia pervicace di talune differenze, che non sembrano poter trovare una spiegazione nella chiave generalmente assunta, per la quale – ripeto – la *in iure cessio* sarebbe applicazione negoziale della antica *legis actio* contenziosa.

La critica che ha evidenziato le resistenze alla omologazione dei riti in esame si è concentrata sull'aspetto gestuale; profilo che – per via della alta antichità – è certamente fondamentale e perciò idoneo, in linea di principio, a sorreggere il peso di una confutazione della identità. L'opinione corrente è ciononostante adagiata nel senso della corrispondenza dell'una forma con l'altra.

La questione può essere riaffrontata partendo dal vaglio della congettura per la quale «anche nella *in iure cessio*, come nella *legis actio sacramento in rem*, vi sarebbe stata la *impositio* della *festuca* da parte del *vindicans*». <sup>1</sup> La soluzione affermativa si

ca di Gaio»; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris 1949, 56 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 104 ss. (che per l'effetto dell'*addictio* magistratuale – *l'ita ius esto* esaminato nelle pagine immediatamente precedenti a quelle ora richiamate – ha sostenuto la tesi dell'efficacia *erga omnes* del giudicato reso per *legis actionem*, poi fatta propria in più lato contesto da MARRONE, *L'efficacia cit.*, 1 ss., 103 ss., 112); VOCI, *Modi di acquisto cit.*, 63 (negozio traslativo che va oltre la *rei vindicatio*, ma il cui risultato è ottenuto utilizzando un istituto processuale); MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale cit.*, 103 ss., 112 (sicura origine processuale dell'istituto, ferma la successivamente acquistata natura negoziale); A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 59, 76; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 44 s. (larga corrispondenza tra gli istituti con – *ibidem*, ntt. 38 s. – imputazione a successiva semplificazione delle secondarie difformità); CORBINO, *Il rituale della mancipatio cit.*, 183, con richiamo delle tesi orientate nel senso contrario alla derivazione – *ibidem*, nt. 87 – (tra cui, segnatamente, MEYLAN, *De deux traits cit.*, 107 ss., 114; LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio cit.*, 136); CORBINO, *La struttura dell'affermazione cit.*, 142 nt. 8; K. HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrechte und die in iure cessio*, in ZSS. 106 (1989), 152-179, 172 ss., 178, per il quale «die in iure cessio bildet formal exact einen dinglichen Sakramentsprozess»; G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo pretore giurisdicente alla progressiva autonomizzazione della iurisdictio peregrina*, in Id., *Silloge*, Catania 1998, 2.671-700, 698, già nel *Corso di diritto romano*, apparso in lito negli anni 1994-95 (n.v.): «si continuò a far ricorso all'agere *sacramento in rem* per l'attuazione della *in iure cessio* a fini negoziali».

<sup>1</sup> Così M. VARVARO, *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare* (Gell. 20.10.7), in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti», Pavia 2005, 267-309, 287 nt. 68, che per ultimo – a quanto mi consta – ha toccato l'argomento. Nella soluzione negativa poi abbracciata dall'A. è presente l'eco della tesi nettamente espressa da MEYLAN, *De deux traits cit.*, 109 (nel medesimo senso, recentemente, anche C. A. CANNATA, *Qui prior vindicaverat: la posizione delle parti nella legis actio sacramento in rem*, in «Mélanges Felix Wubbe», Fribourg 1993, 83-96, 92). Lettura brillantemente contraria in CORBINO, *Il rituale della mancipatio cit.*, 194 s., dove l'A. proponeva di leggere, in luogo del *rem tenens* di Gai. 2.24, *festucam tenens* (recentemente, lo stesso si è però detto «più perplesso» in proposito: CORBINO, *La struttura dell'affermazione cit.*, 146 nt. 19). Fuori della manualistica (per la quale si veda alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110), propendono cautamente per un uso iniziale della *festuca*, poi perdutosi al tempo di Gaio, DE FRANCISCI, *Il trasferimento cit.*, 130; LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio cit.*, 118 nt. 3; KIPP, sv. *Cessio in iure cit.*, 2001 (non esclude l'ipotesi S. TONDO, *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della manumissio vindicta*, Milano 1967, 69). Ascrivo al medesimo orientamento coloro che non ritengono significative differenze tra il rito contenzioso e quello negoziale e, segnatamente, VOCI, *Modi di acquisto cit.*, 64; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale cit.*, 103 ss., 112; ID., sv. *Rivendicazione cit.*, 4; nonché A. GUARINO, *Rem tene, verba sequentur*, in «Atti dell'Accademia Pontaniana», 28 (1979), 27-36, ora in Id., *Pagine di diritto romano*, Napoli 1995, 6.81-88, 86, per il quale la *festuca*, accompagnando ogni *vindicatio*, era impugnata oltreché dal cessionario *in iure*, anche dal *mancipio accipiens* (sull'aspetto vindicatorio della *mancipatio*, già E. BETTI, *La vindicatio romana primitiva*, in *Il Filangieri*, 44 (1915), 6, 36 dell'estratto autonomamente impaginato, da cui cito; DE FRANCISCI, *Il trasferimento cit.*, 126). In queste pagine il problema sarà affrontato da una angolazione parzialmente diversa: il profilo della occorrenza o meno della *festuca* nella *in iure cessio* sarà tenuto in margine – si veda al numero 10 –, mentre l'attenzione sarà concentrata sull'analisi della sovrapponibilità rituale dei due procedimenti, alla luce degli



fonda sul duplice argomento, richiamato in apertura, dello spunto gaiano *idque legis actio vocatur* e della evidenziazione delle importanti sovrapposizioni rituali. Quella negativa si giova essenzialmente del rilievo suggestivo della mancata menzione della *festuca* in GAI. 2.24, corroborandosi poi corollariamente con l'osservazione dell'uso dei tempi verbali presente, in GAI. 2.24, e passato, in 4.16,<sup>1</sup> e della impossibilità di ricostruire un rito unico sovrapponendo i particolari gestuali più minuti, che il giurista allega nei luoghi citati, tracciando il *modus agendi* dell'una forma e dell'altra: se infatti è vero che, dappprincipio, gli elementi procedurali di entrambi i riti sembrano combaciare (tanto da potersi in ciò suffragare la lettura della identità), è vero anche che, proseguendo la sovrapposizione, si incontrano difficoltà dovute alla non corrispondenza di elementi sicuramente minori, e tuttavia positivi.

2. *I testi a confronto.* Ho anticipato la parte delle Istituzioni veronesi relativa alla *in iure cessio* nel numero precedente; prima di esaminarla con maggiore attenzione, riporto quella della *legis actio sacramento in rem*:<sup>2</sup>

[Gai 4.16] *si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia ..., in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI, et simul homini festucam imponebat.*

Al che si salda la fase propriamente contenziosa, rappresentata dalla *vindicatio* contraria compiuta dall'*adversarius*:<sup>3</sup>

indizi di rispettivo svolgimento, che constano positivamente (della *festuca* nulla è detto in punto di *in iure cessio*, salvo mutare la lezione comunemente ritenuta del codice) e sul confronto delle situazioni sostanziali che vi erano dedotte e che risultavano all'esito.

<sup>1</sup> L'argomento, in realtà trae a mio avviso un risvolto di maggiore importanza nella considerazione della difficoltà di svolgere in età successiva alla *lex Iulia* un rito negoziale, la cui efficacia nel perseguimento del risultato postulava la disponibilità per il magistrato di un provvedimento proprio di un rito, la *legis actio* contenziosa, *sublatus* con la legge citata: ricondurre la *addictio* magistratuale all'insieme generico delle attribuzioni del pretore, lontano quindi dalle soluzioni specialmente connesse con la *legis actio sacramento*, è il solo modo di uscire dalla difficoltà; allontanare però quella *addictio* dal rito della *legis actio* significa inevitabilmente cominciare a sciogliere il nesso dello *idque legis actio vocatur* (specie se riferito all'esperimento sacramentale). Il punto è fondamentale nella evasione della questione circa la natura processuale o negoziale della *in iure cessio*, sul quale si è formata una produzione cospicua (citata e discussa in Voc1, *Modi di acquisto* cit., 62 s.; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 104, 108, 112) che – forse, per il profilo attinto della efficacia di giudicato della *addictio* magistratuale – ne ha irrigidito eccessivamente i termini: vi tornerò chiudendo queste pagine. Un secondo (o terzo) argomento, che sovente ricorre, fa leva sul difetto di legittimazione del *filius familias a cedere in iure*, in analogia con l'impossibilità per un *alieni iuris subiectus* di essere parte nel processo privato. Il che non mi pare dirimente, atteso come una identica impossibilità teorica precludesse allo stesso ogni attività negoziale, non rilevando in proposito quanto compiuto dal *filius* in relazione a (e con effetto su) la posizione paterna (ferma e sottolineata la lenta e difficile emersione formale di tale operato).

<sup>2</sup> L'edizione seguita è ancora quella di cui alla nota 1 di p. 110. I *certa verba* compresi nel passo hanno conosciuto una vicenda travagliata quanto alla punteggiatura, che il palinsesto – fatto di una sequenza di maiuscole onciali – non riporta e che perciò viene aggiunta dall'editore. Si sono in proposito succedute due soluzioni, oltre a quella che si legge nella versione che ho riportato: la prima voleva il punto fermo dopo *dixi*; la seconda dopo *aio* (in proposito P. NOAILLES, *Vindicta*, in *RHD.* 19-20 (1940-41), 1-57, 28 ss. = ID., *Fas et jus. Etudes de droit romain*, Paris 1948, 45-90). Una lezione diversa e successiva ha poi inteso il passo espungendo dalla parte di formulario il tratto *secundum suam causam* (CORBINO, *La struttura dell'affermazione* cit., 161 s.).

<sup>3</sup> Rigorosamente ragionando, la *vindicatio* contraria porta le parti verso la formalizzazione di un'opposizione contenziosa, la quale matura tuttavia solo al momento della conferma incrociata delle affermazioni

[Gai 4.16] ...*aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat...*

e dal provvedimento preliminare del magistrato, configurabile nel solo caso della contrapposizione delle *vindicationes* diretta e contraria (e dunque fuori dell'ambito impegnato dalla *in iure cessio*, anche a leggere in questa l'applicazione negoziale dello schema contenzioso):

[Gai 4.16] ...*cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM...*

Provvedimento infatti che, caratteristicamente, manca nel negozio di trasferimento, dove non v'è contrapposizione tra le parti e dove perciò non ha corso la simmetria delle posizioni sostanziali e processuali del *prior vindicans* e dell'*aduersarius* e dove, a maggior ragione, difetta il presupposto per l'intervento del pretore – *mittite* – che, in letteratura, è stato efficacemente letto quale manifestazione della funzione di mediazione dell'ordinamento in prevenzione della autotutela di fatto, cui in mancanza i singoli si sarebbero determinati, addivenendo a forme di lotta anche fisica (il che sarebbe simbolicamente ricordato proprio nel rito introduttivo al *sacramentum*).<sup>1</sup>

Ciò premesso vengo alla gestualità rituale, su cui voglio soffermarmi brevemente, prima di affrontare il tenore verbale della affermazione del *prior vindicans* (con essa esaurendosi la sovrapposibilità delle procedure, che si diversificano proprio in ragione dell'atteggiamento che la controparte assume in relazione a quella prima affermazione).<sup>2</sup> La gestualità è articolata in due segmenti di azione, i quali

preliminari, operata attraverso i rispettivi *sacramenta* uguali e contrari. Considerato però il livello formale dell'affermazione (anche non contraddetta), il fatto che questa è passibile di conferma per *addictio* magistratuale e l'incisione nella posizione sostanziale delle parti recata dal provvedimento ora detto, ritengo poter intendere il procedimento, pure non contenzioso, quale *lege agere*; e ciò alla luce anche delle considerazioni che depongono per la qualificazione in *legis actio* di condotte diverse dagli esperimenti propriamente contenziosi (le *istae omnes legis actiones* di Gai 4.30): per tutti, sicuramente, R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Palermo 1967, 287 ss. (le citazioni sono riferite alla impaginazione di AUPA., 30 (1967), 101-664); Id., *Actio in diritto antico*, in «*Poteri negotia actiones*. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982», Napoli 1984, 201-217, 298 s. (ora in Id., *Scritti minori*, Torino 2009, 2.201-217).

<sup>1</sup> Soprattutto BISCARDI, *Lezioni sul processo* cit., 68. In tal senso anche G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, 2, *Le legis actiones*, Bologna 1948, 5 ss., 94 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 110 s. (con lettura eclettica: duello introduttivamente paventato mostrando la *vindicta* e consumato – in contesto anche ordalico – ove la grave minaccia perciò rivolta all'avversario non avesse sortito effetto); G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 1, *Le legis actiones*, Roma 1962, 27 ss., 39 ss., 276; C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in «*Studi in onore di C. Sanfilippo*», 4, Milano 1983, 151-174, 160 s. Assai più moderatamente, H. LEVY-BRUHL, *Le simulacre de combat dans le sacramentum in rem*, in «*Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno di insegnamento*», Milano 1930, 3.81-90, ora in Id., *Quelques problèmes* cit., 171-180, 172 s., 177 (con ridimensionamento dell'argomento, limitandosi forse all'età precivica il combattimento delle parti che il formulario sembra ricordare; con affermazione invece di una contrapposizione simbolicamente violenta, fatta di *vis dicta*, peraltro diretta sulla cosa e non sull'avversario); si discosta dal parametro del «*Selbsthilfe*» anche NOAILLES, *Vindicta* cit., 25 s., per il quale la *vindicta* imposta all'avversario non è la *festuca* rivolta alla cosa, ma l'attività del *vindicare* tutta, sostantivata in quel deverbale. Parla invece espressamente di «*lotta sul piano dell'azione magica*» TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 101 (nel sommario).

<sup>2</sup> A rigore, stando alla lettera gaiana, la differenza sarebbe maturata fin dall'inizio, visto che gli identici *certa verba* erano pronunciati nell'un caso tenendo in mano la *festuca*, nell'altro no. Il punto non è tuttavia pacifico: non pochi in letteratura hanno infatti sostenuto l'identità, almeno originaria, delle forme dei riti negoziale e contenzioso, imputando a ragioni di sintesi la più asciutta lettera di Gai 2.24 (soprattutto MARONE, *L'efficacia* cit., 111; altri autori sono citati alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110). Sovverte l'ordine dello svolgimento del rito comunemente ritenuto CANNATA, *Qui prior vindicaverat* cit., 83 s., il quale – proseguendo

si svolgono in due momenti consecutivi, ma nettamente distinti, nella versione di Gaio:

[Gai 4.16] ...*qui vindicabat, festucam tenebat: deinde ipsam rem adprehendebat ... et ita dicebat...*

Colui che rivendicava l'appartenenza a sé della cosa controversa teneva in mano la *festuca*: sul gesto ora evidenziato è costruito l'enunciato reggente, che si appoggia su di un'azione verbale continuata (il racconto comincia quando il protagonista già tiene in mano il bastoncino).

Un secondo enunciato principale, legato in asindeto al precedente, descrive l'azione successiva – *deinde* –, che comincia a svolgersi quando ancora l'altra è in essere: dunque i *gesta* si stratificano; anche l'*adprehendere* è reso con un tempo di continuità, il quale lascia intendere il protrarsi della seconda azione, nel tempo in cui comincia la terza (*ita dicebat*). Diversamente dal *tenere*, l'*adprehendere* non può tuttavia essere iniziato in un momento precedente al racconto: ciò perché il piano diacronico reso dal *deinde* avrebbe imposto in tal caso la coniugazione dei predicati in tempi diversi, ancorché implicanti entrambi senso di continuità e perché l'azione dell'*ad-prehendere* importa naturalmente un significato di avviamento che bene calza alla narrazione stratificata in ragione del *deinde*.

Per terza – sempre in paratassi, ora però introdotta da un *et*, che probabilmente le estende il portato diacronico del *deinde* – giunge l'azione assertiva, operata in costanza delle azioni, preesistente, del *tenere* e, sopravvenuta, dell'*adprehendere*, compiute evidentemente ciascuna con una mano diversa del *prior vindicans*.

Confrontando analiticamente il passo 4.16 con il 2.24, relativo alla *in iure cessio*, si nota subito che le azioni sono due, invece di tre e che queste sono concentrate in un unico segmento enunciativo:

[Gai 2.24] ...*is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit...*

La vicenda è narrata in termini assai più concisi, risolvendosi in una sola proposizione, dalla quale emerge comunque la contestualità delle azioni del *tenere* e del *dicere*, legate da analogo vincolo anche in 4.16: il cessionario *tenet* infatti la cosa e, contemporaneamente, pronuncia i *certa verba*. Manca ogni riferimento alla *festuca* che, nella *legis actio* contenziosa, è l'oggetto della prima azione descritta.<sup>1</sup> Registro perciò la

per la strada avviata nei luoghi ivi, nt. 1, ricordati (specialmente ID., *Violenza fittizia* cit., 171) – ipotizza che il *prior vindicans* sia colui che subisce l'iniziativa, ovvero – con terminologia efficace, ancorché forse non pienamente aderente alla realtà dell'antico processo in *rem* – il convenuto (originariamente, il rito contenzioso doveva anzi – *op. cit.*, 88 – prevedere la pronuncia contemporanea di identici *verba vindicatori* – *hunc ... imposui* – ad opera delle parti, risultando soltanto in età classica l'alternanza che si legge in Gaio, di fatto successivamente mutuata per semplice amor di simmetria dalla seguente cadenza del tratto ulteriore e differenziato – *postulo ... ego te* –, la quale era invece da sempre ripartita).

<sup>1</sup> Noto incidentalmente che, nel modello contenzioso, era la *festuca* oggetto del verbo *tenere*, dedicato invece, nella *in iure cessio*, alla *res*; *res* che, d'altra parte, sempre nel modello contenzioso, era l'oggetto del predicato *adprehendere* (in proposito consta la tesi di GUARINO, *Rem tene* cit., 86, sulla fungibilità promiscua di *rem* e *festucam tenens* ai fini dell'esperimento della *vindicatio* anche negoziale; tesi che si oppone a quanto tuttavia ritenuto da VOCI, *Modi di acquisto* cit., 44, il quale aveva rimarcato la «differenza notevole» che separa la *mancipatio* dalla *vindicatio*, per il fatto di non farsi uso della *festuca* nell'una contro il farne invece uso nell'altra). Corrispondono invece i passi in confronto quanto all'impiego di *dicere*, in riferimento alla azione verbale poi riferita nelle due varianti. Il punto non è sfuggito a CORBINO, *Il rituale della mancipatio* cit., 194 s., che lo ha messo opportunamente a servizio della lezione – *festucam tenens* – che riteneva allora

differenza e proseguo nel confronto, venendo alla affermazione dell'uno e dell'altro *vindicans*:<sup>1</sup>

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI, et simul homini festucam imponebat.*

Ripartendo ulteriormente l'azione complessiva (*tenere, adprehendere, dicere*), si possono individuare tre parti all'interno della terza (*dicere*), le prime delle quali solo verbali, la terza verbal-gestuale: l'affermazione della spettanza a sé della cosa, la precisazione che la cosa spetta *secundum suam causam*, la conferma gestuale dichiarata e contestualmente eseguita della *impositio* della *festuca*.

Pur entro i limiti del solo *dicere*, che si è visto ricorrere in entrambi i modelli, il rito della *in iure cessio* è molto diverso da quello della *legis actio* contenziosa (diversità che si aggiunge a quella già osservata circa la *festuca* e relativa sua *impositio*):

[Gai 2.24] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO.*

Se infatti è identica la parte iniziale della affermazione della spettanza a sé della cosa, mancano però la precisazione del fatto che ciò è *secundum suam causam* e la conferma finale della affermazione, che si è vista svolgersi nel rito contenzioso, dichiarata e gestualmente significata con l'*impositio* della *festuca*. Del che – ripeto – in 2.24 non v'è traccia (in eco suggestiva del fatto che pure era mancata l'azione preliminare del *festucam tenere*): da qui lo spunto del miglior fondamento della tesi che vuole i riti in confronto diversi tra loro.<sup>2</sup>

3. «*Idque legis actio vocatur*». Le differenze sopra evidenziate hanno un rilievo che si commenta da solo. Per esse – lo dicevo chiudendo il numero che precede – taluni hanno risolto per l'inassimilabilità della *in iure cessio* alla *legis actio sacramento*. Tuttavia è importante considerare come Gaio concluda invece la illustrazione del rito negoziale gettando un ponte sicuro verso quello contenzioso:

[Gai 2.24] *...idque legis actio uocatur.*

di offrire di Gai 4.24, così tratteggiando una suggestiva simmetria, della quale in effetti – seguendo il testo tradizionale – si avverte la mancanza.

<sup>1</sup> Seguo sempre la lezione di SECKEL, KÜBLER, *Gaii Institutionum* cit., 198, che vuole un punto e virgola dopo *causam*. Non mancano tuttavia gli argomenti per ricostruire il brano ponendo una cesura prima di *secundum*, attraendosi perciò l'inciso *secundum suam causam* al prosieguo del passo. La questione – e la letteratura che su di essa è risultata – dovrebbe essere affrontata con una diffusione che non può essere nell'economia di queste poche pagine. Rinvio perciò a NOAILLES, *Vindicta* cit., 27 ss., che per primo ha suggerito l'interpunzione tra *aio* e *secundum* e a CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa* cit., 143 ss., che se ne è occupato più recentemente, finendo – 161 s. – con l'espungere dal tenore del formulario di *legis actio* il tratto *secundum suam causam*.

<sup>2</sup> Il punto è complicato da un secondo problema di lezione di Gai 4.16: problema che supera il modo dell'interpunzione dei segni vergati sul palinsesto di cui ho detto nella nota immediatamente precedente e che investe invece la riconducibilità del tratto *secundum suam causam* al tenore del formulario rituale di *legis actio*. CORBINO, *La struttura dell'affermazione* cit., 161 s., ha in effetti ritenuto, non senza proporzionati argomenti, di espungere la sequenza citata non dalle Istituzioni, ma – appunto – dal formulario: *secundum suam causam* sarebbe, in tesi, una precisazione parentetica inserita dal giurista allo scopo di meglio spiegare ai suoi lettori l'affermazione quiritaria di appartenenza espressa con il *meum esse aio*. Va da sé che, così ragionando, il problema dell'interpunzione del formulario è risolto alla radice, individuandosi due enunciati fondamentali, il primo dei quali privato del *secundum suam causam*, che, nelle edizioni correnti, lo chiude, finisce per saldarsi al secondo, aperto da *sicut*.

È vero che l'affermazione è attenuata nel suo presupposto – per così dire – teorico da quel *vocatur* che indubbiamente ne riconduce il senso a un addentellato tutto sommato empirico, formatosi forse nella prassi applicativa degli istituti, piuttosto che nell'ambito di un loro esame se non dogmatico, certo di comparazione sistemico-didattica. Ciononostante, nella sua semplicità, lapidaria e finale, essa resiste a ogni tentativo di sovvertimento.

Si impone pertanto la riconsiderazione dell'argomento iniziale, per il quale ha un credito la lettura che vuole la distinzione tra i riti in esame, ferma la parte relativa alla differente articolazione procedimentale, che – all'esito di quanto sopra – è testualmente dimostrata.<sup>1</sup>

Riconsiderazione che rifugge una inutile circolarità, prendendo le mosse da un capo diverso e perciò concentrandosi sulla *festuca*, che se da un lato non sembra occorrere nella *in iure cessio*, dall'altro caratterizza imprescindibilmente il rito della *legis actio sacramento*. In effetti quel bastoncino doveva richiamare l'*hasta* – giavellotto da combattimento – e, con essa, l'idea stessa del *dominium*, nella sua fenomenologia più piena della cosa sottratta al nemico vinto. Non solo: indicata talvolta con il segno *vindicta*, la *festuca* tradisce la propria prossimità denominativo-funzionale all'azione (materiale sottesa alla) processuale della *rei vindictio*.<sup>2</sup> Da qui la facile dimostrazione del collegamento tra la *virgula* e la revindica della proprietà e degli altri diritti reali.

L'importanza della *festuca* dovrebbe essere tale da comportare la distinzione netta dei procedimenti che si svolgono con l'impiego di questa (*rei vindictio*, in tesi), da quelli che invece ne possono fare a meno (*in iure cessio*, sempre in tesi): con ciò sembrerebbe suffragarsi con molta nettezza la lettura della inassimilabilità dei riti in confronto. Eppure la conclusione sarebbe, ancora una volta, affrettata: esiste infatti un rito figurativamente intermedio ai due in esame; un rito che non è revindica e che non è *in iure cessio*, ma che ricorda da vicino entrambi. In esso sicuramente veniva

<sup>1</sup> A proposito di *legis actio vocatur*, notava la «manière un peu singulière dont s'exprime le texte» già LEVY-BRUHL, *La nature* cit., 117. Torna in esame l'argomento indiziante la difformità tra i riti, così tripartito: necessità e ruolo della *festuca*; diverso impianto temporale dei predicati usati nei passi gaiani in confronto; difformità rituali rilevabili per gli stessi.

<sup>2</sup> Sulla simbologia attinta dalla *festuca*, Gai 4.16, in fine: *festuca autem utebatur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini, quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*. In proposito si veda la critica svolta da TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 85 ss. (il quale – 96 – rivendica all'*hasta* magiche virtù purificatorie, che in me si apparentano con la purgazione delle ragioni passive gravanti sul bene all'incanto); critico della lettura gaiana anche SANTORO, *Potere ed azione* cit., 278 s.; sul ruolo significato dalla *vindicta*, BETTI, *La vindictio romana* cit., 9 s.; LEVY-BRUHL, *Le simulacre* cit., 172 s.; segnale inoltre PH. MEYLAN, *La baguette symbole de la propriété civile dans la Rome des origines*, in «Melanges Guisan», Lausanne 1950 (n.v.). La sinonimia tra *festuca* e *vindicta* è stata oggetto di critica da parte soprattutto di NOAILLES, *Vindicta* cit., 4 ss., 26 s. (accezione di *vindicta* quale deverbale sostantivo di *vindicare*), approvato da PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., 1.65 nt. 70. La letteratura è oggi però orientata nel senso della identità: oltre a H. LEVY-BRUHL, *L'affranchissement par la vindicte*, in «Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno di insegnamento», Palermo 1936, 3.1-19, ora in ID., *Quelques problèmes* cit., 56-76, 57; ID., *Le simulacre de combat* cit., 172 e nt. 1 (si veda anche, ID., *Recherches sur les action de la loi*, Paris 1960, 41 ss.); LUZZATTO, *Procedura civile* cit., 2.95; GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., 106 ss.; BISCARDI, *Lezioni sul processo* cit., 67; SANTORO, *Potere ed azione* cit., 267; TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 10, 77 (equivalenza sopravvenuta in età almeno augustea, modificandosi la diversa percezione dei segni che si aveva al tempo della confezione dei *verba*).

usata la *vindicta*, come è tradito dal nome con il quale è richiamato nelle fonti: *manumissio vindicta*, ovverosia la forma più solenne di manomissione servile.<sup>1</sup>

Salvo ritenere che la *vindicta* non sia la *festuca*,<sup>2</sup> non è possibile escludere ragionevolmente l'uso del bastoncino nella forma di manomissione in oggetto che, per l'appunto, è detta, con ablativo strumentale, *vindicta*. Ciò è molto importante perché – lo evidenziavo poc' anzi – tale forma di manomissione mostra caratteri procedurali propri e della revindica e della *in iure cessio*, perciò candidandosi a seconda figura negoziale coniatà – come, per *communis opinio*, il citato negozio traslativo – in applicazione dello schema già contenzioso, proprio della *legis actio sacramento*.

La *manumissio vindicta* si svolge infatti presso il magistrato, tra un soggetto *prior vindicans* (ora *adsertor libertatis*) e il *dominus* del servo da liberare. Il primo dei due afferma la libertà dello schiavo, rivendicandolo *secundum libertatem*; l'altro tace ovvero – si può immaginare – interrogato sulla intenzione di contravindicare (*in servitatem*) risponde di no. Il pretore *addicit secundum libertatem* e lo schiavo, da quel momento, è libero e *civis*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Dalla *vindicta*, anzi, quella forma di manomissione ritrae la propria denominazione tecnica: *manumissio vindicta*, nel senso di manomissione che si svolge per mezzo della *vindicta*, così come quella *testamento* si aveva attraverso il negozio di ultima volontà e quella *censu* in occasione de – e grazie a – il censimento quinquennale (nel senso di un probabile riferimento piuttosto alla *vindicatio* implicata dal rito, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 118). Per un saggio circa lo stato della letteratura del primo Novecento (restauratosi ormai quale *communis opinio*, ritenuta anche presso gli autori che richiamerò alla nota 3 di questa pagina), posso rinviare a M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS., 28 (1907), 1-114, «Fortsetzung» dello studio comparso nel 1904 sulla medesima rivista, 1 ss.; W. W. BUCKLAND, *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 441, 451; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>6</sup>, Milano 1919, 42; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>4</sup>, Paris 1929, 130 s.; E. WEISS, sv. *Manumissio*, in PWRE., 14,2 (Stuttgart 1930), 1366-1377, 1367 ss. (fuori delle trattazioni istituzionali, BETTI, *La vindicatio romana* cit., 33). Letture speciali e sopravvenute in LEVY-BRUHL, *L'affranchissement par la vindicte* cit., 58 ss.; PH. MEYLAN, *L'individualité de la manumissio vindicta*, in «Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento», Napoli 1953, 4.469-484; TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 53 ss. Sul modello contenzioso di riferimento del negozio, se da questo derivato (così per la manualistica sopra richiamata, cui posso aggiungere per ulteriore esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906, 172: «processo apparente sulla condizione di libertà»; GIRARD, *Manuel* cit., 131: «c'est le procès de liberté ... utilisé artificieusement pour donner la liberté à un homme en ayant l'air de reconnaître sa liberté preexistente»; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, 1, Paris 1927, 324 s.): N. NICOLAU, *Causa liberalis. Etude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris, 1933, 99 ss.; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961, 6, 52 ss., 55.

<sup>2</sup> Recidendo così alla base l'argomento che sto illustrando, ma rendendo difficilissima la interpretazione di Gai 4.16: ...*ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI, et simul festucam imponebat*. In effetti si è cimentato acutamente in tal senso NOAILLES, *Vindicta* cit., 39 ss., osservando come la *vindicta* fosse imposta all'*adversarius*, mentre la *festuca* alla cosa controversa (in senso contrario, giustamente, SANTORO, *Potere ed azione* cit., 265 s., per il quale al *tibi* deve essere riconosciuto un «valore di richiamo e di avvertimento» rivolti alla controparte, perché vedesse bene quanto il *vindicans* stava facendo; ascrive al *tibi* della sequenza il corretto valore «cd. etico» F. LA ROSA, *Postille a Gai., inst., 4.16*, in RDR. 3 (2003), 1-2, 2). Certo è che Gaio non doveva percepire la differenza tra le due cose, giacché il breve volgere del passo che le menziona lascia intendere la sicura sinonimia evidenziata anche dall'uso iterato del predicato *imponere*. Torna forse utile l'argomento di TONDO, *Aspetti magici* cit., 10, per cui i due segni impegnavano originariamente campi semantici diversi, i quali vennero solo successivamente, per una sorta di metonimia, a coincidere, almeno nell'immaginario giuridico, dove la *festuca* doveva essere facilmente associata al *vindicare*. Ad ogni modo, l'associazione necessaria della *festuca* all'atto del *vindicare* (riconosciuta anche da chi ha escluso la sinonimia) fa salvo l'argomento per il quale nella manomissione *vindicta* occorre l'*impositio festucae*.

<sup>3</sup> Pur in difetto di fonti, così è orientata oggi la migliore dottrina: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* cit., 80; ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 119 s. (con la precisazione di un diverso modo sopravvenuto, per il quale la *vindicatio* era operata dal *dominus*); TALAMANCA, *Istituzioni* cit., 93; PUGLIESE, *Istituzioni* cit., 56 e 363 (dove

Siccome, ai termini della sintesi ora svolta, non mi pare possibile negare la quasi perfetta corrispondenza del procedimento di manomissione con la *in iure cessio*, sol che al cessionario di sostituisca il così detto *adsertor in libertatem*, al cedente il *dominus* (che in un certo senso aliena il *servus*), all'*addictio* magistratuale che fa nella *in iure cessio* il cessionario proprietario della cosa (fintamente) controversa, il provvedimento magistratuale che rende l'*homo* libero, è possibile tracciare una analogia importante e concludere – allo stato – per la possibilità di mutuare largamente gli elementi procedurali noti dell'una nella ricostruzione dell'altra: e così ragionando, la *festuca* o *vindicta*, che nella manomissione doveva essere presente, finisce per entrare nel rito della *in iure cessio*, nonostante il silenzio mantenuto da Gaio sul punto.<sup>1</sup>

Se dunque la formazione del negozio di manomissione ricalca quella della *in iure cessio* (o viceversa: non rileva qui la priorità storica di un istituto sull'altro), derivando entrambi dalla applicazione a scopo negoziale dell'antico modo contenzioso, e se nella manomissione è necessario imporre la *vindicta* o *festuca* alla *res litigiosa* (o comunque munirsi di essa), se ne deve ricavare che, anche nella *in iure cessio*, il ces-

– come per Bernardo Albanese – le tracce di una pronuncia di libertà da parte del *dominus* sono riferite alla forma di *manumissio vindicta* successiva e semplificata di cui dicono con maggiore diffusione, per esempio, BUCKLAND, *The Roman law of slavery* cit., 452; HUVELIN, *Cours élémentaire* cit., 1.325; MARRONE, *Istituzioni* cit., 207 s. (con qualche dubbio sullo stato paraprocedurale di partenza e con imputazione del ruolo attivo del *dominus* a un regime successivamente introdotto): la *communis opinio* è oggi tornata nel senso generalmente ritenuto negli anni Trenta del Novecento, prima che si aprisse una importante e contraria parentesi: LEVY-BRUHL, *L'affranchissement par la vindicte* cit., 57: «la doctrine voit donc, sans note discordante, dans l'affranchissement *vindicta* un procès ou tout au moins une procédure judiciaire dans laquelle le maître joue le rôle de défendeur, tandis que le rôle de demandeur serait comme dans une *causa liberalis* normale tenu par un *adsertor libertatis*». In senso contrario hanno marcato i decenni posti a cavallo della metà del secolo scorso le opinioni di LEVY-BRUHL, *L'affranchissement* cit., 64 (imposizione della *festuca* da parte del *dominus* a conferma della condizione servile di partenza e ritiro della stessa per imprimere allo schiavo il destino di libertà), 71 ss. (rigetto della corrispondenza formale della *manumissio vindicta* con il processo di libertà, mediante il confronto del diverso esito sostanziale raggiunto per l'una e per l'altra, in caso di mancata *contravindicatio in servitutum*: liberto astretto ai vincoli di patronato, contro *ingenuus* restituito al proprio status); L. ARU, *Breve nota sulla manumissio vindicta*, in «Studi in onore di A. Solmi», Milano 1941, 2.301-324; NOAILLES, *Du droit sacré* cit., 62 ss. Sul punto è utile l'asciutta sintesi introduttiva di MEYLAN, *L'individualité* cit., 469 ss., che prelude alle conclusioni raggiunte dall'A. – 481 ss. – nel senso di un rito ben distinto da quello contenzioso di libertà, perché costruito sull'affermazione preliminare del *dominus* del proprio diritto sullo schiavo e correlata *impositio festucae*, seguita subito dalla manifestazione della volontà di liberarlo e dall'intervento efficiente di un littore che, portatore di un'istanza pubblica, ne dichiara la libertà, infine *addicta* dal magistrato. Nel senso invece contrario, della corrispondenza tra il modello contenzioso e quello negoziale, specialmente FRANCIOSI, *Il processo di libertà* cit., 6, 55, con citazione di letteratura (6 nt. 23, 54 ntt. 8 e 10); iniziale mutuaione delle forme della *in iure cessio* (e dunque della *legis actio sacramento*) anche per M. KASER, *Über Verfüigungsakte gewaltunterworfenener mit Studien zur Natur der manumissio vindicta*, in *SDHI*. 16 (1950), 59-85, 72 ss.

<sup>1</sup> Coltivando gli argomenti spesi per distinguere la *festuca* dalla *vindicta* (sono succintamente riferiti alle note 2 di p. 116 e ss.), è possibile tracciare una ipotesi per la quale la *manumissio vindicta* sia fondata su di una *vindicatio* o – appunto – *vindicta* compiuta senza l'uso della *festuca*, proprio come avviene nel caso della *in iure cessio*, dove la cosa artatamente controversa è in effetti rivendicata dal cessionario, il quale però non si giova del bastoncino. La tesi si scontra, da un lato, con una sinonimia tra *festuca* e *vindicta* che, forse sopravvenuta a uno stato originario di distinzione (si vedano in proposito le tesi ricordate alla nota 2 di p. 117), è evidentemente percepita da Gaio; dall'altro, con le testimonianze che legano il bastoncino alla liberazione dello schiavo (Plaut., *Mil.* 961; Boeth., *ad Cic. top.* 2.10): bastoncino peraltro presente nella scena di *manumissio* rappresentata nel bassorilievo n. 26 (n.v.) conservato in Belgio, presso il «Musée royal de Mariemont», di cui al disegno riprodotto in calce all'indice delle fonti in TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 213, al quale – 1 ss. – rinvio per l'approfondita rassegna delle occorrenze della *festuca* in relazione al rito della *manumissio vindicta*.

sonario dovesse ricorrere al bastoncino o per imporlo, secondo il calco contenzioso completo, ovvero per farne un diverso uso preliminare, ove si ritenesse di escludere – come io ritengo – il compimento nella *in iure cessio* della gestualità completa, descritta in Gai 4.16 a proposito della *legis actio*.

La questione deve essere per il momento archiviata registrando problematicamente argomenti favorevoli e contrari all'uso della *festuca* nella *in iure cessio* e osservando in margine che quello derivante dalla analogia con la *manumissio vindicta* sembra poter prevalere sugli altri.

Messi infatti a fuoco i profili della formalità gestuale e verbale dei riti in confronto (numeri 1 e, soprattutto, 2) e della possibile loro differenza in punto di impiego o meno della *festuca* (numero 3, prima parte), resta tra gli adempimenti preliminari l'esame del rilievo del diverso tempo verbale utilizzato da Gaio nel descrivere la *in iure cessio* (dove le azioni connesse sono rese al presente indicativo) e la *legis actio sacramento* (dove si trova invece l'imperfetto indicativo).

L'argomento è sostanzialmente ambivalente: esso infatti potrebbe esser vinto preliminarmente osservando come il tempo imperfetto utilizzato in 4.16 (dal quale si ricava in tesi la indipendenza della effettiva *in iure cessio* dalla desueta *legis actio*) non sarebbe compatibile neppure con la sopravvivenza del *sacramentum* nel caso in cui si intendesse promuovere il giudizio centumvirale, sopravvivenza che pure consta in altro luogo delle stesse Istituzioni veronesi:

[Gai 4.31] *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale iudicium futurum est. sane quidem cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum.*

Se però tale ultimo passo, dimostrando l'attualità di un procedimento sacramentale al tempo di Gaio nonostante che il giurista trattasse altrove del *sacramentum* in genere utilizzando il tempo imperfetto, giova a stemperare l'argomento dei diversi piani temporali dei verbi impiegati rispettivamente in 2.24 e 4.16, lo stesso può rinvigorire l'argomento, considerato che proprio in 4.31 è attestata la eccezionale sopravvivenza della *legis actio sacramento* nella sola applicazione che ho ricordato (*cum ad centumuiros itur*), nulla dicendosi al proposito di pretese ulteriori sopravvivenze del rito abrogato, ancorché convertito in applicazioni negoziali.

In conclusione provvisoria, prendo atto della diversa manifestazione procedimentale dei riti della *legis actio* contenziosa e della *in iure cessio*; della possibilità che in entrambi fosse necessario servirsi della *festuca*, giusta il parallelo che, nel silenzio della fonte, ho tracciato con la *manumissio vindicta*; della irrilevanza dei diversi tempi verbali adoperati da Gaio nel descrivere i due riti in 2.24 (presente) e 4.16 (imperfetto): registro dunque un argomento a favore della non corrispondenza dei modelli rituali, uno contrario, uno equivoco.

4. La «*in iure cessio hereditatis*» e l'omessa resistenza alla «*hereditatis petitio*» svolta in forma di «*legis actio*». Il discorso che però voglio svolgere in queste pagine non riguarda il solo confronto formale dei procedimenti o del modo con cui ne ha riferito Gaio nelle Istituzioni veronesi (ciò che senza dubbio – non intendo negarlo – è importante). Mi interessa piuttosto un approccio al problema dei rapporti sostanziali tra la *in iure cessio* e la *legis actio* contenziosa; un esame delle analogie e delle differenze del frutto dei procedimenti, se misurati nell'ambito di fattispecie per quanto possibile



simili. La questione dell'essere o meno la *in iure cessio* applicazione dello schema contenzioso della *legis actio* – cruciale per le considerazioni svolte ai numeri precedenti – resta in questa prospettiva al margine del ragionamento, rientrandovi soltanto in ultima analisi, quale presupposto di giustificazione di esiti perseguiti diversi (confermandosi in tal caso la non corrispondenza dei riti osservata nella critica della *communis opinio*), ovvero analoghi (confermandosi in tal caso la corrispondenza di cui alla lettura generalmente seguita).

Mi interessa, in altre parole, una verifica empirica della comparazione dei risultati che derivano dall'esperimento procedimentale. Mi spiego meglio, misurandomi subito con talune situazioni passibili di deduzione tanto contenziosa che negoziale.

La prima ipotesi che voglio sottoporre all'esame consiste nel caso del proprietario di un servo, il quale eserciti l'azione di revindica per recuperarne il possesso. Allo scopo, egli si sarebbe recato presso il tribunale magistratuale, dove avrebbe procurato la presenza dello schiavo controverso; in quella sede avrebbe quindi dedotto la propria pretesa avviando il rito sacramentale. Tenendo pertanto in mano la *festuca*, egli avrebbe afferrato l'*homo*:

[Gai 4.16] ...*qui vindicabat, festucam tenebat: deinde ipsam rem adprehendebat ...*

e contestualmente pronunciato:

[Gai 4.16] ... *et ita dicebat...*

i necessari *certa verba*, toccando al tempo lo schiavo con il bastoncino:

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI.*

Come si vede, è pedissequamente la successione gestuale e verbale riferita da Gaio relativamente al *sacramentum in rem*. Sempre per la stessa ipotesi, suppongo che il soggetto controinteressato, che possedeva lo schiavo sottoposto a revindica, abbia seguito il *prior vindicans* fin davanti al pretore e abbia perciò assistito alla *vindicatio* diretta. Voglio poi supporre che, per un qualunque – irrilevante – motivo, lo stesso abbia infine deciso di non controindicare, mostrando perciò acquiescenza alla iniziativa avversaria. Ne sarebbe necessariamente derivato un provvedimento con il quale il pretore avrebbe attribuito al *prior vindicans* lo schiavo.

La seconda ipotesi che voglio tracciare implica ancora due soggetti, dei quali uno – proprietario, come sopra, di uno schiavo – lo voglia trasferire all'altro. Entrambi si sarebbero perciò presentati al pretore:

[Gai 2.24] *in iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, uelut praetorem...*

presso il cui tribunale il secondo, afferrato lo schiavo in cessione (sorvolò sulla *festuca*, che la fonte non menziona):

[Gai 2.24] *is, cui res in iure ceditur, rem tenens...*

avrebbe pronunciato:

[Gai 2.24] ...*ita dicit...*

i prescritti *certa verba*:

[Gai 2.24] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO.*

Ascoltatolo, il pretore avrebbe interrogato l'altro circa l'eventuale sua intenzione di esperire una *vindicatio* contraria. Appreso – esplicitamente o implicitamente – che no, il magistrato avrebbe *addictus* lo schiavo al (*prior*) *vindicans*. Salvo che per l'*interrogatio* finale (che non è riferita circa la *legis actio*), i procedimenti appaiono a prima vista formalmente identici.<sup>1</sup>

E invece son diversi: per il presupposto sostanziale, come è ovvio, essendo nel primo caso la *vindicatio* compiuta dal proprietario, nel secondo dal non proprietario;<sup>2</sup> per il contenuto del provvedimento di *addictio*, se misurato sul metro stretto del soccorso necessario (chi già era proprietario non ha bisogno dell'attribuzione del *dominium*, che invece preme a chi non lo era); per il rito, il quale, se apparentemente è identico, conosce invece non tanto la differenza della utilizzazione o meno della *festuca*, quanto quella – ben più rilevante – dei *certa verba*. Infatti:

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI.*

[Gai 2.24] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO.*

Manca nel formulario della *in iure cessio* il riferimento alla *causa sua*, per la quale la cosa controversa sarebbe nel *dominium* del *vindicans*.<sup>3</sup> Manca inoltre l'intero tratto re-

<sup>1</sup> Per l'identità si è orientato congetturalmente MARRONE, *sv. Rivendicazione* cit., 4, il quale ha sciolto il dubbio sull'esito del procedimento contenzioso che non registrasse la *contravindicatio* dell'*adversarius* rifacendosi proprio a Gai 2.24 e trapiantando in ambito (pre)sacramentale il regime cessorio ivi delineato.

<sup>2</sup> La *vindicatio* del cessionario non è compiuta *iniuria* (il *quando tu iniuria vindicavisti* di Gai 4.16) per il solo fatto del preventivo accordo – appunto – di cessione (nello stesso senso, inizialmente, H. LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire*, in *RHD.* 11 (1932), 205-226, ora in *Id.*, *Quelques problèmes* cit., 95-113, 99, il quale però offre subito – 101 – una lettura «inchoative» o «actuelle» per la quale l'affermazione di appartenenza avrebbe il valore meramente istantaneo caratteristico dell'occupazione della *res nullius*, tale essendo la cosa *in negotio*, giusta quanto detto in *Id.*, *La nature* cit., 119; ciò che finirebbe per stemperare – *Id.*, *La formule vindicatoire* cit., 105 – l'assunto comunemente ritenuto per il quale la *vindicatio* del cessionario è una «déclaration mensongère»). Ragiona sulla scia SANTORO, *Potere ed azione* cit., 136 ss., 138, rilevando nel predicato (*meum*) *esse* della formula vindicatoria quel valore incoativo, che prescinde da ogni contesto diacronico, concentrato com'è tutto sul momento di costituzione che scaturisce dal compimento della *legis actio*, la quale è processo e sostanza al tempo stesso (promiscuità messa a fuoco dal medesimo A., *op.cit.*, 356 ss., 370 ss.). Depongono nel senso della lettura citata, oltre alla tesi di BETTI, *La vindicatio romana* cit., 32 (esclusione dalla concezione primitiva di un «trapasso continuativo del diritto», con riconoscimento a ogni atto di acquisto di un necessario carattere «unilaterale, originario» e, dunque, «così creativo, come conservativo (protettivo)»); le importanti considerazioni svolte da DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 1 ss. (rassegna delle tesi in argomento), 126 ss. (in punto di creazione del diritto in capo al cessionario *in iure*) circa l'idea stessa di trasferimento della proprietà, la quale non sarebbe presente nello stato almeno primitivo del diritto romano, sopravvenuta essendo in più tarda età, all'esito di un approccio teorico decisamente maturo (in argomento, contro la risalenza della distinguibilità tra modi di acquisto a titolo originario e derivativo, anche S. SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, in *AG.* 14 (1927), 3-50, 24; VOCI, *Modi di acquisto* cit., 3 ss.). Il punto si risolve forse considerando la natura costitutiva o, meglio, incoativa del prodotto rituale (per il tempo almeno delle origini), per la quale diviene oziosa ogni distinzione in proposito di misura del soccorso o di attitudine a dichiarare, costituire o restaurare una posizione. In materia rinvio soprattutto a SANTORO, *Potere ed azione* cit., 111 ss. Nel medesimo senso, ancorché in chiave diversa, FRANCIOSI, *Il processo di libertà* cit., 62 s.

<sup>3</sup> Imputo il *suus dei certa verba* di 4.16 all'*homo* dell'esempio gaiano, osservando come quel possessivo sia riferito correttamente al soggetto dell'infinitiva retta da *aio*; respingo pertanto l'argomento di CORBINO, *La struttura* cit., 153 s., il quale ha espunto *secundum suam causam* dai *certa verba*, previo (anche) rilievo della non

lativo alla *impositio festucae*. Anche in questo caso mi limito a registrare la differenza, su cui ritornerò, per passare oltre.

Traccio adesso una terza ipotesi, che fa parzialmente eco alla mia prima: essa consiste nel caso dell'erede, proprietario dunque di una *hereditas*, che esperisca la *hereditatis petitio* per recuperarne il possesso che ha perduto (o che non ha mai acquistato). Allo scopo, egli si sarebbe recato presso il *ius* del pretore, dove, procurata la presenza simbolica della cosa controversa, avrebbe spiegato la pretesa, avviando – come nella prima ipotesi – il rito sacramentale. Tenendo quindi in mano la *festuca*, l'erede avrebbe afferrato la *res* e pronunciato i *certa verba*, toccando contestualmente il simbolo della eredità con il bastoncino:

HANC EGO FAMILIAM EX IVRE QVIRITIVM MEAM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI.

Si tratta di un tenore gestuale e verbale analogo a quello riferito da Gaio relativamente alla *rei vindicatio*, modificato nella sola parte in cui ho sostituito *homo* con *familia*.<sup>1</sup> Come già la prima che ho tracciato, anche questa terza ipotesi vuole che il soggetto controinteressato, che possedeva l'eredità, abbia seguito *in ius* l'erede con l'intenzione di resistergli e abbia perciò assistito alla *vindicatio* diretta di costui. Muovendomi ancora in parallelo, suppongo inoltre che lo stesso abbia però deciso di non revindicare a sua volta l'eredità. Il pretore avrebbe in tal caso definito il procedimento emettendo un provvedimento – analogo a quello formato nella prima ipotesi – con il quale l'eredità si sarebbe attribuita al *prior vindicans*.

La quarta e ultima ipotesi è lo specchio della seconda, che ricalca sostituendo soltanto l'oggetto della cessione che, invece dello schiavo, è – ancora una volta – l'eredità, la cui problematica specialità emergerà fra breve. L'ipotesi dunque prevede ancora due soggetti: da un lato un erede che vuol cedere l'eredità, dall'altro un estraneo alla successione, che quell'eredità vuole acquistare. I due avrebbero dovuto recarsi nel tribunale: ivi il secondo, afferrato un oggetto simbolico della eredità, avrebbe pronunciato i *certa verba* della *in iure cessio*, secondo il tenore riferito in Gai 2.24, che ho modificato nella sola parte in cui ho sostituito, al solito, *homo* con *familia*:

HANC EGO FAMILIAM EX IVRE QVIRITIVM MEAM ESSE AIO.

Al che il pretore avrebbe dovuto interrogare l'erede sulla intenzione sua di controvincare la *hereditas*. Verificato che egli non aveva quella intenzione, il magistrato

correttezza grammaticale del tratto, in quanto recante il possessivo *suus* in luogo del ritenuto preferibile *eius*. Devo comunque ricordare la possibilità che il tratto *secundum suam causam* non sia il completamento dell'infinitiva detta: ponendo infatti una cesura prima di *secundum*, invece che dopo *causam*, lo stesso tratto verrebbe ad includersi nell'enunciato seguente. In tal caso, *suus* dovrebbe riferirsi a *vindicta*: così NOAILLES, *Vindicta* cit., 37.

<sup>1</sup> Nel preferire per la sequenza processuale il segno di *familia* a quello di *hereditas*, faccio tesoro dell'insegnamento di U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII tavole*, in *Iura* 7 (1956), 24-91, ora in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, Milano 1973, 2.613-676, 625, 655, 661. Ritengo poi verosimile che la rigidità dei *verba* e il gusto per le forme arcaiche abbiano determinato la sopravvivenza di quell'antico segno, anche dopo l'affermazione del concetto della *hereditas* immateriale. Fuori delle parti di ricostruzione del tenore formale degli esperimenti esaminati, ho però optato per il meno impegnativo termine *hereditas*. Non intendo per ciò solo respingere, come errata, una ipotetica *vindicatio* restituita invece sul tratto *hanc ego hereditatem ... meam esse*, specialmente se riferita a *petitiones* di più tarda età, svolte *sacramento*, giusta la previsione Giulia di cui dice Gai 4.31.

avrebbe senz'altro *addictus* la cosa controversa al cessionario, pronunciando *secundum* l'affermazione di appartenenza non contrastata.

A dispetto della identità formale delle ipotesi seconda e quarta, il risultato sostanziale casisticamente raggiunto è diverso: nell'ultimo caso, infatti, l'effetto traslativo è ridotto: al cessionario si acquistano le sole cose ereditarie, non invece l'*hereditas* in quanto tale, né – a maggior ragione – il titolo di *heres*; viceversa, nella seconda ipotesi, al cessionario si acquistava lo schiavo *tout-court*. Allo stesso modo è spezzato il nesso di apparente identità di risultato, già corrente tra le ipotesi prima e seconda (revindica e cessione dello schiavo), alla luce della considerazione per cui quella identità non si osserva nelle ipotesi terza e quarta, dove si riscontrano, da un lato, il (*prior*) *vindicans* cui era attribuita l'appartenenza dell'eredità e del titolo di erede, necessario alla attrazione a sé delle ragioni obbligatorie attive e passive già facenti capo all'ereditando; dall'altro un cessionario delle singole cose facenti parte dell'asse relitto.

La sovrapponibilità degli esiti sostanziali raggiunti nelle ipotesi prima e seconda, apparentemente assoluta, è – mi ripeto e chiudo con ciò l'argomento – in realtà limitata, nella misura in cui gli esiti invece delle ipotesi terza e quarta differiscono. Questo è un punto fondamentale, alla luce del quale costruirò il resto della mia indagine.

5. *Le ragioni dell'effetto traslativo imminente.* Il regime speciale della *in iure cessio hereditatis* è illustrato in un lungo passo delle Istituzioni di Gaio, che conviene riportare, evidenziandone la quadripartizione logico-casistica (le porzioni di testo che riproduco separatamente si seguono peraltro in rispettiva continuità nel palinsesto veronese):

[Gai 2.35] *nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset...*

Il chiamato *ab intestato*, il quale ceda in *iure* la chiamata, perde il diritto alla adizione, che si attribuisce al cessionario. Quest'ultimo diviene erede nel momento in cui acquista la posizione di chiamato, significando i *certa verba* pronunciati in *iure* una concludente volontà di adizione.<sup>1</sup> Il cedente non deve essere *necessarius* dell'ereditando:

<sup>1</sup> L'esame più rigoroso dell'istituto è svolto a tutt'oggi in R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis. Spunti per la valutazione della hereditas*, in *SDHI*. 10 (1944), 1-100; e ciò nonostante che le conclusioni ivi raggiunte non siano sempre condivisibili, per le ragioni bene evidenziate negli scritti che hanno seguito l'apparizione del contributo citato: E. BETTI, *In iure cessio hereditatis, successio in ius e titolo di heres*, in «Studi in onore di S. Solazzi», Napoli 1948, 594-602, 595 ss., 600 (critico in punto soprattutto di improprietà del ricorso al concetto di alienazione della delazione, piuttosto che a quello della sostituzione-*successio in ius* del chiamato *ab intestato*, come tale fungibile entro l'ambito agnatzio di legge); F. DE MARTINO, *Nota in tema di in iure cessio hereditatis*, in «Studi in onore di S. Solazzi» cit., 568-589 (critico, oltretutto – 570 – sull'interpretazione stretta del *post obligationem* gaiano a proposito dell'attribuzione dei limiti effettuali della *in iure cessio* compiuta dal chiamato *ex testamento* al conio mancipatorio del negozio *mortis causa* di età classica); A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, in «Studi in onore di S. Solazzi» cit., 21-46, 38 ss. (critico oltretutto – 41 s. – sul punto dell'obbligazione verso l'eredità, anche in tema di trasmissibilità della delazione, che l'A. afferma – 39 – in via generale e salva l'eccezione, mentre AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis* cit., 13, era giunto a negare alla radice: «quel principio non esiste»). Prima di Rodolfo Ambrosino era intervenuto in argomento, con tesi eterogenea, il già citato LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio* cit., *passim*. Per la produzione più risalente, si vedano gli autori citati da AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis* cit., 4 nt. 4, tra cui soprattutto M. GARAUD, *L'in iure cessio hereditatis*, in *NRH*. 1 (1922), 141-190. In argomento, più di recente, ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 108 ss.

avuto riguardo alla chiamata contemplata nel codice decemvirale,<sup>1</sup> il cerchio della legittimazione attiva si chiude intorno all'*adgnatus proximus*.

[Gai 2.35] ...*post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

L'erede *ab intestato* – ovvero il chiamato che abbia compiuto la rituale adizione (è la situazione di cui alla quarta ipotesi che ho tratteggiato al numero precedente) – può compiere la *in iure cessio hereditatis* nei medesimi termini formali in cui l'ha compiuta il delato nella prima parte di Gai 2.35. L'effetto però non è lo stesso: egli resta erede, conserva la legittimazione passiva alle ragioni ereditarie, perde quella attiva; il cessionario acquista *inter vivos* i soli *corpora* facenti capo alla successione *de qua*.

[Gai 2.36] *testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit...*

La trasmissibilità della chiamata è possibile solo quando questa sia titolata *ex lege*: cedere la chiamata testamentaria è *nihil agere*.

[Gai 2.36] ...*postea uero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat.*

Cedere invece la *hereditas* acquistata in seguito alla accettazione della delazione testamentaria – pur nell'ambito di un negozio esteso alla intera *hereditas* e al presupposto titolo suo di *heres* (negozio sempre uguale nei quattro casi di Gai 2.35-36) – importa le conseguenze ridotte già viste per la *in iure cessio* compiuta dall'erede *ab intestato*, *post obligationem*.

La rassegna della disciplina della *in iure cessio hereditatis* ha dimostrato la realtà dell'esito imminente del negozio che ho immaginato quando ho tracciato, nel numero che precede, la quarta delle mie ipotesi. Alla tesi che vado costruendo giova la messa a fuoco della differenza che separa l'esito della quarta ipotesi da quello della terza (*hereditatis petitio* caratterizzata dalla sola *vindicatio* del sedicente erede), la quale invece importa – evidentemente – che, all'esito del provvedimento magistratuale, l'incontradetto *vindicans* sia erede a ogni effetto: la diversità degli esiti divarica irrimediabilmente i riti che l'hanno determinata ed estende il proprio effetto dirompente anche alle ipotesi parallele – sono la prima e la seconda del numero 4 – dove invece gli esiti sembravano apparentemente coincidere.

Per capire che cosa sia successo è necessario focalizzare la specialità della cosa controversa *hereditas*, che ho scelto – non a caso – per rompere l'apparente tenuta del sistema di omologazione che serrava in unità gli esiti sostanziali dei due procedimenti in confronto e che sembrava essere uscito confermato dalla riprova empirica della identità del risultato negli esempi relativi alla cosa schiavo (primo e secondo del numero precedente).

L'*hereditas*, l'ho detto, è uno specialissimo oggetto, il quale non si lascia trasferire liberamente da un titolare all'altro, come una qualunque altra *res*.<sup>2</sup> In letteratura si

<sup>1</sup> XII tab. 5.4 (FIRA, I<sup>2</sup>, 38).

<sup>2</sup> Ho studiato la compravendita di eredità in G. GULINA, *L'azione ex vendito in D. 18.4.24: fattispecie, patologia, rimedio processuale*, in «L'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana», Padova

è anzi sottolineata la forza di questa resistenza, giustificando con motivi di carattere agiuridico la deroga eccezionale che si osserva nel caso della *in iure cessio* compiuta dal chiamato *ab intestato*, prima del compimento della adizione.<sup>1</sup> L'*hereditas* è, nella misura in cui per essa si attribuisce il titolo di *heres*, indisponibile, per la poeriorità del principio fondamentale che vuole *semper heres* colui che lo sia stato *semel*. Ritengo tuttavia che l'interprete debba rifuggire la tentazione di imputare l'anomalia d'effetto alla specialità dell'oggetto che ho scelto. Se infatti la stessa *hereditas* da un lato può esser *addicta* al *vindicans* incontraddetto nella *legis actio* (terza ipotesi), con l'effetto di dichiarare o costituire questi erede *optimo iure*, mentre dall'altro può esser *addicta* al cessionario *in iure* (quarta ipotesi) con l'effetto imminente di attribuire a costui i soli *corpora* ereditari, una differenza significativa deve necessariamente insistere o sul provvedimento di *addictio*, o sulla affermazione rituale di spettanza della cosa controversa: certo è che – è dimostrato – nell'un caso la situazione sostanziale preesistente all'esperimento processuale esce confermata dall'*addictio* e continua a dispiegare il proprio effetto, per il quale il *vindicans* era ed è erede; nell'altro, invece, la situazione sostanziale risulta modificata, ma non al punto da equiparare il cessionario di una situazione (quarta ipotesi) al (pre)portatore sostanziale della stessa (terza ipotesi).

La *addictio* non avrebbe quella funzione costitutiva che solitamente le si attribuisce, proprio osservandone l'effetto in punto di *in iure cessio*.<sup>2</sup> L'effetto confermativo che indubbiamente le è proprio dovrebbe allora indurre alla indagine sulla diversità dei *verba* pronunciati, nelle rispettive ipotesi, del *prior vindicans* nella *legis actio* e dal cessionario *in iure*. Per il che si torna giocoforza all'analisi formale del rito e della fonte che ce ne restituisce i termini di svolgimento.

6. *Le ragioni dell'attribuzione al cessionario della cosa ceduta «in iure» e della attribuzione al «prior vindicans» della cosa non controindicata.* Sono io il primo a sospettare della aderenza di taluni dei concetti spesi in chiusura del numero che precede alla realtà del diritto romano: mi riferisco in particolare alla caratteristica di indisponibilità, che ho voluto rinvenire nella *hereditas* e nel necessariamente connesso titolo di *heres*. Il termine può essere – anzi: lo è senz'altro – imperfetto e l'applicazione sua convenzionale. Certo è che un qualche meccanismo di inibizione doveva impedire che il risultato pubblicisticamente impossibile del trasferimento attraverso la *in iure cessio* del titolo di *heres*, da parte di colui che già fosse tale, potesse essere raggiunto per via diversa.<sup>3</sup>

2007, 2.635-688, cui faccio rinvio per i non pochi problemi di ordine generale, che il negozio pone all'interprete.

<sup>1</sup> GUARINO, *Notazioni romanistiche* cit., 39, parla di uno «strappo» al principio della intrasferibilità della delazione, ribadito in via generale; AMBROSINO, *In iure cessio* cit., 4 ss., aveva viceversa evidenziato la logica stringente che tiene i termini effettuali dell'istituto, giungendo alla conclusione della generale alienabilità della delazione ereditaria. E ciò previo respingimento *in toto* delle letture che individuavano variamente le ragioni socio-politiche di un regime definito eccezionale e non altrimenti giustificabile (sono gli autori richiamati succintamente in DE MARTINO, *Note in tema* cit., 574, ntt. 15 ss., il quale – 576 – attribuisce un rilievo di ordine esclusivamente pratico «e non già desunto dalla struttura dell'istituto» all'istanza a succedere dell'agnato meno prossimo, in luogo del *proximus* che non voglia, ossia la fattispecie che GARAUD, *L'in iure cessio* cit., 144 s., aveva indicato come originativa della *in iure cessio hereditatis*).

<sup>2</sup> Sul punto, rinvio a KASER, *Das Altrömische Ius* cit., 104 ss.

<sup>3</sup> Un discorso del tutto simile potrebbe essere condotto in proposito di *adoptio* e di *emancipatio*, dove la *in iure cessio* dell'una e la *manumissio (vindicta)* dell'altra procurano l'effetto caratteristico degli istituti a condizione che fosse stata previamente estinta la *patria potestas* per la triplice vendita di XII Tab., 4.2b

Ciò che non era – ovviamente – per mezzo della *mancipatio* che abitualmente rivestiva gli accordi di cessione dei cespiti ereditari, anche quando – come nel caso del fedecommissio universale – l'intenzione delle parti era di costituire a ogni effetto un soggetto cessionario che fosse il successore sostanziale dell'ereditando.<sup>1</sup> Né poteva comunque essere attraverso un espediente di maggiore e disinvolta scaltrezza, quale quello che vado immediatamente a disegnare, sviluppando secondo una diversa linea l'ipotesi quarta, che ho formulato in chiusura del numero 4.

Propongo allora il caso dei due soggetti consueti – l'erede, che vorrebbe cedere, e l'aspirante cessionario – i quali non si rassegnano alla realtà dell'effetto ridotto della *in iure cessio* compiuta *post obligationem*, né intendono ricorrere alla *mancipatio* con le *stipulationes* accessorie di Gai 2.252 (né vogliono giovare della sopravvenuta compravendita consensuale dell'eredità). Pertanto decidono di tentare la carta non della *in iure cessio*, ma della *legis actio sacramento* (giusta l'ipotesi della diversità sostanziale degli esiti, oltretutto formale dei riti). Comparsi entrambi *in iure*, il cessionario, *festuca* alla mano, afferra l'oggetto recato in rappresentazione della *hereditas* e dice, manovrando al tempo il bastoncino:

HANC EGO FAMILIAM EX IVRE QVIRITIVM MEAM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI.

L'*adversarius*, ossia l'erede che, in realtà, intende cedere la propria posizione, tace omettendo di esperire la *vindicatio* contraria. Il pretore si comporta di conseguenza, attribuendo la *res litigiosa* al *prior vindicans*. Se, in questo caso, l'effetto della *addictio* non soffre i limiti quali-quantitativi di cui dice Gai 2.35, parte seconda, è aggirata la cogenza del precetto fondamentale del *semel heres, semper heres* e, con essa, quella che ho impropriamente chiamato indisponibilità del titolo di erede: l'aspirante cessionario si vede infatti *addicta* la *hereditas*.

Allo scopo di trasferire un'eredità *post obligationem* in spregio del divieto che si ricava da Gai 2.35, sarebbe dunque bastato munirsi di una *festuca* e aggiungere ai *certa verba* della *in iure cessio* il segmento caratteristico della *legis actio*: *secundum suam causam...*<sup>2</sup>

(FIRA, I<sup>2</sup>, 35). In caso contrario, la *in iure cessio* o la *manumissio* compiute senza quella preventiva estinzione, non provocavano il risultato voluto, impedito dalla costanza di un elemento che oggi diremmo di ordine pubblico (difformemente, PEROZZI, *Istituzioni* cit., 292, ha ritenuto che l'adozione fosse procurarata usando «in principio di finte rivendicazioni»; solo successivamente la giurisprudenza avrebbe semplificato introducendo l'estinguibilità della *patria potestas* e conservando nel nuovo contesto modificato «l'antica rivendicazione del figlio»); nel senso invece della natura «inaccessibile» della *patria potestas*, MEYLAN, *De deus traits* cit., 117 nt. 30).

<sup>1</sup> Ciò che dimostra da solo l'impossibilità della soluzione illecita che sto ipotizzando (quella per cui le parti si industriano nell'evasione del divieto del trasferimento della qualità ereditaria da parte di chi sia già *heres*): se i Romani non la praticavano (preferendo il risultato imperfetto del complesso di *mancipatio* e *stipulationes* accessorie di cui riferisce Gai 2.252), essa non doveva recare il frutto pieno della successione, che in apparenza prometteva. Stesso discorso per la *hereditatis venditio* consensuale, la quale da un lato non implicava il trasferimento della qualità ereditaria, dall'altro necessitava, per il funzionamento pieno della meccanica sinallagmatica di buona fede, del titolo oneroso. Sulla difficoltà di trasferire la *hereditas* mi sono soffermato in G. GULINA, *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane. Profili di merito sostanziale, cause di transazione, indizi processuali*. *PLIN.*, *epist.*, 5.1.2-10, in *SDHI*. 75 (2009), 261-330, 972 ss., 277 ss., 315 ss., 325 ss., con attenzione speciale alla causa, necessariamente presupposta nel negozio astratto di cessione.

<sup>2</sup> Plin., *epist.* 5.1, ricorda un caso parzialmente sovrapponibile: un certo Asudio Curiano riteneva di essere stato ingiustamente diseredato dalla madre, che aveva istituito al suo posto, con altri, lo stesso

In prevenzione della fin troppo scontata obiezione di chi opponesse che, anche nella ipotesi della *legis actio* difettosamente contenziosa (e cioè nel caso ora tratteggiato), gli effetti traslativi sarebbero stati limitati a quanto consentito con la *in iure cessio* compiuta *post obligationem* giusta Gai 2.35, parte seconda, traccio subito un'ipotesi ulteriore – l'ultima –, per la quale, mi pare, l'argomento sarà preventivamente spuntato: il caso adesso è quello di un *suus heres* che rivendichi titolo ed eredità nei confronti di un altro soggetto, il quale possiede l'asse perché, semplicemente, se ne è impadronito, o perché è stato *scriptus* in un testamento il quale però è nullo per omessa diseredazione del *suus*, ovvero ancora perché è un chiamato di grado ulteriore rispetto al *suus* che ho detto e si è immesso nella eredità ritenendo erroneamente che costui gli fosse premorto.<sup>1</sup>

L'esempio si riduce a quanto segue: il *suus exheres* avrebbe rivendicato l'eredità secondo il procedimento della *legis actio* contenziosa: si sarebbe perciò recato *in iure* con la *festuca*, avrebbe afferrato la cosa simbolica e pronunciato i *certa verba*, completi dell'inciso *secundum suam causam...*; al tempo stesso egli avrebbe toccato la cosa con il bastoncino. L'avversario, già deciso a resistere in ogni modo alla pretesa del *suus*, lo avrebbe seguito in giudizio, assistendo alla rituale sua *vindicatio*. Succede però che, al momento di controvincere, costui rinuncia, in considerazione – supponiamo – del rischio elevatissimo di soccombenza, ovvero per qualunque altro motivo di opportunità, compreso il biasimo diffuso che egli potrebbe aver percepito giunto nel foro, come sempre gremito di pubblico.<sup>2</sup>

Plinio. Asudio si era rivolto dunque a Plinio, affinché questi gli donasse la propria parte di eredità, con ciò riportando la situazione corrente verso un esito di maggiore equità (esito che sarebbe stato ulteriormente perseguito agendo poi nei confronti anche dei coeredi); Plinio rispose che – *epist.*, 5.1.3 – *non profuturum ei, si donassem, profuturum, si cecissem*, dichiarandosi quindi pronto a cedere effettivamente la propria quota ove gli fosse risultato che davvero il testamento materno era inofficioso. Emerse tuttavia informalmente il contrario e la cessione condizionatamente promessa non ebbe luogo, cosicché l'interprete può domandarsi oggi quale sarebbe stata la veste negoziale di quella cessione, visto che per essa avrebbe dovuto essere raggiunto un risultato equivalente a quello della istituzione testamentaria di Asudio e considerato l'effetto imminente della *in iure cessio* compiuta *post aditam hereditatem* di Gai 2.35. Studiando l'episodio – GULINA, *La querela inofficiosi*, cit. 325 ss., 328 – mi sono orientato nel senso di un rilascio materiale dei beni ereditari che, nell'intenzione di Plinio, si sarebbero dovuti attrarre ad Asudio per via del titolo di costui a succedere alla madre in presenza di un suo testamento inofficioso, ciò che doveva – sempre nell'intenzione – essere implicato proprio dal rilascio pliniano. Tanto premesso, criticavo tale soluzione, a mio avviso, impercorribile per via del fatto che questa presupponeva, dandole un seguito esecutivo, la inofficiosità del testamento della madre di Asudio: inofficiosità che gli interessati certo non potevano dichiarare in via principale, né delibare ai fini della rappresentazione di un titolo specialmente speso nel negozio cessorio. In aggiunta a quanto scrivevo allora, oggi mi domando che cosa sarebbe successo se Asudio e Plinio si fossero recati *in iure* e ivi il primo, *festuca* alla mano, avesse rivendicato l'eredità materna nei confronti dell'altro pronunciando i *verba* di Gai 4.16 in luogo di quelli di 2.24.

<sup>1</sup> La fattispecie, nella variante del *suus praeteritus* in favore dell'*heres scriptus* e della *legis actio* del primo – *exheres* – nei confronti del secondo, possessore dell'asse ereditario, ricorre già nelle fonti, quale celebre caso di scuola: Cic., *de orat.* 1.38.175; Val. Max., 7.7.1. La chiave logica della soluzione per la quale il *miles* degli episodi ora richiamati ottiene il riconoscimento della propria qualità ereditaria sta nella nullità del testamento che aveva istituito i suoi avversari. Nullità iniziale e insanabile – per dirla con la locuzione di P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Padova 1963, 2.638 – per la quale gli *heredes scripti* mai sarebbero stati eredi: il riconoscimento della qualità ereditaria in capo al *miles* (giusta la chiamata legittima, non preclusa dalla esistenza di un testamento nullo) ne avrebbe fatto nella specie il primo e unico erede del padre, con salvezza del principio del *semel heres...*

<sup>2</sup> Un episodio non troppo diverso si legge in Val. Max., 7.7.2: un giovane *exheres* porta avanti la pretesa all'eredità paterna, fino al momento supremo della prestazione del *sacramentum*, ottenendo solo allora la



Il procedimento, registrata perciò la sola *vindicatio* diretta, si sarebbe chiuso necessariamente *in iure*, con un provvedimento magistratuale di *addictio*, il quale – questo è il punto – non avrebbe potuto che avere l'effetto più pieno di riconoscere in capo al *suus* il titolo di erede, il *dominium sui corpora* ereditari, la legittimazione attiva e passiva alle ragioni già facenti capo all'ereditando e a quelle formatesi con la morte di lui.<sup>1</sup>

Il provvedimento che porta a tale effetto – *addictio* – è lo stesso che, per l'obiezione che sto prevenendo, avrebbe dovuto definire la *legis actio* disinvoltamente avviata dall'aspirante cessionario della eredità già adita dal cedente, in evasione dei limiti che affliggono la *in iure cessio*, se compiuta *post obligationem*. È evidente che, se la *addictio* attribuisce al *vindicans* incontradetto in un caso – cessionario smalzato – i soli *corpora* ereditari, in un altro invece – *suus praeteritus* – il titolo di *heres* e l'*hereditas* tutta, non è il provvedimento magistratuale di definizione del procedimento *in iure* a determinare la importante differenza di esito che ho evidenziato nelle contrapposte ipotesi.

Il che, a ben vedere, rappresenta un punto di svolta per il prosieguo dell'indagine, poiché la *addictio* è in realtà un provvedimento omologativo della affermazione incontrastata della parte, il quale va a cercare il proprio contenuto dispositivo, *per relationem*, proprio nel tenore di quanto affermato dal soggetto che processualmente se ne giova.<sup>2</sup>

Se perciò è consequenziale supporre che da affermazioni diverse derivino, *per addictionem*, conseguenze diverse, è difficile poter invece ritenere che dalla medesima affermazione incontrastata possano scaturire effetti diversi, in ragione di un discrimine soggettivo che, lungi dall'emergere nei *certa verba* oggetto di *addictio*, è radicato a monte dell'affermazione rituale. In quest'ultima considerazione si annidano due questioni importanti, che coinvolgono il cuore del problema che voglio affrontare

resa degli avversari, che *sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt* (in realtà costoro non avrebbero dovuto controvincicare, ma *vindicare* per primi, attesa la natura onoraria dell'aspettativa a succedere del figlio naturale e la costituzione di lui nella *possessio* ordinatoria). Diversamente da CORBINO, *La struttura* cit., 143 nt. 10, credo che, anche nell'ipotesi di rinuncia dell'avversario (presente) a controvincicare, la sequenza pronunciata dal *prior* (meglio: *unus*) *vindicans* fosse quella che si legge in Gai. 4.16, completa dell'inciso *secundum ... imposui*; nel caso di *absentia* dell'*adversarius* (*absentia* che impedisce la concludenza logica del *tibi* prescritto nel formulario lungo), il *vindicans* avrebbe fatto ricorso ai medesimi *verba* contenziosi, privati del solo *tibi*, se non addirittura alla formula breve di Gai 2.24. L'A. citato opina diversamente, anche perché ipotizza per la *legis actio* contenziosa una più articolata struttura dialogica, per la quale al primo tratto della sequenza (*hunc ... aio*) doveva seguire una sequenza analoga pronunciata dall'avversario. Controsequenza che avrebbe indotto il *prior vindicans* a proseguire con il secondo tratto del formulario (*sicut ... imposui*), altrimenti non pronunciato (nello stesso senso, già LEVY-BRUHL, *Recherches* cit., 50; possibilista MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 111).

<sup>1</sup> Lo ha rilevato fuggacemente anche DE MARTINO, *Note in tema* cit., 581, laddove ha scritto che, «mentre la *confessio in iure* consentiva all'attore di veder riconosciuta la sua qualità di erede, la semplice *in iure cessio post aditionem* gli permetteva solo di conseguire i *corpora* ereditari, ma non il titolo di erede e tutti i diritti conseguenti, compresi i crediti ereditari».

<sup>2</sup> Il predicato *ad-dicere* tradisce, anche morfologicamente, la propria funzione sussidiario-integrativa del *dicere* altrui. Sul punto si veda Fest. (Paul.), 12.1 (Lindsay): *addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo*. In proposito consta moltissima letteratura, che non posso adesso ricordare, anche per il peso marginale che il punto – peraltro pacifico – gioca ai miei fini. Posso dunque limitarmi a richiamare, oltre allo studio capitale e già utilizzato di WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat* cit., 90 ss., 115 (prima parte, 1904); i soli SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa* cit., 21 ss., 23 nt. 1, 26 nt. 2 (con ampia discussione di letteratura); SANTORO, *Potere ed azione* cit., 226 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. 2. La regolamentazione decemvirale*, Torino 1984, 91 ss., 108; HACKL, *Der Sakramentsprozess* cit., 172 s.

in queste pagine: la prima attiene alla imputazione del diverso effetto della *addictio* nella *in iure cessio* e nella *legis actio*, alle parole *secundum suam causam...*, ovverosia al tratto verbale che distingue i *certa verba* dell'un rito da quelli dell'altro e al quale deve perciò essere imputato il diverso portato della *addictio*. La seconda – più grave – riguarda invece la pozionalità della situazione sostanziale dedotta su quella processualmente formatasi per l'*addictio*, nel senso che, pure a parità di affermazione solenne magistratualmente omologata, i due protagonisti degli esempi sopra tracciati (lo scaltro cessionario e il *suus exheres*) escono dal rito l'uno proprietario dei soli *corpora* ereditari, l'altro erede a tutti gli effetti.

Il problema, in realtà, non è duplice come può sembrare dal modo in cui l'ho posto: nella parte in cui differiscono i *certa verba* dell'un rito e dell'altro deve essere cercato il riferimento, pur stilizzato, alla situazione materiale di partenza, la quale nella *legis actio* finisce per emergere ed improntare la sostanza della posizione del *vindicans* incontraddetto, come dichiarata dal pretore; nella *in iure cessio* resta invece relegata nei presupposti (oggetto al più di una delibazione preliminare in punto di legittimazione del cedente a cedere), estranea com'è alla situazione che consegue alla *addictio* magistratuale, in effetti confermativa di un'affermazione sprovvista del benché minimo addentellato reale e sostanzialmente confortata dal solo – meccanicamente irrilevante – accordo con la controparte circa il trasferimento di un titolo che tuttavia non è, a rigore, trasmissibile, per rivendica.

7. *Il titolo derivativo che si forma con la «in iure cessio»; il titolo preesistente che si manifesta nella «vindicatio» contenziosa. Considerazioni in punto di contraddittorio.* Si insegna comunemente che la *in iure cessio* è modo di trasferimento della proprietà, ovvero di acquisto di essa a titolo derivativo.<sup>1</sup> Nel sistema (maturo) del diritto civile, non solo

<sup>1</sup> Sull'inquadramento istituzionale della *in iure cessio* si possono vedere le opere di sintesi richiamate alla nota 1 della p. 109. Dubbi autorevolissimi insistono sulla risalenza nel tempo della distinzione tra i titoli originario e derivativo dell'acquisto della *res*. Dubbi che divengono certezza della recentiorità in DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 1 ss., 12, 83 ss., dove all'approfondita analisi delle dottrine formatesi a partire dalla pandettistica, segue la dimostrazione dell'assunto che l'A. ha posto a base della propria ricerca (affermazione del principio del trasferimento della proprietà «solo nel periodo romano-ellenico» e suo più rigoglioso sviluppo nel tardo diritto intermedio). Contro l'antichità dell'idea stessa di trasferimento del diritto si è orientato SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa* cit., 24. Anche in questo caso, il tema non si lascia concludere entro i termini del mio ragionamento, che tuttavia non può ignorare il problema. Ai miei fini non giova in realtà mettere a fuoco l'emersione del «concetto del trasferimento della proprietà», quanto capire il grado di possibilità di una struttura negoziale o processuale di modificazione della posizione sostanziale di due soggetti, la quale ponga in relazione quantitativa necessaria le posizioni trattate: se poi tale relazione sia riconducibile o meno all'idea di derivazione (o di *successio in ius*), poco importa. Ciò precisato, osservo come, anche seguendo la tesi di Pietro de Francisci e facendo propri gli argomenti importanti e dotti che l'A. enuclea in formazione della tesi sopra citata, non perciò solo si rinuncia alla affermazione della realtà storica dell'aspetto che a me preme di più, ovvero della sensibilità della posizione del cessionario *in iure* ai limiti quali-quantitativi della posizione del cedente: posto che presso i classici, in luogo del trasferimento del diritto del cedente, albergava il concetto più rude della *translatio rei*, DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 21, s'affretta a precisare che colui che riceve acquista «la proprietà, diritto nuovo, diverso da quello del cedente, ma naturalmente dipendente dalle facoltà di quello» (altrove – 101 –, ancorché in termini negativi di rilievo del difetto della caratteristica nella usucapione, l'A. parlerà di «generazione del diritto» da quello del precedente proprietario). Il titolo sostanziale a rivestire la qualità di cedente in relazione alla fattispecie acquisitiva integratasi in favore del cessionario è requisito pertanto preesistente (lo mette in luce anche VOCI, *Modi di acquisto* cit., 5, 33 – circa la *mancipatio* – e 63: posizione dell'acquirente «non diversa da quella dell'alienante e da essa anzi dipendente») alla sopravvenuta sistemazione teorica dei modi di acquisto,

romano, si è infatti soliti distinguere tra le forme acquisitive che comportano la successione del cessionario nella posizione del cedente e quelle che invece, funzionando a prescindere da qualsiasi rapporto intercorso tra i due, non consentono a rigore una continuazione di situazioni irrelate, se non per una occasionale rispettiva succedaneità temporale. E così, per esempio, se l'usucapione, comporterà l'acquisto della cosa a titolo originario, la *mancipatio* delinea una sequenza continua tra la posizione del primo titolare e quella del secondo. E ciò nel bene e nel male: se nelle ipotesi a titolo originario i limiti del diritto acquistato saranno connessi ai termini naturalistici della *res* e dell'azione di acquisto, in quelle derivative il contenuto risentirà invece della misura della situazione del cedente, giusta il principio ulpiano, per il quale *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*.<sup>1</sup>

Ora: di fronte all'esame della *addictio* magistratuale che sanziona l'acquisto della proprietà nella *in iure cessio*, si avverte la tentazione di sopravvalutare il tenore dell'affermazione incontrastata, fino a considerarlo come se fosse, per così dire, autocratico. Invece non lo è: ove infatti il cedente non fosse proprietario della cosa in cessione, il cessionario – per esempio – non ne acquisterebbe la proprietà, con la conseguente esposizione del cedente alla iniziativa di garanzia dell'evitto. Ciò che si ricava indirettamente da:<sup>2</sup>

previa loro divisione tassonomica in originari e derivativi. Il problema – tutto concettuale – che allora si pone riguarda il solo modo della compatibilità del limite sostanziale della posizione trattata, con i termini formalmente assoluti della affermazione di spettanza a sé del cessionario. Ricordo – perché significativamente sensibile alla questione ora detta – l'opinione di LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 109 s., per la quale la *in iure cessio* consisterebbe nella sequenza di una *derelictio* della cosa da parte del cedente e di una *occupatio* di essa – ormai *nullius* – da parte del cessionario (cfr. anche ID., *La nature* cit., 130). Ciò in un contesto omogeneo per cui, in antichità, l'ordinamento avrebbe fatto fatica a concepire strutture di acquisto a titolo derivativo: secondo l'A., i negozi che tali sarebbero divenuti – fra tutti la *mancipatio* – nascevano da fattispecie materialmente riconducibili alla occupazione (ID., *La formule* cit., 102 s.).

<sup>1</sup> Ulp. 46 *ad edictum*, D. 50.17.54. L'usucapione in realtà ha creato difficoltà tassonomiche presso i romani moderni che hanno coltivato il discrimine tra i modi di acquisto a titolo originario e derivativo in relazione all'essere o meno la cosa, al tempo della fattispecie acquisitiva, in proprietà di altri o *nullius* (a ciò tratti anche dalla incisa sistematica delle *Institutiones* veronesi): il punto è oggi superato giusta, per esempio, le considerazioni svolte da DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 98 ss., con richiamo, discussione e confutazione delle tesi in tal senso orientate e inserimento della usucapione tra i modi di acquisto a titolo originario, fermi i limiti della percezione di tale distinzione presso i classici.

<sup>2</sup> Sul passo celsino, LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio* cit., 131, con richiamo – *ibidem*, ntt. 2 ss. – dei dubbi espressi in letteratura sulla genuinità del frammento: da ultimo, pur nell'ambito della difesa della affidabilità sostanziale del frammento, P.J. KOUWENBERG, *Servitude et copropriété*, in *RIDA*. 24 (1977), 273-296, 278, 281, ha ritenuto che questo fosse in origine riferito al caso della *mancipatio* (in sede di compilazione, il riferimento all'antico negozio sarebbe stato soppresso in favore della generica *cessio* che si legge nel Digesto: è la tesi per cui P.F. GIRARD, *L'auctoritas et l'action auctoritatis. Inventaire d'interpolation*, in ID., *Mélanges de droit romain*, 2, Paris 1913, 153-305, 169, nt. 1, 176 s. e, soprattutto, 200 ss. nt. 2, si era opposto a coloro – sono ricordati da KOUWENBERG, *Servitude* cit., 275 ntt. 4 ss. – che invece avevano inteso strettamente i predicati *cesserit* e *cedentibus* della fonte, proponendo l'integrazione loro con l'*in iure* perciò implicato). La migliore ragione del dubbio circa la originaria menzione della *in iure cessio* nel frammento celsino è costituita dalla osservazione per la quale difficilmente si sarebbe potuta rivendicare una servitù per la sola parte del cedente (KOUWENBERG, *Servitude* cit., 283, chiama a conferma Afr. 6 *quaestionum*, D. 8.3.32 – *servitutes per partes neque acquiri neque imponi posse* –, oltre all'autorità di B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*<sup>3</sup>, Milano 1954, 164). Se, da un lato, l'argomento ora considerato priva (forse) dell'addentellato sulla fonte celsina la tesi della responsabilità per evizione del cedente *in iure*, lo stesso finisce, dall'altro, per corroborarla, nella misura in cui esclude la possibilità meccanica di cedere *in iure* ciò di cui non si dispone: il che è contrario alla costruzione rigorosamente performativa della *cessio in iure* e dei suoi *verba vindicatori*, se pronunciati entro un procedimento che si vuole sordo a ogni istanza traslativa della posizione che ne è oggetto. A

[Cels. 27 dig., D. 21.2.10] *Si quis per fundum quem cum alio communem haberet quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictione nomine, ceteris non cedentibus.*

deponendo evidentemente il passo nel senso della natura derivativa dell'acquisto della proprietà per *in iure cessio* (o, quantomeno, della dipendenza della posizione del cessionario da quella del cedente, della connessa responsabilità di quest'ultimo in ordine al rischio della evizione); cosa che – peraltro – è pacificamente ritenuta in letteratura:<sup>1</sup> eppure, ai termini dell'affermazione ritualmente svolta, la posizione giuridica oggetto di conferma per *addictio* si esauriva tutta nel rapporto di godimento esclusivo tra titolare e cosa, senza far riferimento alcuno alla situazione nella quale il cessionario subentra e dalla quale – questo in definitiva è il punto – il diritto in acquisto trae i propri limiti quali-quantitativi:

[Gai 2.24] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO.*

mio avviso, l'ipotesi della sostituzione giustiniana di *cessio* a *mancipatio* in D. 21.2.10 deve essere valutata con molta prudenza, in considerazione non degli elementi generali fondatamente spesi soprattutto da GIRARD, *L'auctoritas* cit., 200 ss. nt.2, ma del fatto che il testo lascia intuire una condotta del cedente, che abusivamente si comporta da proprietario esclusivo: *quasi solus dominus eius esset*. Il caso rappresentato ben potrebbe allora essere quello di colui il quale, comproprietario del fondo, costituisce su di esso una servitù che, per il futuro lo renda servente di un altro: il fatto che costui risponda per l'evizione dimostra, in primo grado, che il cessionario non si giova di un effetto assoluto del proprio incontraddetto *dicere*; in secondo, che il nesso tra la posizione sostanziale del cedente e quella del cessionario non si oblitera entro i termini assoluti dei *verba* vindicatori della *in iure cessio*. Fuori dell'ambito della fonte ora discussa, la responsabilità del cedente è, peraltro, facilmente ricavabile anche dal contesto gaiano di 2.20 ss., dove il modo più semplice di trasferimento, la *traditio*, è condizionato alla titolarità del relativo *dominium* in capo al cedente: *si modo ego eius dominus sim*. La basilarietà del requisito è tale da lasciarsi leggere quale minimo comun denominatore dei tre modi di trasferimento della proprietà, ordinati dal giurista secondo complessità crescente. In senso contrario MARRONE, *L'efficacia* cit., 115 nt. 259, per il quale *mancipatio* e *in iure cessio* sono accumanati in Gaio dalla sola attitudine al trasferimento della *res Mancipi*, mentre il passo celsino sarebbe riferito alla *mancipatio* e alla relativa *actio auctoritatis* (così anche KASER, *Das altrömische Jus* cit., 106 nt. 11, oltre al già richiamato GIRARD, *L'auctoritas* cit., 200 ss. nt.2).

<sup>1</sup> Contro il portato logico necessario della propria tesi (*in iure cessio* quale sequenza di *derelictio* e *occupatio*, anche LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 110 nt. 2, ha dovuto ammettere una responsabilità del cedente verso il cessionario per il caso almeno dell'evizione: cfr. ID., *La nature* cit., 129 s., 131, dove il problema è posto in termini che non fanno tesoro dell'astrattezza negoziale della *in iure cessio* e della possibilità di corrispondere un prezzo al di fuori di essa, come sicuramente avveniva per la *mancipatio*, dopo la fine della funzione monetaria dell'*aes rude*. Se è vero che il rilievo del riferimento celsino può essere stemperato allegandone la provenienza da un'opera – i *digesta* – non istituzionale e ritenendone perciò l'ambientazione nel tempo in cui visse il giurista proculiano (taciuta la manipolazione giustiniana), è altresì vero che la *in iure cessio* nasce con il germe della sensibilità ai limiti della posizione ceduta (lo dimostra lo scollamento del rito negoziale dal parametro contenzioso laddove il primo soltanto esige la presenza in iure dell'*adversarius*) e reclama perciò *in nuce* quel profilo responsabilizzante che emerge dal frammento in esame. In proposito soccorre ancora una volta l'insegnamento di BETTI, *In iure cessio* cit., 595 ss., 600, che ha rimarcato la struttura successoria caratteristica della *in iure cessio*). Anche orientandosi con maggiore prudenza e dunque escludendo per l'età più antica la meccanica teorica della *successio in ius* (ciò che è possibile muovendosi ancora nel solco del maestro camerto: BETTI, *La vindicatio romana* cit., 32), resta la considerazione del fatto che la posizione del cessionario dipende, in qualche modo (che si perde nella assolutezza dei *verba* della *vindicatio*), da quella del cedente. La sistematica corrente nei manuali istituzionali finisce comunque per recepire, forse per esigenze di sintesi e didattiche, non tanto l'idea della determinazione della posizione del cessionario in ragione dei limiti di quella del cedente, quanto la costruzione teorica sopravvenuta della partizione dei modi di acquisto in ragione della loro riconducibilità o meno a uno schema di derivazione.

La non insensibilità della situazione dominicale determinatasi per *in iure cessio* in capo al cessionario rispetto ai limiti di quella già propria del cedente dimostra – mi pare – la rilevanza di elementi sostanziali di presupposto, che pure non sono oggetto di spendita apparente nel rito.

E questo è un punto di cui la giurisprudenza deve aver tenuto conto nel confezionare l'espedito della *in iure cessio*, partendo dalla osservazione della *legis actio* contenziosa. Se è vero che i giuristi hanno tagliato dai *certa verba* preliminari al *sacramentum* le sequenze *secundum suam causam* e *sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*, la prima strada da battere è quella che passa dalla individuazione delle ragioni del taglio e dell'effetto che con ciò intendevano perseguire coloro che manipolarono l'antico formulario contenzioso.

Comincio concentrandomi sulla prima espunzione (*secundum suam causam*) e muovo dalla considerazione per la quale, se la giurisprudenza ha ritenuto davvero di rimuovere quel tratto per trasformare la *legis actio* contenziosa in *in iure cessio* negoziale, questo doveva avere una portanza incompatibile con la finalità derivativa della cessione.<sup>1</sup> Ciò vuol dire che la locuzione soppressa faceva riferimento al titolo

<sup>1</sup> Non posso rinviare oltre l'esame della tesi di CORBINO, *La struttura* cit., 161 s., per la quale il tratto *secundum suam causam* non farebbe parte del formulario della *legis actio*, ma sarebbe un inserimento parentetico dovuto a Gaio, che così ricordava la variabilità dei *verba*, passibili di quel minimo aggiustamento necessario alla vestizione della pretesa dedotta. Il punto si inserisce in un dibattito scientifico imponente per dimensioni, profondità e – potrei dire – accanimento: dibattito che è iniziato all'indomani della scoperta del codice Veronese, in margine al problema della interpunzione del passo (di cui ho fatto cenno più volte e per la ricostruzione del quale rinvio senz'altro a NOAILLES, *Vindicta*, cit., 28 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile* cit., 1, 276 ss.; oltreché – naturalmente – a CORBINO, *La struttura* cit., 143 ss.). Dibattito che, da filologico, è divenuto prettamente giuridico, con la considerazione forzata di una flessibilità procedimentale, che il testo non lasciava apparentemente intendere, ma che doveva in qualche modo consentire (vi era infatti in gioco, tra l'altro, la deducibilità dei diritti reali parziari): il punto è riferito con preciso corredo di letteratura in CORBINO, *La struttura* cit., 139 nt. 2. Nel quadro di una ben più ampia ricerca, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, 2, Roma 1976, 350 ss., individuava nel tratto *secundum suam causam* un riferimento stilizzato alla sostanza della situazione dedotta, avente la funzione di coordinare i limiti dell'iniziativa con i termini sostanziali di una pretesa che non si lasciasse riassumere brutalmente in un *meum esse aio*: il tratto in questione consentiva la possibilità di «farsi valere, nel concreto svolgimento della pretesa processuale, situazioni più complesse di quelle apparentemente rappresentate dalla semplice contrapposizione di due *meum esse*, tra cui ... forme di consorzio su singoli oggetti»: l'attenzione dell'A. era in quel caso precisamente concentrata sulle ipotesi di compartecipazione alla proprietà e dunque leggeva in senso servente le potenzialità del *secundum suam causam*. Prima di lui, altri avevano misurato quel tratto verbale su specialità diverse, ipotizzando l'occorrenza di esso nelle sole ipotesi in cui l'oggetto della *vindicatio* fosse passibile di appartenere secondo modelli distinti: l'*homo* dell'esempio gaiano avrebbe potuto infatti essere rivendicato, sotto l'insegna invariabile del *meum esse*, quale schiavo, figlio, o soggetto in *causa mancipii* (sviluppo del punto e riferimenti bibliografici in CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* cit., 2, 351 ss. e ntt. 15 e 17). La funzionalità del tratto alla migliore corrispondenza dei *verba* alla situazione dedotta sta alla base della lettura di CORBINO, *La struttura* cit., 145 ss., 161 ss., la quale si fonda sulla esigenza di variabilità che ho detto (139 ss.); su di una prima improbabilità, che il tratto concorresse a formare il primo inciso del formulario, mancandone la menzione in Gai 2.24 e in Cic., *Mur.* 12.26, dove si leggono analoghe *vindicaciones* (145 ss.: efficacissimo l'argomento contro la «precoce scomparsa»); su di una seconda improbabilità, che il tratto aprisse invece la parte finale del formulario, vocandosi piuttosto a quel compito copulativo il successivo *sicut dixi* (150 ss.); sulla imperfezione grammaticale del tratto che, se riferito al formulario, avrebbe dovuto semmai suonare *secundum eius causa*, non riferendosi il possessivo *suus* al soggetto della proposizione, come invece è per regola (153 ss.). Quella fondamentale variabilità affermata dall'A. in apertura e in chiusura dello scritto (140, 161 s.) doveva avere corso nella parte iniziale del formulario «una prima dichiarazione dell'*actor* tendente a rendere palese la

sostanziale speso da colui che, contenziosamente, voleva recuperare la disponibilità della cosa, opponendo all'avversario una causa sua propria esclusiva,<sup>1</sup> nient'affatto comune all'altro. Il che è l'esatto contrario di quanto avviene nella *in iure cessio*, dove invece la causa di prossima attribuzione al cessionario è precisamente la stessa di attuale attribuzione al cedente: assurdo sarebbe perciò stato revindicare una cosa nei confronti di un soggetto, sbattendogli in faccia – sia pure in formula vuota e stilizzata – il suo proprio titolo, il titolo – cioè – per il quale era lui il proprietario e non l'altro, che pure stava revindicando la *res*.<sup>2</sup> E infatti – riprova – il tratto in questione non com-

*causa dell'agire...», invariabile essendo la successiva: «...e una seconda invece rigorosamente invariabile». Il tratto dunque secundum suam causam, lungi dall'essere oggetto di rituale pronuncia in iure, non componeva la sequenza dei certa verba, ma aveva «la funzione di avvertire» il lettore delle Istituzioni «che la prima delle due affermazioni del vindicans era quella descritta ... unicamente perché quello era l'assunto processuale esemplificato». Diversamente avrebbe suonato quella prima parte, ove oggetto di revindica non fosse stato l'homo dell'esempio di Gai 4.16.*

<sup>1</sup> Seguendo la lezione di CORBINO, *La struttura* cit., 161 s., il discorso sulle ragioni dell'espunzione del tratto *secundum suam causam* cade, conservandosi solo per quanto riguarda l'ulteriore porzione del formulario, cui soltanto dovrebbe perciò ascrivere l'attitudine a procurare rilievo processuale alle ragioni sostanziali attinte dalla fattispecie. Nella difficoltà per me di maturare una posizione definitiva in proposito entro i termini di questo studio, preferisco muovermi secondo la lezione tradizionale, che vuole il *secundum suam causam* facente parte dei *certa verba* della *legis actio*.

<sup>2</sup> Nell'impedire l'emersione della situazione sostanziale preesistente in capo al cessionario, evidentemente incompatibile con quella che le parti intendevano negoziabilmente costituire *ex nunc* in suo favore, l'intervento ablativo sulla seconda parte dei *certa verba* doveva in qualche modo dare rilevanza alla situazione del cedente, che pure si limitava a tacere, consentendone la mutazione in capo al cessionario (dove la rilevanza in danno di costui degli eventuali vizi del titolo dell'altro). Così ragionando, mi muovo contro l'opinione di chi – per esempio CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* cit., 2.362 – imputa al tratto *secundum suam causam* una funzione di qualificazione della *vindicatio*, negando la riferibilità di esso alla sostanza della situazione, in termini di – si direbbe – *petitum* o di *causa petendi*. Campione in quest'ultimo senso era stato senza dubbio PUGLIESE, *Il processo civile* cit., 1.279, il quale aveva riconosciuto la plausibilità tanto del significato di *causa*, quale condizione giuridica della cosa rivendicata (soluzione obbligata ponendo, il punto di 4.16 dopo *causam*), quanto di quello di *causa*, quale ragione o fondamento dell'iniziativa (soluzione obbligata, ponendo il punto dopo *aito*): «la differenza tra questi due significati», concludeva pragmaticamente l'A., «risulta ... meno profonda di quanto di solito si suppone, poiché, anche interpretato nel primo senso, il termine *causa* quando lo si inserisce nel formulario riportato da Gaio, finisce con l'indicare la giustificazione giuridica della *vindicatio*» (allo stesso modo si era già orientato LUZZATTO, *Procedura civile* cit., 97 nt. 2: «agli effetti della causalità o meno della *vindicatio*, la punteggiatura è pressoché irrilevante»; conformemente, MARRONE, sv. *Rivendicazione* cit., 2 nt. 12: «per la sostanza cambia poco o nulla»). Ragionando in termini molto sostanziali, l'opinione autorevole ora riferita è senz'altro condivisibile. In punto di forma, viceversa, resta il dubbio della attitudine del tratto in questione a qualificare l'appartenenza rivendicata (con formula variabile o stilizzata, non importa) ovvero a circostanziare il modo della revindica effettuata, in ipotesi, *secundum suam causam* (dove il *suam* ben può riferirsi propriamente a *homo*, soggetto della infinitiva retta da *aito*, contro l'opinione di CORBINO, *La struttura* cit., 153, per la quale il riferimento a *homo* avrebbe dovuto essere reso semmai con *eius*, implicando il *suus* delle Istituzioni un riferimento al *vindicans*, soggetto della proposizione reggente; diversamente per NOAILLES, *Vindicta* cit., 27 ss., che legge altrimenti l'intera sequenza verbale, riconducendo il *suam causam* alla *vindicta* oggetto di *impositio*; ulteriore lettura del possessivo in SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 273 ss., che lo riferisce a *ius Quiritium*, previa sua accezione in un senso forte di specificità – «suo proprio, originale, caratteristico dell'oggetto al quale è riferito», che – *op. cit.*, 272 – ne giustifica la forma in danno dell'altrimenti preferibile *eius*). Depone nel senso di una minore verosimiglianza della funzione – per così dire – determinativa del *secundum suam causam* ipotizzata da CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* cit., 2.350 ss., 2.362 (con letteratura alle note 13 ss.) l'indizio che si trae dal modo con il quale, rivendicando una persona, l'affermazione di appartenenza era modulata su di un *meum esse* opportunamente calibrato (*filium meum*, per esempio, *ex* Gai 1.134: NOAILLES, *Du droit sacré*, cit., 55), senza che l'indicazione del regime potestativo cui la persona era rivendicata fosse rimesso al *secundum suam causam*.

pare nei *certa verba* della *mancipatio*, dove pure si tratta di trasferire una situazione dominicale da un cedente a un cessionario:<sup>1</sup>

[Gai 1.119] *is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA*

Nella sequenza mancipatoria compare, quasi in luogo dell'altro (proprio della *legis actio sacramento*), l'inciso caratteristico della antica compravendita per contanti, nella quale l'acquisto della *merx* avveniva contestualmente al versamento del prezzo, che tosto seguiva l'affermazione solenne, subito dopo averne verificato la corrispondenza ponderale alla misura pattuita.<sup>2</sup>

Come è caratteristico del modo suo di procedere, la giurisprudenza avrebbe perseguito lo scopo di formare un negozio di trasferimento senza badare alle contraddizioni, neppure troppo latenti, che il prodotto finito implicava. Tuttavia il riferimento alla causa dedotta nel rito contenzioso dovette essere avvertito con una insofferenza derivante o dal parossismo della contraddizione che nella menzione di quella causa si sublimava, o – più concretamente – dalla possibilità che il richiamo di essa potesse nuocere alla finalità traslativa, nel senso che il cessionario, avendo formalmente affermato la causa (asseritamente) preesistente, non avrebbe potuto poi giovare della causa sostanziale del cedente, che era la sola autentica e perciò idonea alla attribuzione materiale del bene, che dunque trova il titolo di proprietà non nella *addictio* magistratuale, ma nella sostanza della posizione ceduta.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Anche Gai 1.119 presenta una difficoltà di lezione, laddove molti hanno ritenuto di leggere, in luogo di *rem tenens, aes tenens*. Sul punto, che ai miei fini non ha particolare rilevanza, rinvio a PH. MEYLAN, *Gaius, Inst. 1.119: rem tenens ou aes tenens?*, in «Studi in memoria di E. Albertario», Milano 1953, 1.213-232 e CORBINO, *Il rituale della mancipatio* cit. 170. Entrambi orientati per la lezione *aes tenens*, che anche a me sembra preferibile, quanto meno per la maggiore probabilità della corruzione di *aes* in *rem*, piuttosto che di *rem* in *aes*: l'argomento è bene sviluppato in CORBINO, *Il rituale della mancipatio* cit., 156 ss., al quale rinvio (ivi – 152 nt. 7 – anche l'ampia rassegna delle opinioni espresse in letteratura).

<sup>2</sup> Si tratta di un titolo annichilito, ma pur sempre di un titolo: VINCENZI, *I modelli dell'appartenenza* cit., 302. Del resto è proprio l'annichilimento suo che ha consentito la conversione dell'antico negozio di compravendita in negozio astratto di semplice trasferimento della proprietà. È certamente grande la suggestione esercitata dall'ipotesi che la sequenza verbale della *mancipatio* sia stata costruita eliminando dai *certa verba* della *legis actio* il tratto deputato all'emersione della situazione dominicale preconstituita e riempiendo il vuoto così determinatosi con un tratto facente invece riferimento alla ragione o titolo della situazione che per quel negozio veniva costituita. Molti autori hanno naturalmente notato la natura vindicatoria della prima parte dei *verba* della *mancipatio*: ricordo per prossimità i soli BETTI, *La vindicatio romana* cit., 6, 36; DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 126 s., con – *ibidem*, ntt. 1 ss. – richiamo di letteratura; VOCI, *Modi di acquisto* cit., 30, 42 s., pure con letteratura, *ibidem*, nt. 4; O. BEHRENDIS, *La mancipatio nelle XII tavole*, in *Iura* 33 (1982), 46-103, 52. GUARINO, *Rem tene* cit., 86, li ha superati assimilando le *vindicatioes*, per così dire, processuali e sostanziali (compiute cioè con o senza *impositio festucae*), in un unico modello, dove il tenere la *res* o imporre la *vindicta* era promiscuamente (quanto fungibilmente) inteso quale reclamo della cosa a sé. A me pare viceversa prezioso muovere dalla osservazione per la quale i *verba* della *mancipatio* derivano dal cuore vindicatorio della *legis actio* contenziosa, mostrando – rispetto a questa – l'ablazione della seconda parte e la sua sostituzione con altra. Ciò perché, così ragionando, è costituita una specie di precedente per affermare la specialità della *in iure cessio*, quale negozio avente *certa verba* precisamente propri, ancorché derivati per manipolazione del formulario sacramentale: *certa verba* propri perché diversi da quelli di Gai. 4.16, con rigetto consequenziale delle letture (sono ricordate alle note 1 di p. 109 e, soprattutto, 2 di p. 110) tanto degli autori che hanno ritenuto per la *in iure cessio* la pronuncia dell'intera sequenza contenziosa, con *impositio festucae*, quanto di quelli che hanno imputato alla prassi la perdita di taluni *verba* (e *gesta*) originariamente prescritti (contro però depone a mio avviso insuperabilmente, l'argomento di CORBINO, *L'affermazione* cit., 145).

<sup>3</sup> La *addictio* magistratuale di definizione della *in iure cessio* sarebbe stata perfino inutile, nella misura

Diversamente doveva essere quando il rito si svolgeva in via contenziosa e dunque si trattava davvero di opporre una causa di attribuzione che, da un lato inerisse oggettivamente alla cosa, ridondando in favore del *vindicans*, dall'altro fosse incompatibile con l'eventuale titolo della turbativa contrastata (ove non di mero fatto) e che perciò non poteva in alcun modo attingere alla sfera giuridica dell'*adversarius*: se l'omissione del segmento *secundum suam causam...* favorisce la mutazione del titolo tra il cedente e il cessionario nella *in iure cessio*, la pronuncia delle stesse parole nella *legis actio* contenziosa sortisce l'effetto contrario di precludere ogni comunanza di situazione, rivendicandosi assolutamente l'oggetto a sé. Anche in quest'ultimo caso, l'efficacia della *addictio* con cui il magistrato avrebbe sanzionato la situazione determinatasi con la revindica non contraddetta da *vindicatio* contraria, non poteva prescindere dalla situazione sostanziale, come è dimostrato – credo – dal fatto che, negli esempi da ultimo tracciati, in forza della stessa *addictio*, il *suus exheres* dà pieno corso alla propria posizione di successore quiritario, il cessionario dei *corpora* deve invece accontentarsi di questi soltanto, pure all'esito dello smalzato esperimento della revindica completa del gesto festucario.

Una conferma corollaria di quanto son venuto sostenendo fin qui potrebbe essere – mi pare – ritratta dalla considerazione del fatto che, mentre nella *legis actio* contenziosa non è indispensabile la partecipazione dell'*adversarius*, nella *in iure cessio* non è possibile procedere senza la comparizione di cedente e cessionario:

[Gai 2.24] ...*praetor interrogat eum qui cedit...*

Nella *legis actio*, in effetti, poteva naturalmente intervenire un *adversarius*, come si evince facilmente dalla sintesi del rito in Gai 4.16 e come ho supposto io nel tratteggiare gli esempi primo e terzo del numero 4, caratterizzati da un controinteressato che effettivamente seguiva la controparte *in ius*, seriamente intenzionato a resistere alla pretesa controvantando la medesima situazione oggetto della deduzione introduttiva.

Nella *legis actio*, però – e questo è il punto – poteva anche succedere che quest'ultimo non seguisse la cosa in giudizio e lasciasse così che la pretesa asserita *omnibus verbis* dalla controparte avesse facile corso, giusta l'antica previsione di:

[XII Tab. 1.8 (FIRA, I<sup>2</sup>, 28)] *POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICTO.*

con ciò tratteggiandosi il caso della contumacia ante-litteram di una delle parti,<sup>1</sup>

in cui avrebbe – in ipotesi – confermato una attribuzione sostanzialmente ingiustificata, se espressamente titolata in una *causa* propria della *res*, *causa* asseritamente preesistente al rito e *sua*. Diversamente avviene infatti nella *mancipatio*, dove (oltre a non essere l'effetto traslativo rimesso a una *addictio*) all'affermazione della appartenenza della cosa altrui, segue immediatamente il gesto costitutivo di corresponsione del prezzo. Quanto adesso considerato getta una luce nuova e problematica sulla fattispecie di colui che intende acquistare la posizione di altri, rivendicandola dal finto *adversarius* mediante la pronuncia dei *certa verba* di Gai 4.16, completi di *impositio festucae* (è lo scaltro cessionario della *hereditas*, su cui ho costruito un esempio al numero 6): l'emersione della causa sostanziale espressamente invocata dal *vindicans* in precisazione del proprio esperimento dovrebbe poter inibire, non l'*addictio* che il magistrato avrebbe comunque emesso nel silenzio della controparte, ma il radicamento in capo al cessionario di una *casua* sostanziale di attribuzione, sol che per un istante si voglia dimenticare il cuore originario dell'affermazione rituale e l'effetto creativo giustamente ascritte dalla più attenta dottrina, in favore della considerazione più matura che dell'istituto dovettero avere poi gli stessi Romani.

<sup>1</sup> Non rileva nel ragionamento il profilo afflittivo della contumacia, maturando il quale, l'assente soccombe senz'altro. Rileva piuttosto il tenore dei *verba* pronunciati in *absentia* dell'avversario: tenore, che do-



complementare all'ipotesi fisiologica – eppure eventuale – del contraddittorio maturo, prelusivo della *litis contestatio*:

[XII Tab. 1.9 (FIRA, I<sup>2</sup>, 28)] *SI AMBO PRAESENTES...*

Ciò che dimostra – mi pare – la importante differenza tra i procedimenti negoziale e contenzioso, giusta il rilievo, da un lato, del rapporto di *successio in ius* caratteristicamente perseguito con l'istituto di trasferimento del diritto reale, l'efficacia sostanziale, dall'altro, della causa di attribuzione spesa nella revindica contenziosa del bene, la quale – pur ristabilita nell'effettività dalla *addictio* magistratuale – titola in via esclusiva il rapporto *erga omnes* che ha trovato occasionale soccorso – e non certo origine – nella *legis actio*.<sup>1</sup>

vrebbe essere limitato alla sola affermazione della spettanza a sé della cosa: *hunc ego hominem aio esse meum ex iure Quiritium secundum suam causam* (forse corredata del *sicut dixi vindictam imposui*), ogniqualvolta mancasse *in iure* l'*adversarius*, pena l'altrimenti ridicola pronuncia di un invariabile *ecce tibi* rivolto a nessuno (comunque lo si intenda, il dativo *tibi* presuppone la presenza dell'*adversarius*). Viceversa, ove l'*adversarius* fosse *in iure*, il *vindicans* avrebbe dovuto pronunciare l'intera sequenza, indipendentemente dal fatto che l'altro intendesse o meno resistere alla iniziativa. Ragiona diversamente CORBINO, *La struttura* cit., 143 nt. 10 e 148 nt. 25, in considerazione del fatto che per lui, in ogni caso, il formulario di Gai. 4.16 doveva essere dalla parte pronunciato fino al punto fermo (dovunque questo fosse) e proseguito soltanto dopo che l'*adversarius* avesse a sua volta esperito la *vindicatio* contraria (in tal senso già LEVY-BRUHL, *Recherches* cit., 50; possibilista in proposito anche MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 111): tanto in mancanza della controparte che in sua silente presenza, il *prior vindicans* (o meglio: l'*unus*) avrebbe perciò guadagnato l'*addictio* con la sola incontraddetta pronuncia della prima parte dei *certa verba*. Non ritengo di seguire l'A. nell'ipotizzare una articolazione dialogica che la fonte non sembra autorizzare (il *mittiteambo hominem* interviene *cum uterque vindicasset*: le *vindicaciones* sono integrate dalla intera pronuncia della sequenza, fino a *imposui*; diversamente il *mittite* precederebbe l'incrocio dei *gesta festucari*). Se dunque posso convenire sul fatto che, in mancanza dell'*adversarius*, la *vindicatio* dovesse fermarsi alla prima parte del formulario completo, questa bastando per l'ottenimento di una valida *addictio*, credo tuttavia che, presente la controparte, fosse onere del *prior vindicans*, svolgere l'intera sequenza verbale e compiere il gesto festucario, anche quando – per assurdo e fuori del caso negoziale della *in iure cessio* – fosse stato noto che l'*adversarius* non avrebbe controindicato. È infatti alla seconda parte dei *certa verba* che, come ho anticipato, riconduco la funzione di veicolare nel rito la (presistente) sostanza della situazione, che sarà conseguentemente costituita con il giudicato, nell'ipotesi fisiologica del contraddittorio contenzioso; con l'*addictio*, nell'ipotesi invece di *vindicatio omnibus verbis* del *prior vindicans* e di mancata *contravindicatio* da parte dell'*adversarius*: più precisamente, il tratto *secundum suam causam* doveva da un lato vestire il richiamo della situazione sostanziale vantata in fondamento attributivo; l'*impositio festucae*, dall'altro, significava la minaccia di *manum conserere*, ove l'*adversarius* non avesse fatto atto di remissione.

<sup>1</sup> Ragionando in termini forse estremi, neppure l'*addictio* pronunciata in chiusura della *in iure cessio* origina la posizione giuridica di poi vantata dal cessionario, se è vero che i limiti di questa sono precisamente quelli derivatigli dal cedente, in applicazione del già citato principio ulpiano per il quale *nemo plus iuris transferre potest...* Ha evidenziato questa meccanica strettamente successoria, BETTI, *In iure cessio* cit., 595 ss., 600; meccanica che CANNATA, *Qui prior vindicaverat* cit., 96 ha riferito già ai primi esperimenti del negozio, respingendo l'idea di una caratteristica sua sopravvenuta. Proprio rifacendomi allo spunto autorevole ora ricordato, ho inteso rinvenire nelle parole e nei gesti che differenziano il rito contenzioso da quello cessorio la traccia della autonomia sostanziale delle posizioni confliggenti, contro la struttura successoria nel medesimo titolo sostanziale che caratterizza la *in iure cessio* (ovvero, con maggiore sensibilità storica, contro quella meccanica un poco evanescente, che però perpetuava presso il cessionario i limiti della posizione del cedente). Poiché la differenza verbale e gestuale tra i riti consiste nel di più che si legge in Gai. 4.16 (e considerando l'improbabilità della caduta per accidente o per prassi di elementi rituali: è un argomento di CORBINO, *La struttura* cit., 145), ho stretto il cerchio intorno al tratto *secundum ... imposui*. Non mi sembra che la tesi soffra, se trapiantata nel più mite contesto di DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 21, visto che, nel rigettare l'idea stessa della successione nel diritto, l'A. ha precisato la reciproca non insensibilità delle posizioni delle parti cedente e cessionaria in punto di termini sostanziali del diritto trattato (nello stesso senso, con riferimento alla *in iure cessio*, anche VOCI, *Modi di acquisto* cit., 63).

Pur nei termini della congettura, l'inciso *secundum suam causam* mostra dunque una spiccata attitudine al richiamo del fondamento sostanziale del *meum esse*, ovvero di suo complemento o di sua precisazione: richiamo avvertito come controproducente nei *certa verba* del nascente negozio cessorio e perciò dalla giurisprudenza tagliato via, insieme al prosieguo verbale di accompagnamento del gesto festucario, parimenti soppresso per incompatibilità con la finalità di *successio in ius* allora perseguita, ancorché forse non concettualmente intesa. Dell'antico tenore di revindica, la *in iure cessio* conserverebbe la sola prima parte, troncata la sequenza negoziale al predicato *aiō*. Il formulario avuto per riferimento contemplava dunque un enunciato, per così dire sostanziale (*hunc ... causam*), seguito – dopo il punto fermo che prevalentemente si legge nelle edizioni di Gai 4.16 – da uno più schiettamente rituale (*sicut ... imposui*):

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI.*

Dei due – mi ripeto –, l'uno fu mutilato della parte di richiamo dell'assetto costituito della posizione dedotta e conservato nella sola parte strettamente vindicatoria; l'altro fu interamente abbandonato. Tale è la conclusione obbligata, ove si ritenga che il tratto *secundum suam causam* abbia la rilevata attitudine sostanziale.

8. *La specialità rituale della «in iure cessio».* Messa a fuoco la differenza negli effetti dei riti della *legis actio* contenziosa e della *in iure cessio* e ipotizzata una derivazione per ablazione tra i *certa verba* del rito contenzioso e quelli del negozio cessorio, resta da cogliere il nesso di causalità tra l'intervento manipolativo dei *certa verba* compiuto dalla giurisprudenza in creazione del modo paranegoziale di trasferimento della proprietà e gli effetti che da ciò sono conseguiti. Mi pare di poter schematizzare i termini dell'intervento ora ipotizzato nella soppressione della seconda parte del formulario, da *secundum* a *imposui*; nella omissione del gesto della *impositio festucae* (restando il dubbio della occorrenza, almeno preliminare, del bastoncino, comunque inutilizzato); nella richiesta partecipazione silenziosa del cedente.<sup>1</sup>

Quest'ultimo aspetto è forse il meno problematico: la meccanica scientemente traslativa (ancorché dissimulata in una forma essenzialmente dichiarativa e procurata in via di costituzione *ex novo*) della *in iure cessio* non poteva prescindere dall'intervento del dante causa. In ciò emerge chiara la differenza sostanziale della affermazione del cessionario e quella del *prior vindicans*, sotto il profilo dell'autonomo fondamento della posizione spesa: assente nella *in iure cessio*, (pre)esistente nella *legis actio*; derivato nell'una, proprio nell'altra.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ho indicato le differenze che sono conseguite all'intervento manipolativo specialmente al numero 2, quando ho confrontato i passi delle Istituzioni che riferiscono dei riti; ho illustrato le conseguenze effettuali degli stessi con i quattro esempi che ho proposto nel numero 4.

<sup>2</sup> Ben più complesso si presenta il problema per coloro che ascrivono, ancora per il tempo di formazione del negozio cessorio, una valenza promiscuamente ricognitiva e costitutiva («inchoative», «actuelle» per LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 101), destinata a spiegare il proprio effetto creativo, senza – va da sé – bisogno alcuno della partecipazione del cedente. Ciò premesso, svolgerò d'ora in poi il mio discorso avendo riguardo alla sostanza traslativa implicata dal negozio (nello stesso senso, CANNATA, *Qui prior vindicaverat* cit., 93), pur forgiato in termini di costituzione *ex novo* in capo al cessionario di una situazione dipendente da quella correlativamente estinta del cedente. Pertanto ricorrerò ai concetti di trasferimento

L'aspetto viceversa della manipolazione del formulario si presenta più difficile da cogliere nei suoi presupposti e, quindi, nel modo con il quale, dalla manipolazione ablativa, è potuto derivare l'effetto di creazione di un modo di trasferimento della proprietà, in luogo dell'esperimento di revindica. Su di esso voglio concentrarmi.

La difficoltà comincia già con lo stabilire la lezione dei *certa verba* contenziosi: nell'edizione cui mi sono riferito, il relativo passo delle Istituzioni di Gaio è infatti reso separando due proposizioni reggenti con un punto e virgola posto tra *causam* e *sicut*:

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI.*

Ragionando in chiave ricostruttiva dell'intervento che ha portato alla formazione dei *certa verba* della *in iure cessio* da quelli della *legis actio* contenziosa:

[Gai 2.24] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO.*

sembrerebbe al contrario più verosimile un testo di partenza, nel quale la parte oggetto del taglio fosse unitariamente compresa in un solo enunciato, portatore dei *verba* e dei *gesta* asportati, perché incompatibili con la nuova funzione ricercata. In tale prospettiva, meglio sarebbe se il formulario su cui la giurisprudenza intervenne a suo tempo avesse suonato piuttosto nel modo seguente:

[Gai 4.16] *HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; SECVDVM SVAM CAVSAM, SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSVI...*

Modo che è filologicamente ineccepibile, variandosi per esso la lezione ordinaria del palinsesto veronese nella sola interpunzione. La questione non è certo nuova (né semplice): non voglio addentrarmi in essa, se non nella misura minima che serve al ragionamento che sto portando avanti.<sup>1</sup>

Osservo allora che la lezione per la quale il segmento in questione segue il punto (e virgola) ed è perciò attratto al successivo *imposui* rappresenta il presupposto più facile dell'intervento giurisprudenziale di parziale ablazione del formulario della *legis actio*. La facilità si conferma ulteriormente considerando che il segmento sarebbe in tal caso caduto insieme all'occorrenza funzionale della *festuca*, che – per l'appunto – è venuta meno all'esito della medesima trasformazione dei *verba* rituali della *legis actio*, in quelli della *in iure cessio*.<sup>2</sup>

e successione senza appesantirmi ogni volta della precisazione che ciò è nonostante un'antica meccanica costitutiva, testimone di un tempo un cui povertà di mezzi e di concetti avevano costretto i termini dell'intervento giurisprudenziale di formazione del rito cessorio.

<sup>1</sup> Come ho anticipato, l'ipotesi di una lezione con il punto prima di *secundum* è stata formulata nel 1941 da NOAILLES, *Vindicta*, cit., 28 ss. (con richiamo anche delle soluzioni che hanno preceduto quella oggi comunemente ritenuta); in proposito si vedano fondamentalmente LUZZATTO, *Procedura civile* cit., 97 nt. 2 (che segue la lezione di NOAILLES, *loc.cit.*); PUGLIESE, *Il processo civile* cit., 1.276 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura* cit., 2.350 ss. (con citazione – ntt. 14 s. – delle soluzioni proposte, come succedutesi nel tempo); CORBINO, *La struttura* cit., 143 ss.; MARRONE, *sv. Rivendicazione* cit., 2 nt. 12 (che chiude il primo enunciato con *aio*, argomentando dalla sigla di Probo *s.s.c.s.d.e.t.v.*, che riporta in acronimo il tratto verbale da *secundum* a *imposui* – nello stesso senso LA ROSA, *Postille* cit., 1 –, la cui rilevanza era stata combattuta da CORBINO, *La struttura* cit., 151 s.).

<sup>2</sup> Ancora nel senso della attrazione del segmento al prosieguo del formulario sembra poter deporre l'osservazione dei *verba* utilizzati per confezionare la *sponsio praeiudicialis* dell'*agere in rem* (Gai. 4.93), dove

La conclusione raggiunta sulla natura sostanziale del tratto *secundum suam causam* è revocata gravemente in dubbio dal frutto delle considerazioni appena svolte, per le quali il destino caduco del tratto detto, comune a quello dell'intera sequenza festucaria, induce ad ascrivere al *secundum suam causam* un ruolo più direttamente connesso con il gesto impositivo.

Non resta che fare un passo indietro e cercare altrove spunti capaci di imprimere una svolta al discorso, la quale consenta il superamento dello stallo che si è determinato per il conflitto tra argomenti incompatibilmente deponenti. Ciò che farò misurando il ragionamento sui *certa verba* della *mancipatio*, i quali derivano verosimilmente dalla sequenza vindicatoria della *legis actio*:<sup>1</sup>

[Gai 1.119] ...is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA....

Anche in questo caso, la giurisprudenza ha mutuato la parte caratteristica della rivendica sacramentale, puntando a conseguire l'effetto di ricognizione dominicale che ad essa era evidentemente ascritto; la parte di conferma gestuale dell'affermazione di spettanza non è stata ripresa nel formulario della *mancipatio*, il quale anzi è stato completato di un tratto che, nella misura in cui reca il titolo del *dominium* conseguito, forse tradisce la funzione latamente analoga che la parte sostituita doveva, agli occhi dei contemporanei, svolgere nell'economia dei *certa verba* della *legis actio*.

Dall'osservazione dei termini formali della *mancipatio* si può in effetti ricavare che

il tratto *secundum suam causam* non segue il *meum esse aio*, mentre avrebbe dovuto farlo, se davvero l'affermazione dell'appartenenza quiritaria si fosse completata in esso, ivi spiegando l'attitudine sostanziale che ho sopra evidenziato. Emerge dunque un indizio gravemente problematico circa la inconferenza del tratto con il profilo sostanziale di appartenenza: inconferenza che avrebbe indotto la giurisprudenza a trascurarlo nel vergare i *certa verba* della *sponsio praeiudicialis*, precisamente concentrati sul cuore del *dominium* rivendicato, ovvero sullo *ex iure Quiritium meum esse aio* (e precisamente intenti a rifuggire ogni implicazione festucaria e sacramentale). È in effetti ragionevole ritenere che, nella confezione dei *verba* della *sponsio*, la giurisprudenza dovette profondere la massima cura nel trasferire precisamente la sostanza dell'affermazione già caratteristica della *legis actio sacramento* entro il merito dell'impegno obbligatorio, che l'avrebbe soppiantata nell'effettività. Il punto può tuttavia essere sciolto diversamente (con salvezza dell'attitudine sostanziale del tratto) imputando la differenza rilevata al fatto che, al contrario di quanto accadeva nella *in iure cessio*, nella *mancipatio* e nella *legis actio contentziosa*, i *verba* della *sponsio praeiudicialis* non vestivano una *vindicatio*: li si pronunciavano senza la presenza della cosa e ricavano un'affermazione, la quale – autonomamente dedotta – implicava solo indirettamente un accertamento incisivo della posizione dominicale sostanzialmente attinta (Gai 4.94: *propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*): nel senso di restringere la *vindicatio* ai soli casi di *agere* passibili di incidere le posizioni delle parti, fondamentalmente DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 126 ss. (con individuazione di un nucleo più o meno direttamente vindicatorio in una serie di negozi e riti anche non articolati su *certa verba* omogenei); GUARINO, *Rem tene* cit., 86 (con estensione del portato vindicatorio in senso strettamente processuale anche ai procedimenti non composti della *impositio festucae*). Per la inassimilabilità invece del *meum esse* della *sponsio praeiudicialis* a quello «tradizionale, omnicomprensivo» (anche) della *in iure cessio*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, sv. *Proprietà* (diritto romano), in *EdD.*, 37 (milano 1988), 160-225, 179 s. (dove un argomento di specialità di quel *meum esse*, che lo porta fuori dall'ambito dei prodotti diretti della *vindicatio* contentziosa, *omnibus verbis* e *secundum suam causam*).

<sup>1</sup> In tal senso già LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 98. L'osservazione sembra elementare, ma si scontra con l'opinione di quanti (si vedano gli autori richiamati alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110) ritengono che invece il formulario della *in iure cessio* fosse lo stesso della *legis actio* contentziosa, imputando la mancanza apparente nell'uno della parte terminale dell'altro ora alla sintesi di Gai 2.24, ora all'affinamento che l'istituto avrebbe conosciuto per prassi di applicazione (si veda specialmente MARRONE, *L'efficacia* cit., 111, ricordando però l'inverosimiglianza della caduta di parti di formulario, in un contesto fatto di rigido e un po' irragionevole ossequio delle forme giuridiche antiche: così, giustamente, CORBINO, *La struttura* cit., 145).

al tratto *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* è attribuita una funzione ricognitiva (se non proprio costitutiva) della situazione di appartenenza; il tratto *secundum suam causam*, servente la sola *legis actio*, implica per contro un rinvio stilizzato alla situazione sostanziale precedente l'esperimento, la quale fornisce il titolo della appartenenza rivendicata. Nel caso della *mancipatio*, al primo tratto continua ad essere attribuita la preziosa funzione ricognitiva; resta invece il secondo, incompatibile con la nuova applicazione, nella quale ogni riferimento alla situazione sostanziale avrebbe resistito nel senso contrario della ricognizione della spettanza della cosa al *mancipio dans*: ne è risultato un «collage» intimamente contraddittorio che, per quanto – chiaramente – efficace, tradisce un'affermazione di appartenenza che precede il presupposto dell'acquisto.<sup>1</sup>

Nel caso della manipolazione formativa dei termini rituali della *in iure cessio*, resta ancora il tratto introduttivo di revindica in senso stretto, già caratteristico della *legis actio* e conservatosi nella *mancipatio*: ad esso, però, nulla segue, se non il tacito e significativo consenso del cedente in ordine all'effetto traslativo *ad-dictus* dal pretore adito:

[Gai 2.24] ...*deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit.*

Evidentemente l'inciso *secundum suam causam* ostacolava – come nella *mancipatio* – la finalità traslativa, implicando un richiamo forte della situazione sostanziale preesistente alla modificazione negoziale; l'inciso invece *isque mihi emptus ... libra* già forgiato per l'applicazione mancipatoria non calzava al caso della *in iure cessio*: la giurisprudenza dovette allora considerare la possibilità dell'inserimento complementare di taluni specifici *verba*, salvo risolversi – come alla fine ha fatto – per la soluzione

<sup>1</sup> Sul punto, da ultimo, A. M. GIOMARO, *Divertissements in tema di mancipatio*, estratto anticipato s.d. (con impaginazione autonoma) dagli «Studi in onore di S. Antonelli» (in corso di pubblicazione), 55 ss., con ordinato richiamo – ivi, ntt. 101 ss. – di opinioni precedenti. La contraddizione è meno evidente per coloro che (per tutti, SANTORO, *Potere ed azione* cit., 136 ss.) ricostruiscono la *legis actio* come rito formativo della situazione che ne consegue, nei termini avulsi dallo stato precedente (nel medesimo senso spiega la «apparente paradossalità» della *mancipatio* ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 40 nt. 39; lettura parzialmente diversa in BEHREND, *La mancipatio* cit., 54 s. – «come è il caso per tutti gli atti performativi, la proposizione dell'acquirente è infatti falsa nel momento in cui viene pronunciata, ma diventerà vera in un momento immediatamente successivo» –, 77). Anche così ragionando, resta il fatto della giustapposizione di parti verbali, delle quali la prima era di per sé sufficiente alla costituzione del diritto affermato in capo all'*accipiens*: la seconda risulta dunque non indispensabile, nella misura in cui l'effetto assoluto dell'altra poteva – come, almeno in origine, sicuramente poteva – procurare *ex se* la creazione della posizione rivendicata. A mio avviso, il fatto della percezione della opportunità dell'inserimento della seconda parte dei *certa verba* nella *mancipatio* (così come, più tardi, della presenza efficiente del cedente nella *in iure cessio*) dimostra come già in età risalente stesse cessando ormai quella sorta di affidamento incondizionato sulla virtù creativa del rito, forse anche magico, in favore della percezione di una istanza successiva, la quale – è vero – finì per emergere in termini esplicitamente compiuti solo assai tardi, veicolata nel frattempo dalle soluzioni pragmaticamente escogitate manipolando antiche strutture rituali assolute. Ciò che trova conferma nel fatto della necessaria presenza del cedente (inutile, ove il rito fosse stato di per sé creativo del diritto, ovvero fosse stato esso stesso il *ius*), cui è rimessa la pur minima funzione efficiente di remissione o *cessio*, in senso proprio (ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 104 s.), significata dal contegno silenzioso richiestogli tanto nella *in iure cessio*, quanto nella *mancipatio* (così, per il gesto librare, VINCENZI, *I modelli dell'appartenenza* cit., 303: «l'alienante confermava con il proprio silenzio l'affermazione di appartenenza»; similmente ragionava già SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa* cit., 24. per cui, nella *mancipatio*, «la dichiarazione dell'alienante consisteva in un tacere»).

minimale che si legge in Gai 2.24, osservata forse l'inutilità di un'ulteriore aggiunta verbale, peraltro difficile da concepirsi per un negozio che voleva nascere astratto. L'aggiunta a suo tempo confezionata per la *mancipatio* non poteva essere convertita allo scopo: anche se nel frattempo stilizzatisi, persa ogni pregnanza al negozio causale di compravendita reale, quei *verba* abbisognavano tuttavia di una gestualità librare che la *in iure cessio* non consentiva. I *gesta* e i *verba* connessi al rito *per eas et libram* dimostravano del resto non più la onerosità assoluta della antica compravendita: essi ormai stavano a significare la disponibilità delle parti – la cedente soprattutto – in ordine alla accettazione degli effetti del negozio.

Il che era un punto di importanza capitale, in ragione del quale i riti negoziali si allontanavano da quello contenzioso della *legis actio*, ferma la derivazione delle rispettive forme. Punto che non poteva essere trascurato nella *in iure cessio*, la quale della collaborazione del cedente aveva bisogno tanto quanto lo aveva la *mancipatio*. Dimostrando una disinvolta maturità, la giurisprudenza escogitò dunque una soluzione – l'ho detto – minimale che, senza (apparentemente) dirompere il venerando equilibrio dei *certa verba* aviti, consentiva però la registrazione efficiente della remissività del cedente all'acquisto in capo al cessionario mediante la necessaria tacita partecipazione del primo al rito avviato dal secondo. Tale è il *quid pluris* della *in iure cessio*, così come lo è per la *mancipatio* il tratto caratteristico *isque mihi emptus esto...*

Se davvero la vicenda di formazione dei *verba* negoziali è avvenuta per la cennata soppressione parziale di quelli contenziosi, in perseguimento di un obiettivo di eliminazione di ogni riferimento alla (indedotta) sostanza preesistente, il tratto caduto *secundum suam causam* ha attitudine innegabilmente sostanziale e la formula sacramentale di *legis actio* deve essere resa sicuramente con il punto dopo *causam*, prima di *sicut*. Ne risulta un enunciato, le cui due parti sono logicamente congiunte in forza di un avverbio che, in effetti, non avrebbe ragion d'essere, se non in apertura della ripresa verbale.<sup>1</sup>

9. *Prime conclusioni e dubbi ulteriori.* La *in iure cessio* non è l'applicazione pedissequa, a scopo negoziale, dello schema contenzioso già previsto per la *legis actio sacramento in rem*. Non lo è dal punto di vista formale dello svolgimento del rito; non lo è da quello sostanziale del presupposto in esso versato, né da quello – parimenti sostanziale – del

<sup>1</sup> Né mi sembrano da sottovalutare le considerazioni lato-sensu metriche svolte da TONDO, *Aspetti magici* cit., 73 ss., a proposito dell'enunciato vindicatorio contenzioso, per le quali l'A. sostiene la lezione recante la cesura dopo *causam*. Alla luce della ricostruzione ritmica dei *cola* «in funzione del differente criterio di distribuzione delle singole masse verbali», si conferma l'articolazione logica dei *verba* in due enunciati diversi e separati, composti il primo di quattro *cola* fatti alternativamente ora di tre, ora di due unità, il secondo di tre *cola* di due unità ciascuno. In saldatura di questi, bene sta l'avverbio *sicut*, la cui vocazione congiuntiva appariva effettivamente sacrificata nella lezione di Pierre Noailles, annegata com'era entro il secondo enunciato. Il collegamento del possessivo *suus* di *causa* all'*homo*, soggetto della infinitiva retta da *aio*, restaura la correttezza grammaticale del tenore della *vindicatio*, già posta in dubbio (con ricavo di un indizio della natura insitica del tratto *secundum suam causam*) da CORBINO, *La struttura* cit., 153. Seguo invece l'A. ora citato (con lui VARVARO, *Manu(m) conserere* cit., 296 s. e 298 nt. 99), laddove – 151 ss. – egli si spende contro l'affidabilità della testimonianza di Probo, il quale restituisce una sigla *s.s.c.s.d.e.t.v.* (*secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindicta*) suggestivamente esplicativa del possibile secondo enunciato dei *certa verba* contenziosi, previa loro interpunzione dopo *aio* (l'argomento è infatti utilizzato in NOAILLES, *Vindicta* cit., 36 ss., e ripreso da ultimo in MARRONE, sv. *Rivendicazione* cit., 2 nt. 12; in senso contrario, già TONDO, *Aspetti magici* cit., 80 ss.; SANTORO, *Potere ed azione* cit., 264 ss., 267).

risultato conseguito. La diversità formale si risolve nelle non corrispondenze verbali e gestuali che ho evidenziato al numero 2, compreso il dubbio sulla occorrenza della *festuca* ai fini della *in iure cessio*, che scioglierò nel numero che segue; la difformità di presupposto deriva dal fatto che nell'un rito, colui che lo promuove è proprietario della *res litigiosa*, nell'altro invece no; quella di risultato si apprezza considerando come la medesima *addictio* definitiva confermi, da un lato, in capo al *prior vindicans* della *legis actio* il proprio titolo dominicale deduttivamente speso, dall'altro costituisca in favore del cessionario *in iure* il titolo già vantato dal cedente, ovvero ne omologhi il trasferimento significato dal silenzio di quest'ultimo.

Se infatti, all'esito dell'uno e dell'altro procedimento (ove l'*adversarius* – come sempre – rinunci alla *vindicatio* contraria), il *dominium* versato risulta in apparenza attribuito con il medesimo effetto pieno, in ragione della *addictio* magistratuale che definisce entrambi, e grazie alla funzione costitutiva che in essa sarebbe sottesa, la riprova che ho maliziosamente proposto mediante il riempimento dei contenitori con l'oggetto *familia* (in luogo del generico *homo*, per il quale gli esiti erano sembrati fungibili), ha dimostrato la realtà della differenza delle situazioni processualmente conseguite.<sup>1</sup>

Da qui la considerazione di un intervento importante della giurisprudenza sui *certa verba* della *legis actio* in formazione dei termini della *in iure cessio*. Intervento che si sarebbe manifestato nella soppressione della parte gestuale di *impositio festucae* e verbale di riferimento della affermazione di appartenenza a sé della *res* artatamente *litigiosa* a una non chiara *sua causa*, sublimantesi nella imposizione della *vindicta*.

Ho costantemente svolto il ragionamento sul postulato che i *verba* della *in iure cessio* fossero risultati all'esito di un adattamento allo scopo negoziale del modello contenzioso, all'uopo purgato delle parti incompatibili.

Vista la diversità dei presupposti fattuali dei due riti (essendo nella *legis actio* il destinatario della *addictio* proprietario *ex se* della cosa; non essendolo invece nella *in iure cessio*), ho ritenuto che il riferimento soppresso alla *causa* fosse di ostacolo alla meccanica costitutiva del titolo del cedente in capo al cessionario: ciò mi ha portato a leggere nel tratto *secundum suam causam* un riferimento alla ragione sostanziale di attribuzione della cosa al titolare e nella *impositio festucae*, parimenti caduta nel rito derivato, la manifestazione della così titolata signoria. Del resto la creazione della *in iure cessio* dovette presentare non pochi problemi, poiché nel rito preso a modello era assente ogni profilo di successione nel diritto, mentre l'obiettivo perseguito dalla giurisprudenza era quello di confezionare un modo di successione nella proprietà (cioè l'esatto contrario), il quale consentisse deliberatamente la creazione in capo al cessionario della posizione *in negotio*.

Ciò detto, torno al punto dell'impiego della *festuca* nella *in iure cessio*: per quanto sono venuto fin qui scrivendo, ne escluderei senz'altro l'occorrenza, se solo essa non risultasse (indiziariamente) impiegata nel rito della *manumissio vindicta*, che, per le ragioni che ho detto al numero 3, appare fortemente legato alla *in iure cessio*, tanto dal punto di vista funzionale che genetico. Per quanto ignote, le solenni formalità di quell'antico rito, per il quale lo schiavo veniva fatto al tempo stesso libero

<sup>1</sup> Sono gli esempi, rispettivamente, terzo e quarto (circa la *hereditas*) e primo e secondo (circa l'*homo*) che ho tracciato nel numero 4.

e *civis*, dovevano prevedere il ricorso alla *festuca* o *vindicta*, dalla presenza della quale il procedimento finì per trarre la propria denominazione tecnica corrente: da tale ultima circostanza si potrebbe anzi ricavare congetturalmente il fatto ulteriore di un uso positivo del bastoncino, diverso e maggiore di una mera sua occorrenza passiva, che difficilmente ne avrebbe determinato la specificante emersione denominativa, in forma dell'ablativo strumentale *vindicta*.<sup>1</sup>

Ove non fosse constatato l'indizio dell'uso della *festuca* nella manomissione, avrei dato pieno corso al portato analogico opposto, che ho concepito nella seconda parte del numero 8, quando ho correlato sia il gesto festucario, che l'inciso di accompagnamento *secundum ... imposui* alla chiamata in rilevanza della situazione sostanziale precedente alla deduzione della pretesa di godimento, opinando dunque per la obliterazione della *festuca*, del gesto e delle parole connesse ogniqualvolta fosse stato inopportuno o controproducente evocare quella situazione: il che avviene nei casi tanto della *mancipatio*, che della *in iure cessio*. Dal che la contrapposizione tra due analogie, deponenti la prima per l'uso della *festuca* nella *in iure cessio*, la seconda per il non uso.

A un più attento esame, è però possibile vanificare il portato dell'indizio denominativo, spezzando il parallelo tra le due forme asseritamente derivate della *manumissio vindicta* e della *in iure cessio*: e ciò lavorando proprio su quello stesso indizio. Se infatti quella manomissione ha trovato una ragione di specificazione distintiva nell'occorrenza rituale della *vindicta*, è giocoforza ritenere che il bastoncino fosse necessario al fine di procurare la libertà dello schiavo; è ragionevole ipotizzare anche che – per la medesima ragione –, con quel bastoncino e con il gesto che lo vedeva utilizzato, fosse integrato il fatto costitutivo della manomissione e non invece che il bastoncino fosse recato *in iure* per non essere punto utilizzato: se infatti è possibile che un rito derivato da un altro conservi una necessità formale propria di quest'ultimo, ancorché inutile nel contesto derivato; è assai improbabile che il segno di quella necessità supinamente ereditata – nella specie, la *vindicta* – finisca per imprimersi denominativamente al rito ricavato. Così ragionando, la breccia è fatta: se, da un lato, nella *manumissio vindicta* è verosimilmente necessario manovrare il bastoncino perché lo schiavo sia libero, nella *in iure cessio* quella attività sicuramente non serve allo scopo di costituire il *vindicans* cessionario del diritto in trasferimento: ai termini della sintesi di GAI. 2.24 restava infatti il dubbio che la *festuca* potesse in qualche modo dover essere recata *in iure*, ma emergeva la certezza che di essa nessun uso veniva fatto.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Alla luce della reciproca sovrapponibilità dei riti della *in iure cessio* e della *manumissio vindicta* (sia sotto il profilo della loro comune derivazione, che sotto l'aspetto dello svolgimento procedimentale), ho registrato – al numero 3 – la possibilità che anche per la *in iure cessio* occorresse la *festuca*, estendendo al rito cessorio l'indizio denominativo che avevo tratto con esclusivo riferimento alla *manumissio*. Avevo poi troncato il discorso mostrandomi possibilista in proposito, nonostante che altri elementi mi trattenessero invece dal dare pieno credito alla congettura che ho detto e, conseguentemente, alla analogia tra riti, che fondamentalmente la sostanzia.

<sup>2</sup> Consta tuttavia nel senso della *impositio festucae* l'insegnamento istituzionale di taluni degli autori che ho richiamato alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110. Insegnamento che avrebbe potuto giovare della lettura di Gai 2.24 (*festucam tenens*) ipotizzata da CORBINO, *Il rituale* cit., 194 s., però successivamente dal medesimo A. ridimensionata (ID., *La struttura dell'affermazione* cit., 146 nt. 19). A me pare tuttavia che i *verba* della *mancipatio*, nella parte in cui riportano il cuore vindicatorio ripreso dalla formula della *legis actio* contenziosa, mondato del tratto *secundum ... imposui*, depongano nel senso della attestazione della possibilità che anche la *in iure cessio* fosse fatta di quella sola prima parte di *vindicatio* e che gli ulteriori *verba* e il gesto festucario



Il parallelo tra la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta* è finalmente travolto dalla impossibilità di trovare spazio nell'una per il ruolo strumentalmente efficiente e di primo piano, che la *festuca* doveva avere nell'altra: le due forme restanti di manomissione civile – *censu* e *testamento* – sono infatti denominate con riferimento al mezzo per il quale è raggiunto il caratteristico effetto di libertà: e così doveva essere anche per la *vindicta*.<sup>1</sup>

Pertanto è superato lo stallo che formalmente si era profilato tra il portato delle due diverse analogie di cui mi sono servito: quella con la *manumissio vindicta*, gettata alla luce del presupposto della larga sua corrispondenza formale con la *in iure cessio*; quella con la *mancipatio*, tracciata in considerazione invece della comunanza della vicenda di derivazione dal medesimo formulario di partenza (*legis actio sacramento in rem*), piegato in entrambi i casi, dal fine suo originario di revindica, allo scopo sopravvenuto di costituzione in capo al cessionario di un diritto del cedente.

Insieme dunque alla analogia prima, tra *manumissio vindicta* e *in iure cessio*, cade inevitabilmente l'indizio che avevo da essa principalmente ritratto, ovvero la necessità di servirsi della *festuca* anche nell'ambito rituale della *in iure cessio*. Necessità già gravemente vulnerata per l'esame di Gai 2.24, da cui era emerso che, in ogni caso, recata o non recata che fosse *in iure*, della *festuca* ivi nessun uso veniva fatto.

10. (Ri)considerazioni sulla «*manumissio vindicta*». Ho toccato per la prima volta il punto della *manumissio vindicta* nel corso del numero 3, dove ho detto della derivazione di questa dalla *legis actio sacramento in rem* comune alla *in iure cessio*, evidenziata con la piena sovrapposibilità delle rispettive forme procedurali. A fronte dello schema contenzioso per il quale due soggetti affermano, in reciproca incompatibilità, la spettanza a sé del medesimo diritto sullo stesso bene, si osservano due schemi negoziali in cui alla prima delle affermazioni del parametro sacramentale (*meum esse*

mai abbiano concorso al negozio (e dunque non compaiano nelle fonti perché non previsti e non perché omessi per brevità o caduti per prassi applicativa).

<sup>1</sup> Delle due analogie ricostruttive proposte, resta pertanto in piedi quella tracciata tra la *in iure cessio* e la *mancipatio*, la quale mi è apparsa e mi appare senza dubbio più affascinante, forse perché *difficilior*. Ho incominciato a servirmene quando – al numero 7 – ho letto in trasparenza le parti assertive dei formulari della *in iure cessio* e della *mancipatio*, notando come il tenore letterale di queste fosse equipollente e ricordasse i termini dei *certa verba* della *legis actio sacramento*; ho quindi proseguito sulla strada così avviata, associando entrambi gli esiti negoziali detti, non tanto nella ipotetica loro derivazione dall'antico *modus agendi*, quanto nella comune vicenda manipolativa dagli stessi subita, in forma di ablazione della parte locuzionale di richiamo della *causa* di imposizione festucaria menzionata nel formulario sacramentale di provenienza. Postulata in tal modo la *ratio* fondativa della seconda analogia, ho finalmente tratto il frutto congetturale della non occorrenza della *vindicta* nella *in iure cessio*, argomentando dal fatto che nella *mancipatio* erano parallelamente caduti tanto il gesto della *impositio*, che la necessità di munirsi della *festuca*: il *mancipio accipiens* tiene infatti con una mano la *res*, con l'altra il *radusculum*; non può quindi tenere al tempo anche il bastoncino rituale (GUARINO, *Rem tene* cit., 86 s., non esclude che nella *mancipatio* fosse imposta la *festuca* alla cosa, giacché l'*adprehensio rei*, che accompagnava la *vindicatio* negoziale, «era sempre accompagnata, anche fuori della sede processuale, dalla impugnazione di una *festuca* e dall'imposizione della stessa alla *res*». Nelle forme mature della *mancipatio* e dell'*in iure cessio* «il toccamento con la *festuca* è surrogato, di solito, dal semplice *rem tenere*»). Non solo: se in Gai 2.24 si possono rinvenire le ragioni di una sintesi per la quale è caduto il riferimento al gesto festucario, altrettanto non può dirsi per 1.119, dove i *certa verba* sono riferiti in termini certamente non compatibili con l'*impositio festucae*.

*aiō*; *liberum esse aiō*) non segue la seconda, sostituita dal silenzio concludente dell'*adversarius*.<sup>1</sup>

Ciò mi era inizialmente bastato per ricavare un indizio convincente circa la necessità della *festuca* ai fini del compimento del negozio traslativo: indizio che si risolveva nella sola considerazione del fatto che essa era necessaria per quella manomissione solenne (o sembrava doverlo essere, per via quantomeno della denominazione impostale).

Tracciata così l'analogia, ho tenuto nel prosieguo l'argomento in quiescenza, per ritornarvi infine quando sulla questione della *festuca* è confluito problematicamente il portato contrario delle considerazioni svolte in punto di assenza della sua rituale *impositio* nella *in iure cessio* (ricavato dall'esame dei relativi *verba*) e della impossibilità della sua impugnazione (ricavato per analogia con la *mancipatio*, dove le due mani dell'*accipiens* sono occupate dalla *res* e dal *radusculum* e dove, soprattutto, il tratto verbale di *impositio* è sicuramente caduto).

Il contrasto che ne è derivato ha reso necessario un supplemento di indagine, all'esito del quale mi è stato possibile scegliere tra due ragionamenti che, coltivati inizialmente in reciproca consonanza, hanno portato infine a esiti incompatibili tra loro. Come ho anticipato chiudendo il numero precedente, ho finito per ritenere la inaffidabilità del portato della analogia incondizionata tra *manumissio vindicta* e *in iure cessio*, i cui frutti sono stati benigni soltanto finché si è trattato di assimilare due vicende di derivazione dal comune archetipo e di parimenti comune manipolazione giurisprudenziale. Alla luce del supplemento di indagine che ho detto, non ritengo metodologicamente prudente affidarmi oltre alla analogia, prevalendo ai miei occhi, per ogni altro aspetto, le ragioni di una anomalia tenace, alla cui illustrazione passo senz'altro aggiungere.

Ho detto più indietro che la giurisprudenza dovette confezionare i termini del negozio di *in iure cessio* asportando dai *certa verba* della *legis actio* contenziosa le parti che mal si prestavano (o, addirittura, impedivano) il trasferimento della posizione in cessione tra l'una e l'altra parte, ovvero la successione della seconda nel *singulare ius* della prima:<sup>2</sup> quanto caduto doveva perciò – a mio avviso – servire in origine al

<sup>1</sup> Sul punto si vedano gli autori citati alla nota 1 di p. 117, tra cui, specialmente, WEISS, sv. *Manumissio* cit., 1368 ss.

<sup>2</sup> BETTI, *In iure cessio* cit., 595 ss., 600, ha ribadito con nettezza come sia la *successio in ius* il fulcro originale della *in iure cessio*, correggendo sul punto AMBROSINO, *In iure cessio* cit., 67, che aveva invece posto l'accento sull'aspetto logicamente mediato della alienazione, la quale è – a rigore – il frutto empirico della prassi applicativa dell'istituto. Lettura diversa in LEVY-BRUHL, *La nature de l'in iure cessio* cit., 119, il quale evidenzia il profilo di abbandono della cosa implicato dalla condotta del cedente e quello complementare di sua occupazione da parte del cessionario (cfr. anche Id., *La formule vindicatoire* cit., 101). Il punto si è affacciato più volte in margine di queste pagine, dove ho ritenuto di accogliere una opinione più mite di quella espressa dal grande maestro camerto nel saggio per Siro Solazzi, fatta al tempo medesimo della doverosa considerazione del meccanismo di creazione *ex novo* proprio del rito di *in iure cessio* (effettivamente costruito applicando parti procedimentali che, nella *legis actio sacramento*, erano funzionali all'affermazione costitutiva della situazione vantata) e della finalità traslativa senza alcun dubbio avuta presente da una certa primitiva giurisprudenza, la quale forse (anzi: sicuramente) non giunse subito al concetto della *successio in ius*, ma che certo volle ottenere un risultato che fosse effettivamente successorio, con salvezza piena presso il cessionario dei limiti quali-quantitativi della posizione che fu del cedente. Sul punto ora evidenziato, che mi trattiene dall'aderire pienamente alla tesi ultima di Emilio Betti, sono debitore di DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 11 ss., e di VOGLI, *Modi di acquisto* cit., 65, al cui insegnamento mi sono spessissimo richiamato (ricordo a questo proposito anche l'antico studio pioniere di E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*,

richiamo della ragione sostanziale della posizione dedotta nel rito contenzioso, caratterizzato proprio dalla contrapposizione mediata di titoli o ragioni reciprocamente incompatibili. Per tale motivo ebbero a cadere da un lato i tratti verbali *secundum suam causam* e *sicut dixi ... imposui*, dall'altro la *impositio festucae* e la necessità stessa di portare il bastoncino alla *in iure cessio*.

Procurare una forma negoziale di *successio in ius*, senza forse avvertirne il concetto, è stato dunque lo scopo perseguito dalla giurisprudenza; l'intervento arditto di questa entro i venerandi formulari di *legis actio* ha portato alla confezione della *in iure cessio*: ogni passaggio manipolativo deve perciò essere ascritto a quella finalità e letto tutto nella chiave teleologica ora evidenziata.

A dispetto delle molte, possibili analogie formali (che spesso hanno, nel silenzio delle fonti, troppo facile corso), la *manumissio vindicta* non tende a procurare una *successio in ius*. Anomalia, questa, di per sé sufficiente a spezzare ogni suggestione di comunione tra i due istituti in rassegna e, con essa, ogni possibilità di comunicazione reciproca, quale – segnatamente – quella rappresentata dalla mutuaione analogica dell'indizio per cui nella *manumissio* si faceva uso della *vindicta*, con spendita di esso nella ricostruzione congetturale della *in iure cessio*, nel senso di ritenere anche per questa seconda l'uso rituale del bastoncino. A ben vedere, la *addictio* magistratuale *secundum libertatem* importa per davvero la creazione di una situazione nuova e non invece una preesistente, costituita *ex novo* in capo al cessionario, correlativamente alla sua estinzione in danno del cedente: la difficoltà incontrata nella elaborazione del concetto di *successio in ius* (che è mancato), ha costretto la giurisprudenza a versare due applicazioni tra loro lontane, nel medesimo rito para-contenzioso. Questo non vuol dire che neppure la diversità delle situazioni fu percepita, giacché in effetti il modello rituale di partenza fu modificato in funzione della destinazione: fu pressoché conservato in interezza per la *manumissio vindicta*; fu ridotto ablativamente per la *in iure cessio*; fu corredato in entrambi i casi della partecipazione silenziosa, ma efficiente e necessaria, dell'*adversarius*.

È chiaro ormai dove voglio portare il discorso: la *manumissio vindicta* è assai più prossima alla *vindicatio* contenziosa, di quanto non lo sia alla *in iure cessio*: i primi due riti hanno senza dubbio in comune l'uso della *festuca*, che difetta nel terzo; gli stessi hanno poi un'attitudine, se non all'efficacia costitutiva della situazione che risulta naturalmente dall'esperimento, certo alla opponibilità *erga omnes* di questa:<sup>1</sup>

in ZSS., 26 (1906), 290-335, 309 ss.). Noto tuttavia come un allora giovane BETTI, *La vindicatio romana* cit., 33, aveva gettato una luce feconda di sensibilità storica sull'argomento, ascrivendo ai negozi che sarebbero poi divenuti di acquisto derivativo della proprietà una iniziale meccanica unilaterale, per la quale l'atto creava e conservava al tempo stesso il diritto che ne era oggetto, senza che perciò fosse implicata la sfera del precedente titolare: negli stessi anni quel maestro si soffermava sul tema anche in Id., *La vindicatio quale atto del processo reale legittimo (legis actio in rem)*, in «Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», 48 (1915), 503-516, 503 s.).

<sup>1</sup> TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 69, riconduce la persistenza dell'uso della *festuca*, oltretutto nella *legis actio* contenziosa, «in quella che sarà contrassegnata come *manumissio vindicta* ... al fatto che proprio su quest'ultima, quale atto destinato a incidere sullo stato d'un essere umano, ebbe a realizzarsi ... una singolare convergenza di molteplici elementi simbolici»; opportunamente l'A. insisterà poi – *op.cit.*, 96 – sulla funzione di purificazione associata all'uso della *festuca* (previa critica – 85 ss. – della spiegazione di Gai. 4.16 circa il *signum iusti dominii*) e utile – mi pare – all'effetto di modificazione dello status dello schiavo, che viene costituito in libertà. La differenza tra i riti cessorio e di libertà è evidenziata anche in ARU, *Breve nota* cit., 315: «la opinione dominante è concorde nel ritenere la *manumissio vindicta* un caso di *in iure cessio*. Ora

attitudine che senza alcun dubbio non ha la *in iure cessio*, la quale sul punto opera in piena salvezza della posizione del terzo (giusta la salvaguardia operata dei limiti quali-quantitativi del diritto).<sup>1</sup>

In altre parole, l'effetto creativo, se del caso *ex nihilo*, della *vindicatio omnibus verbis* fu conservato pienamente per la *manumissio vindicta*, mentre venne in qualche modo limitato per la *in iure cessio* (che non è *omnibus verbis*), perché risultasse precisamente impedita la possibilità che la situazione costituita presso il cessionario fosse sostanzialmente diversa da quella già vantata dal cedente: il contrario netto – mi pare – di quanto avviene in caso di liberazione del servo.

Ho detto *vindicationes omnibus verbis*, con ciò intendendo quelle revindiche svolte completando l'affermazione di appartenenza a sé con il gesto festucario e gli ulteriori *verba* di accompagnamento.<sup>2</sup> La congettura che sto provando a sostenere vuole infat-

mi sembra che, più che alla *in iure cessio*, la *manumissio vindicta* si riaccosti al cerimoniale introduttivo della *legis actio sacramento*. L'A. tuttavia opina una ben più marcata coincidenza dei procedimenti contenzioso e di manomissione, spingendosi a ritenere che all'affermazione di libertà compiuta da un littore *adsertor*, seguiva una perfetta *contravindicatio del dominus*: maturava perciò un contrasto formale pieno, risolto con un *addictio* magistratuale, non diversa da quella che – omessa ogni indagine sul merito – chiude il rito non contenzioso della *in iure cessio*: «il magistrato, avanti a questa duplice contrastante affermazione, pronunciava le *vindiciae secundum libertatem* probabilmente a mezzo di una *addictio*». A parte la considerazione promiscua della pronuncia sulle *vindiciae* che, nel modello contenzioso, titola la condizione interinale di libertà dell'*homo*, e l'*addictio* che, nel rito di manomissione, ne sancisce in via definitivamente costitutiva la libertà e la cittadinanza, trovo difficile dare seguito alla lettura di ARU, *Breve nota* cit., 316, 321, nella parte in cui impedisce l'apprezzamento di ogni distinzione tra i procedimenti contenzioso di libertà e volontario di manomissione. Dubito inoltre che la tesi dell'A. possa spiegare quei passi che riferiscono al *dominus* una efficiente *impositio festucae* (specialmente Ulp. 45 *ad edictum*, D. 40.12.12.2), se – come è in tesi – quel gesto significava resistenza (ancorché vincibile e vinta) all'effetto di libertà. Proprio quei passi, del resto, avevano indotto NOAILLES, *Du droit sacré* cit., 65 ss., alla ipotesi contraria di un *dominus* che revindicava *in libertatem* lo schiavo, imponendogli la *festuca* (contrapponeva infatti l'A. «*vindicationes* qui enchaînent» – 52 ss. – a – 62 ss. – «*vindicationes* qui délient»), giusta un impianto procedimentale che, a seguito forse del contenimento delle manomissioni testamentarie recato dalla *lex Fufia Canina*, fu – 67 – «remplacé(e) par un simple geste du licteur qui fait ce geste à la place du maître et non pas à la place d'un *adsertor* supposé»: siamo evidentemente agli antipodi della ipotesi di ARU, *Breve nota* cit., 322, il quale – debitore confesso di P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*<sup>4</sup>, Milano 1958 (rist.), 1.71 ss. – vedeva nella legittimazione attiva del littore la traccia di una antica lotta tra lo «Stato» e i gruppi politici familiari, combattuta strappando il primo ai secondi gli schiavi, nel perseguimento di un disegno di affievolimento e disgregazione dell'assetto gentilizio che resisteva all'avvento del nuovo soggetto pubblico. In un clima non dissimile trova ragione di specialità la costruzione accolta, con molti distinguo, in MARRONE, *L'efficiacia pregiudiziale* cit., 116 ss., per la quale, nella *manumissio vindicta*, alla affermazione del *dominus*, che dichiara il servo manumittendo, si aggiunge quella del littore, che lo dichiara invece libero (con *addictio* definitiva in luogo di *provocatio sacramento* per via dell'insufficiente contrasto delle dichiarazioni e – comunque – della pozialità della seconda sulla prima: «non crediamo – *op.cit.*, 118 – troppo arditamente supporre, che la *vindicatio in libertatem* di un rappresentante del popolo avesse la forza di sopraffare la *vindicatio del dominus*»).

<sup>1</sup> Si veda in proposito – se genuinamente riferibile alla *in iure cessio* – l'insegnamento celsino – 27 *digestorum* – di D. 21.2.10, di cui già ho detto alla nota 2 di p. 130. Emergono naturalmente anche elementi di resistenza al sodalizio tra *legis actio* contenziosa e *manumissio vindicta*; elementi che non nuocciono tuttavia alla tesi che vado sostenendo, giacché, se pure importano un distacco dell'una dall'altra, non determinano il riavvicinamento della manomissione alla *in iure cessio*. Mi riferisco al fatto che le due *vindicationes* (e i *gesta festucari* di accompagnamento) sono compiuti, per usare la locuzione di Isidoro di Siviglia – *Origines*, 5,32 (riferita però alla *in iure cessio*: LEVY-BRUHL, *La nature* cit., 136; DEVILLA, sv. *In iure cessio* cit., 703) – *contra veritatem* nella *manumissio vindicta*, secondo verità nella *legis actio sacramento*.

<sup>2</sup> Utilizzo la locuzione di Gell., 20.10.7, per riferirmi alla *vindicatio* compiuta accompagnandosi con la *festuca* e completa delle due parti del formulario che si leggono in Gai 4.16. Sul passo gelliano tornerò al numero 11.

ti che la *manumissio vindicta*, diversamente dalla *in iure cessio*, sia introdotta mediante una *vindicatio omnibus verbis* da parte di un *adsertor libertatis*, il quale – *festuca* alla mano destra – afferra con l'altra l'*homo* e gli impone il bastoncino, confermandosi a parole nel gesto:

HVNC EGO HOMINEM LIBERVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI

In questo modo soltanto la *vindicta* che caratterizza il rito al punto da finire per denominarlo trova l'indispensabile spazio caratterizzante e proporzionato. In questo modo soltanto il procedimento offre lo spunto perché sia resa una *addictio* realmente costitutiva nel merito di una situazione nuova, richiamata nella sostanza dal gesto festucario. Il parametro mutilo della *in iure cessio*, tutto giustificato nella vestizione di un intento meramente traslativo, non avrebbe potuto garantire il risultato di novità rappresentato dalla costituzione dell'*homo* in stato di libertà e cittadinanza. Troppo legata alla incisione della sostanza della situazione dedotta, la *manumissio vindicta* aveva bisogno delle parti del rito antico che implicassero il rilievo della situazione sostanziale connessa all'esperimento, richiamando al tempo l'attitudine piena del rito a formare un giudicato costitutivo valido in termini assoluti: poco importava se i termini sostanziali richiamati erano nel senso dello stato di servitù, superandosi tale difficoltà con il portato creativo della *addictio* che si andava a provocare.

È possibile trarre una conferma importante della differenza che – per la tesi che vado delineando – corre tra la *in iure cessio* e la *manumissio vindicta* mediante il confronto con un altro rito ancora: quello della *adoptio*, per il quale un *filius familias* cessa di essere soggetto alla *potestas* del genitore naturale, per passare entro l'ambito potestativo di un nuovo *pater*, con un'evidenza effettuale *erga omnes* (e pubblicistica) che richiama quella necessariamente propria della *manumissio vindicta*.<sup>1</sup>

Come è noto, per estinguere la *patria potestas* costituitasi sull'adottando, discendente diretto di sesso maschile del genitore naturale e figlio della di lui *mater familias*, sono necessarie le tre vendite consecutive,<sup>2</sup> che si vedono anche nell'emancipazione. Caratteristico dell'adozione è in effetti il tratto procedimentale che segue la terza vendita, quando il figlio, ormai uscito dalla *potestas* paterna, si trova *in causa mancipii* del cessionario:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Invertendo un poco i termini della tensione tra gli argomenti a favore e contro la natura processuale della *in iure cessio*, VOCI, *Modi di acquisto* cit., 63 (uno dei quali ultimi muoveva dalla osservazione di una diversa efficacia e stabilità dei prodotti dell'un rito e dell'altro: maggiore per la *in iure cessio*, minore per la *legis actio* contenziosa), osservava in effetti come il prodotto di quelli che il successivo pensiero giuridico avrebbe inteso quali modi di trasferimento della proprietà non potevano vantare quella assoluta dirimente solitamente loro ascritta, per via del fatto che essi assicuravano all'acquirente una posizione meramente derivata da quella dell'alienante, guadagnandosi «l'assoluta garanzia» solo all'esito della usucapione maturanda.

<sup>2</sup> XII tab. 4.2. Sulla *adoptio*, con particolare riferimento ai profili che mi premono adesso, ricordo il saggio di C. CASTELLO, *L'intervento statutale negli atti costitutivi di adozione in diritto romano*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova», 16 (1977), 685-757, 698 ss. (ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano. Servi filii nuptae*, Genova 2002, 335-407). Richiamo anche le tesi reciprocamente contrastanti di F. WIEACKER, *Zum Ritual der adoptio*, in *Eos* 48.1 (1956), 579-589, 579 s.; e di E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C.*, in *BIDR.* 8 (1966), 109-153 (su cui mi soffermerò nelle note seguenti).

<sup>3</sup> La remancipazione al padre per la verità rappresenta ancora un momento di coincidenza con il rito emancipatorio, il quale imbecca la propria strada caratteristica soltanto con la successiva *manumissio vindic-*

[Gai 1.134] ... *patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur.*

Il cessionario remancipa il figlio al genitore naturale, in modo che sia quest'ultimo a determinare, tacendo, la riuscita della *vindicatio* compiuta dall'adottante, il quale entra in scena solo alla fine, affermando di essere lui il genitore dell'adottando (*rectius*: di essergli questo *suus*). Come dire: rimosso preventivamente l'ostacolo alla alienabilità del sottoposto a *potestas* tramite la collaborazione di un fiduciario terzo all'adozione, si fa luogo alla *in iure cessio* del figlio naturale, divenuto disponibile, da parte del genitore cedente in favore dell'adottante cessionario. Se il rito in questione vestisse un modo di costituzione del *pater* adottivo nella *potestas* di quello naturale, la struttura negoziale dovrebbe essere assai prossima, se non identica, a quella della *in iure cessio*.

E invece no: le due strutture sono inassimilabili: la *adoptio* si distingue dalla *in iure cessio* perché la *addictio* che ne definisce il procedimento costituisce in capo al nuovo genitore una situazione propria, la quale non è sostanzialmente riconducibile a quella precedentemente vantata sul figlio da parte del genitore naturale.<sup>1</sup> E ciò, fondamentalmente, perché la *patria potestas* formatasi *natura* sul figlio generato entro *iustae nuptiae* si è estinta con la triplice *mancipatio* già prima della comparsa *in iure* del genitore adottivo: al momento della *vindicatio* di costui, l'*adversarius* (genitore naturale) non è più titolare della situazione rivendicata, poiché ormai il figlio è presso di lui *in causa mancipii*.

Dunque nessuna *successio in ius* è configurabile nella *adoptio*. Al contrario la *in iure cessio* – lo si è visto – è finalizzata proprio alla successione nel diritto trattato, ancorché l'istituto di trasferimento sia stato in effetti, per povertà di mezzi e di concetti, fagiato su di una struttura eminentemente costitutiva.<sup>2</sup>

ta del *filius*, ormai fuoriuscito dalla estinta *potestas* e posto *in causa mancipii* rispetto al genitore naturale. È allora che si svolge quella «sorta di *in iure cessio*», come scrive MARRONE, *Istituzioni* cit., 244 (più decisamente, VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio* cit., 129 s., aveva distinto la parte finale del procedimento di *adoptio* da quello di *in iure cessio*, per via del difetto nell'una dell'elemento traslativo della situazione, invece caratteristico dell'altra: tornerò in argomento già nel prosieguo di questo stesso numero). Sulla adozione, oltre al breve passaggio in ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 116; P. BRIKS, 3 x 1 = 3. *An Arithmetical Solution to the problem Threefold Mancipation*, in *Iura* 40 (1989), 55-63. La fonte veronese trova fedele eco in Gell., *N.A.*, 5.19.

<sup>1</sup> Sul punto sono decisive le considerazioni di VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio* cit., 129 s.: come per la *manumissio vindicta* (richiamata parallelamente dal medesimo A., *op.cit.*, 130), il risultato dell'adozione costituisce una situazione che non è riconducibile, in termini di derivazione, a quella precedente il compimento dell'atto («non esiste in diritto romano un istituto che abbia come fine la trasmissione diretta della *patria potestas* dal suo titolare ad un'altra persona»: ancora VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio* cit., 112). Sottolineano l'aspetto abdicativo della *adoptio*, per il quale si estingue la *patria potestas* del genitore naturale prima che l'adottivo ne acquisti una sua propria – «*cérémonial double*» – HUVELIN, *Cours élémentaire* cit., 1.302; VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio* cit., 111 s., 122, che precisa trattarsi – triplice vendita e revindica dell'adottante – di «due attività distinte, indipendenti e non contestuali fra loro». Insiste sulla preventiva estinzione anche BRIKS, 3 x 1 cit., 56 ss., 58. In senso conforme, CASTELLO, *L'intervento statutale* cit., 698, per il quale, tuttavia – 701 s. –, la *vindicatio* del genitore adottivo era poi svolta in forma di *in iure cessio* (ritenuta, presumo, pedissequamente corrispondente alla *legis actio* contenziosa, come per la *communis opinio* di cui alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110).

<sup>2</sup> LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 105 s., svolge diversamente il proprio ragionamento, accostando *adoptio* e *in iure cessio*, che egli immagina costruite entrambe sulla successione tra la *derelictio* del precedente titolare e l'occupazione del successivo. L'idea calza suggestivamente alla *adoptio*, dove la tri-

Non basta: la meccanica caratteristica della adozione, costituita dalla doppia sequenza di una *mancipatio* eseguita dal genitore naturale in favore di un cessionario e dalla manomissione operata da parte di costui del figlio ricevuto in *causa mancipii* (con suo ritorno alla ancora inestinta *patria potestas*), seguita dalla chiusa fatta della terza *mancipatio* paterna, operata sempre in favore del fiduciario, e della *remancipatio* di questi al genitore naturale (che riceve adesso il figlio in *causa mancipii*), conosce una variante meno frequente (eppure efficace), per la quale l'adottante esperisce la propria *vindicatio*, senza attendere la *remancipatio* finale che ho detto e dunque agendo non verso il padre naturale, ma nei confronti del fiduciario che, prestatosi al ruolo di controparte cessionaria delle *mancipationes* e adempiuto due volte l'impegno di manomettere, conservava presso di sé il *filius*.

Le due varianti sono attestate nelle Istituzioni di Gaio; il passo che ne tratta è lo stesso che sopra ho riportato nella sola parte relativa all'ipotesi della *vindicatio* rivolta verso il genitore e che adesso invece riproduco per intero:

[Gai 1.134] *deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, uindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non uindicante a praetore uindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo uindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est: sed sane commodius est patri remancipari.*

Udita nei suoi facili termini, è la viva voce del giurista che fa giustizia di ogni ricostruzione della *adoptio*, la quale sia fondata su di una chiave traslativa. L'estinzione della *patria potestas* è – evidentemente – elemento necessario e propedeutico perché l'esperimento possa portare il proprio frutto. Frutto che però non è la successione del genitore adottivo nel *ius* (precedentemente estinto) di quello naturale (la cui presenza neppure è indispensabile), quanto piuttosto la creazione di una nuova situazione potestativa, avente un contenuto spendibile *erga omnes* ed eziologicamente irrelato con la *potestas* del genitore naturale, perché – molto semplicemente – da questa non derivato.

Se la veste della *manumissio* è apparentemente identica a quella della *in iure cessio*, la sostanza è invece radicalmente diversa, dissimulandosi in quest'ultima una successione voluta (ancorché forse non compresa in origine), quale effetto di una costituzione che al contrario è il cuore logico ed effettuale della *manumissio vindicta*.

Ecco che allora la *vindicatio* del genitore adottivo ha bisogno di un rivestimento rituale diverso da quello minimale della *in iure cessio*, confezionato per la *successio* nelle posizioni disponibili. Per tale motivo l'adozione richiede una *vindicatio omnibus verbis*, fatta dell'intera sequenza dei *certa verba* della *legis actio* contenziosa e, conse-

plice *mancipatio* sembra finalizzata proprio all'abbandono del figlio, perciò reso passibile di revindicare da parte dell'adottante, il quale afferma la spettanza di costui a sé, con formula di appartenenza non riferita retrospettivamente, ma avente piuttosto il senso «inchoatif» e «actuel» che l'A. aveva poco prima – 101 – precisato. A parte il fatto che il figlio non è *derelictus* all'esito della triplice *mancipatio*, ma si trova in *causa mancipii* del genitore naturale o del fiduciario *mancipio accipiens* (effetto espressamente ricercato con la *remancipatio* finale dell'*homo*, che perciò non può dirsi essere *nullius*, né tantomeno passibile di quella sorta di occupazione ipotizzata dall'A.), preferisco ritenere la prima parte del rito di adozione finalizzata non alla *derelictio* del figlio (che non viene raggiunta), ma – più semplicemente – all'estinzione della *patria potestas*, quale passaggio necessario e preliminare per la costituzione in capo ad altri di un equivalente *ius*. Peraltro non vedo come la lettura dell'A. in punto di abbandono del figlio per la rivendica del genitore adottivo possa trovare nel più asciutto procedimento della *in iure cessio* – muto in punto del preteso abbandono della cosa – un addentellato sufficientemente forte da giustificare l'analogia.

guentemente, del gesto festucario, pur compiuto – come nella *manumissio vindicta* – contro l'assetto sostanziale in essere e anzi proprio perché questo venisse infine mutato nel senso perciò costituito.

11. *Seconde conclusioni.* È il momento di chiudere il cerchio del ragionamento attorno al nocciolo della questione che mi preme, sia pure al costo di lasciar andare, ancora una volta, aspetti di per sé importanti, ma in questo momento secondari al fine che vado perseguendo.

Il superamento della «impasse» che aveva posto in forse le prime conclusioni raggiunte al numero 9 mi consente di confermarmi nei medesimi termini: la *in iure cessio* non è l'applicazione pedissequa, a scopo negoziale, dello schema già previsto per la *legis actio sacramento in rem*. Deriva dall'antico modello sacramentale, rispetto al quale però essa è mutilo della *impositio festucae* e del tratto verbale che accompagna quel gesto solenne. Condivide con altri riti la derivazione evidenziata, ma reca un esito formale e sostanziale irriducibilmente diverso da quello della *manumissio vindicta* e della *mancipatio*, mostrando, da un lato, il segno di un intervento di mera ablazione che nella prima non si riscontra;<sup>1</sup> dall'altro il difetto di un tratto caratteristico (e sostitutivo della parte caduta), che invece si vede nella seconda, dove, all'affermazione di appartenenza ripresa dal modello contenzioso, seguono *gesta* e *verba* propri, inseriti appositamente al fine di richiamare il titolo giustificativo della trasformazione sostanziale implicata dal compimento del negozio.

Ciò che fu grazie all'opera pontificale, cui deve ascriversi la confezione di un rito che, codificato nei termini procedurali e negli effetti, ben può essere detto *agere lege*. Altro problema è intendere l'indole di questo rito e sciogliere la tradizionale questione della natura processuale o sostanziale della *in iure cessio*.<sup>2</sup> Per quanto sono

<sup>1</sup> L'ablattivo strumentale *vindicta* denuncia l'uso del bastoncino nella manomissione: da ciò ho ricavato la necessità in quel rito del gesto festucario completo e delle parole di accompagnamento, di cui alla seconda parte del formulario di *legis actio*. Ritieni (anche) perciò l'uso della *festuca* nel rito della manomissione TONDO, *Aspetti simbolici* cit., 69, 85 ss.; nello stesso senso si era orientato MEYLAN, *De deux traits* cit., 112 «son nom même commande la présence d'une *vindicta*», 118. Il paradigma della *mancipatio* dimostra la realtà storica della manipolazione ablattiva dei *certa verba* contenziosi, ivi sicuramente avvenuta. Paradigma che deve indurre a considerare con diffidenza la possibilità che ciò non sia accaduto per la *in iure cessio* e che il più agile formulario che per essa si legge in Gai. 2.24 sia dovuto non all'ablazione detta, ma alle ragioni di sintesi ritenute, per esempio, in MARRONE, *L'efficacia* cit., 111. Sul punto mi oriento evidentemente in senso contrario, congetturando la derivazione del rito cessorio da quello contenzioso, previo però quell'intervento ablattivo, che subito rese il secondo diverso dal primo. Se lo rese poi negoziale, da processuale che era, non so e non voglio dire, anche per evitare il rischio di impegnarmi nella precisazione dei termini di una distinzione che forse non ha, nell'esperienza romanistica, la facile pregnanza che mostra agli occhi dei giuristi di oggi (sul punto tornerò, per chiudervi, al numero 12).

<sup>2</sup> Il problema è trattato benissimo in VOCI, *Modi di acquisto* cit., 62 s.: muovendo dalla tesi importante di RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* cit., 314 (negozio, compiuto però dalle parti presso il magistrato e con l'approvazione di lui), il romanista patavino esamina rapidamente gli argomenti deponenti per la natura processuale (identità strutturale dei riti; identità dei requisiti di capacità) e quelli contrari (minore efficacia del giudicato contenzioso rispetto all'assetto negozialmente procurato; trasferimento della proprietà nella *in iure cessio* che «va oltre il normale risultato del processo»). Dei quattro argomenti, l'A. si concentra sugli ultimi, osservando come quello relativo alla efficacia variabile dei risultati sia «di poco valore» (lo confermerà il risultato dello studio di MARRONE, *L'efficacia* cit., 113 ss., 121); come il diverso grado di stabilità del prodotto dei riti non sia così netto, considerati «gli effetti di negozi di acquisto come la *mancipatio* e la *traditio*, che assicurano all'acquirente una posizione non diversa da quella dell'alienante..., mentre l'assoluta garanzia viene solo dall'usucapione». Ritieni infine VOCI, *op. cit.*, 63, che la *in iure cessio* sia, «nella



venuto fin qui dicendo, il rito o negozio che sia deve – con altri – la propria esistenza alla *legis actio sacramento in rem*: dal parametro contenzioso è stato sicuramente tratto il modello dei *verba* che si leggono in Gai 2.24. Dallo stesso modello proviene l'*addictio* definitiva che sanziona l'effetto perseguito della attribuzione della proprietà in capo al cessionario. L'istituto dovrebbe perciò poter vantare natura schiettamente processuale, se non constassero elementi in grado di resistere significativamente alla conclusione ora detta. La difformità rituale che oppone le modalità di svolgimento del più semplice rito cessorio e di quello contenzioso;<sup>1</sup> il fatto – su cui subito tornerò – della sopravvivenza del primo alla soppressione augustea del secondo e l'impossibilità pertanto di andare a riferire l'efficacia definitiva dell'*addictio* magistratuale al modello processuale abrogato.<sup>2</sup>

La testimonianza di Gai 2.24, che ricorda come la *in iure cessio* fosse effettivamente detta e percepita quale *legis actio*, non può in effetti offrire alcun sostegno alla tesi che voleva il rito cessorio tanto prossimo a quello contenzioso, da farne il primo mera applicazione abortita del secondo (non generazione del modello, ma sua puntuale – pur *ficta* – manifestazione): se infatti, per un verso, l'esame che ha impegnato le pagine precedenti ha ridimensionato assai quella prossimità; per l'altro, lo *idque legis actio vocatur* mostra adesso una docile compatibilità alla accezione più lata di *legis actio*, verso la quale è spinta – oltre che dall'analogia con il destino degli altri riti derivati dal modello sacramentale – per la forza di due considerazioni fondamentali:

- che la *legis actio sacramento* è stata, come è noto, abolita con le due *leges Iuliae*, senza che tra le eccezioni fosse considerata la *in iure cessio*:<sup>3</sup> sopravvivendo alla *sublatio* del 17 a.C., essa dimostra di non essere riducibile alla soppressa *legis actio sacramento*: diversamente opinando, si porrebbe il problema grave della necessità di sfruttare ai fini negoziali sopravvissuti alla riforma il procedimento *sublatum* e, soprattutto, di

sostanza, il negozio traslativo, cioè un'entità che va oltre la *rei vindicatio*, ma che il risultato è ottenuto per mezzo del processo, utilizzando un istituto processuale». A me sembra che tale ultimo enunciato possa chiudere la questione, anche se le difformità di procedimento che distinguono i riti processuale e negoziale (difformità che ritengo nonostante le opinioni contrarie degli autori citati alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110 – cui aggiungerei VOCI, *op. cit.*, 62, che fa implicitamente proprio l'argomento della identità strutturale –) mi inducono a sottolineare quella precisazione circa il superamento della *rei vindicatio*, quell'andare oltre questa, osservando come la spinta in tal senso sia originaria e non sopravvenuta, contestuale all'intervento manipolativo eseguito sul formulario della *legis actio sacramento*, affinché fosse confezionata la veste di un *lege agere* diversamente destinato.

<sup>1</sup> Ho ricordato più volte come MARRONE, *L'efficacia cit.*, 111 (nonché ID., sv., *Rivendicazione cit.*, 4) consideri seriamente la possibilità che le difformità rituali che oppongono ai miei occhi la *legis actio* contenziosa e la *in iure cessio* siano in realtà dovute a ragioni di brevità che avrebbero indotto Gaio, in 2.24, a tralasciare i dettagli non indispensabili. Lo stesso A. non esclude neppure che – se una differenza fosse infine constatata – questa potesse essere frutto di una degenerazione procedimentale imputabile alla prassi di applicazione. Nello stesso senso sono orientati gli studiosi che ho citato alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110.

<sup>2</sup> L'*addictio* definitiva della *in iure cessio* non può essere ricondotta al provvedimento che sanziona la mancata *contravindicatio* nella *legis actio* contenziosa e per le diversità rituali dei procedimenti e perché, dopo la *lex Iulia*, quel provvedimento non era più nella disponibilità del pretore (nella sua applicazione tipica entro il rito sacramentale abrogato): il magistrato poteva, naturalmente, *addicere*, ma non riferendosi all'ambito prima attinto dal *modus agendi* soppresso.

<sup>3</sup> Sull'abolizione, Gai 4.30: *itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus*. Sulle eccezioni, Gai 4.31: *tantum ex duabus causis permissum est lege agere, damni infecti, et si centumvirale iudicium futurum est*. Sull'unica applicazione sacramentale sopravvissuta, ancora Gai 4.31: *sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum*.

giovarsi, per il conseguimento di quei fini, di un'*addictio* definitiva, che il magistrato avrebbe dovuto pronunciare ai termini del rito abrogato;

- che *legis actio* e *lege agere* possono riferirsi, forse in senso lato, a qualsiasi condotta ordinamentalmente codificata, in forma della previsione di un legame eziologico tra il compimento dei prescritti *certa gesta* (e *verba*) e l'effetto derivato di modificazione giuridica.<sup>1</sup>

Espunta dal novero delle cinque *legis actiones* contenziose (le *istae* di Gai 4.30) per l'osservazione della sopravvivenza sua alla riforma augustea che quelle aveva abolito, la in *iure cessio* finalmente mostra da sola la natura di *legis actio* affermata da Gaio. Natura che infatti, lungi dal derivarle per essere applicazione sacramentale, le compete in proprio, quale sequenza rituale di *certa verba*, atta alla incisione modificativa delle situazioni giuridiche per essa trattate.

Il che forse poteva già risultare appuntando l'attenzione sulla *vindicatio* introduttiva del rito di trasferimento: tale senza dubbio è l'affermazione preliminare del cessionario, ancorché non assistita dal gesto festucario e incompleta nella sequenza dei *certa verba* contenziosi.<sup>2</sup> Non è infatti questo l'unico caso in cui si registra – in termini sicuramente di *lege agere* – un'affermazione di appartenenza mutila: le fonti ricordano bene come nell'antico procedimento di revindica del bene immobile, le parti avviassero in *iure* la formalizzazione del loro contrasto in assenza della *res litigiosa*, di cui pure affermavano la proprietà in termini vindicatori incompleti. Un celebre passo dell'orazione pronunciata da Cicerone in difesa di L. Murena ci informa del modo in

<sup>1</sup> Così è decisamente orientato SANTORO, *Potere ed azione* cit., 233 ss. (si veda anche ID., *Actio in diritto antico* cit., 298 s.); prima di lui, già HUVÉLIN, *Cours élémentaire* cit., 1.131, distingueva, pure in diversa prospettiva, tra *legis actiones* «judiciaires ou extrajudiciaires, suivant qu'ils supposent ou non le concours de l'autorité judiciaire»; affermava l'A. la maggiore anzianità delle seconde e il successivo loro ridursi in favore delle prime. Nel senso di un'accezione larga di *legis actio*, anche NOAILLES, *Du droit sacré* cit., 57 s. Ho toccato il punto in G. GULINA, *Lege agere damni infecti e pignoris capio. Esegese e logica di Gai. 4.31*, in «φιλία. Scritti per G. Franciosi», Napoli 2008, 2.1157-1216 (anticipato in *RDR.*, 6 (2006), 1-38), 1163 nt. 16, 1181 nt. 63, dove però mi sono limitato a dare seguito al dimostrativo *istae* di Gai 4.30 circoscrivendo il discorso ivi svolto dal giurista circa l'estensione della *sublatio* augustea. E proprio intorno alle *istae* che ho detto LEVY-BRUHL, *Recherches* cit., 15 ss., 19, ha chiuso la categoria delle *legis actiones*, tassonomicamente formata con riferimento al «sens contentieux ou, tout au moins, procédural» per lui caratteristicamente legato alla *legis actio* (meno rigorosamente si era espresso il medesimo A. – ID., *La nature de l'in iure cessio* cit., 117 ss. – per il quale allora, entro l'insieme delle *legis actiones*, si contavano modelli giudiziali e non giudiziali).

<sup>2</sup> LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 95, parlava – appunto – di formula vindicatoria con riferimento a questa sola prima parte dei *verba* della *legis actio* contenziosa. ID., *Le simulacre de combat* cit., 179, imputava però l'effetto del *vindicare*, nel ritenuto senso etimologico di *vim dicere* o *dicare* – alla rituale *impositio festucae*, che – evidentemente – non compone la formula vindicatoria. A prescindere dal rilievo ora accennato, tale formula «constitue l'élément fondamental», oltretutto nel *sacramentum in rem*, nella in *iure cessio* e nella *mancipatio* (l'A. non richiama la *manumissio vindicta*, di cui offre la diversa ricostruzione che ho detto alla nota 3 di p. 117), «c'est à dire des seuls modes d'aliénation que connaisse l'ancien droit ethnique des Romains et du seul moyen anciennement connu d'eux pour sanctionner en justice le droit de propriété»: LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire* cit., 96. Pur muovendo da presupposti analoghi (rilievo della malferma tenuta logica dell'affermazione riferita in Gai 4.16; distinzione tra *festuca* e *vindicta*; ricerca della funzione della *vindicta* nell'etimologia del termine), NOAILLES, *Vindicta* cit., 10 s., isola tuttavia l'intero tratto verbale della *legis actio* contenziosa, comprensivo anche delle parole che accompagnano il gesto festucario, nonché del gesto stesso: «dire et faire cela, c'est *vindicare*, c'est faire la *vindicatio*». Successivamente però, l'A. sembra intendere per *vindicationes* – 12 s. – anche le formule mutile della in *iure cessio* e della *manumissio vindicta*: apertamente in tale ultimo senso, ID., *Du droit sacré* cit., 56 s. Il nucleo vindicatorio comune a moltissimi riti dell'antico diritto romano è stato evidenziato con larghezza da DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 126; uno spunto forte in tal senso già si leggeva in BETTI, *La vindicatio romana* cit., *passim*, 6, 36;

cui le controversie sui beni immobili erano introdotte *in iure*, senza che fosse portata la cosa, e ricorda come queste fossero subito sospese, per consentire alle parti di recarsi presso il bene in questione e ivi prelevare un qualcosa che, nel prosieguo del rito, fosse il simbolo della *res litigiosa*, e fosse perciò l'oggetto valido delle *vindicatio-nes* incrociate e delle imposizioni festucarie.<sup>1</sup>

Al momento della prima comparizione in giudizio – scrive l'oratore, pur in un contesto satirico, che però non inficia l'idoneità della fonte – colui che promuoveva l'iniziativa pronunciava una sequenza verbale di appartenenza:

[Cic. Mur. 12.26] *FVNDVS ... QVI EST IN AGRO QVI SABINVS VOCATVR ... EVM EGO EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO...*

Il *fundus*, naturalmente, non era presente; né era presente l'oggetto simbolico che lo avrebbe dovuto rappresentare ai fini dell'esperimento giudiziale, il quale oggetto sarebbe stato in effetti appreso dalle parti solo successivamente.<sup>2</sup> Non a caso, chi parla specifica luogo e nome del *fundus* controverso, non potendosi limitare a un più diretto *hic fundus*.

Dopo questa prima affermazione di appartenenza, le parti, reciprocamente invitate a ciò, si recavano finalmente presso l'immobile controverso per raccoglierne il simbolo su cui successivamente esperire *in iure* una seconda *vindicatio*, operata questa volta giusta il modello completo degli ulteriori *verba* e accompagnata dal gesto festucario:<sup>3</sup>

[Gai 4.17] *...si de fundo uel de aedibus ... controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferabatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio, uelut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula...*

<sup>1</sup> Circa l'esperimento di revindica compiuto sul simbolo della *res litigiosa* si veda altresì Gai 4.17 (*deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio*), dove però non sono i dettagli che si leggono nell'orazione *pro Murena*, sulla quale si è soffermato con speciale attenzione R. SANTORO, *Manu(m) conserere*, in *AUPA*. 32 (1971), 513-589, 540 ss. (ora in *Id.*, *Scritti minori* cit., 1.145-221) il quale – 548 – ha ritenuto che la presenza della cosa oggetto dell'affermazione di appartenenza fosse elemento necessario di ogni *vindicatio* (più di recente, così si è orientato anche VARVARO, *Manu(m) conserere* cit., 298 s., che, conseguentemente, ha visto nella formula introduttiva della *ex iure manu(m) consertum vocatio* un momento prodromico della *manum consertio* prelusiva della *vindicatio* in senso stretto). Il che è vero (sul punto già BETTI, *La vindicatio romana* cit., 7 s.), ragionando in termini di *lege agere*, ossia di attitudine della condotta codificata alla incisione delle posizioni sostanziali portate dalle parti agenti (incisione che non matura in sede di *vocatio*, né in occasione di attività compiuta senza la presenza dell'oggetto inteso); diversamente sarebbe ove l'accento fosse posto sul contenuto logico recato dall'enunciato di appartenenza, alla luce di una lettura più debole (e, probabilmente, meno corretta) del significato implicato da *vindicatio*. Ad ogni modo – ai miei fini – la *in iure cessio* può dirsi *lege agere*, in considerazione non del rapporto di generazione che la lega all'esperimento sacramentale, ma del fatto che il rito consiste in *verba* e *gesta* ordinalmente determinati, atti a immutare la posizione giuridica di colui (o di coloro) che li compie.

<sup>2</sup> Il prosieguo del passo non lascia il minimo dubbio sul fatto che la *vindicatio* sopra riportata sia diversa da quella *omnibus verbis*, frapponendosi tra le due serie di affermazioni la trasferta simulata presso il luogo di causa per l'apprensione del simbolo su cui procedere *quasi in totam rem*. Il solo dubbio – l'ho anticipato alla nota precedente – riguarda la possibilità di qualificare in *vindicatio* l'affermazione prodromica di appartenenza, svolta in apertura della *ex iure vocatio* (ferma la natura di *lege agere*, che sola allo stato rileva). Sulla differenza tra il *manum conserere*, che sta per *vindicatio* giudiziale e *vocare ex iure manu(m) consertum*, SANTORO, *Manu(m) conserere* cit., 536.

<sup>3</sup> Ovvero *omnibus verbis* (e *gestis*). Ho parlato di una prima e di una seconda *vindicatio*, attingendo al senso debole del segno, contro la lettura più rigorosa (ne ho detto alla nota 1 di questa pagina), per la quale la revindica del bene immobile è una, ancorché processualmente articolata in fasi consequenziali e culminante nella *manu consertio* di deduzione.

Dunque, modificando opportunamente i *certa verba* del proprio *lege agere*, il *prior vindicans* avrebbe finalmente impugnato la *festuca* e appreso la zolla del fondo, affermando solennemente che:<sup>1</sup>

HVNC EGO FVNDVM [SABINVM] EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI.

È, del resto, quanto si ricava dalla lettura – non piana – di un passo di Aulo Gellio, in cui l'antiquario prova a chiarirsi il dubbio su che cosa fosse quel *manum conserere* che egli aveva incontrato in un verso di Ennio.<sup>2</sup> Il passo tratta perciò della cerimonia rituale, per la quale, in antichità, le parti litiganti raccoglievano dal fondo la parte destinata a esserne il simbolo ai fini dell'esperimento processuale che le stesse avevano avviato *in iure* con una prodromica *vindicatio* mutila e che si accingevano a riprendere con una *vindicatio* in senso stretto, compiuta questa volta *omnibus verbis*:<sup>3</sup>

[Gell. 20.10.7] ...*manum conserere. Nam de qua disceptatur in iure praesenti, siue ager siue quid aliud est, cum aduersario simul manu prenderet. In ea re omnibus uerbis uindicare, id est uindicia...*

La *vindicta* introduttiva – quella che più volte ho chiamato mutila – è senza dubbio *legis actio*, così come *legis actio* è il procedimento nel suo complesso, fatto della fase preliminare di prima opposizione delle parti, della parentesi di raccolta del simbolo, dell'esperimento contenzioso in senso stretto.

Se allora è *legis actio* una revindica incompleta e interlocutoria, quale è quella preliminare al *manum conserere*, per lo stesso motivo è *legis actio* la pretesa formalmente svolta dal cessionario *in iure*, senza bisogno di titolare la qualificazione nella confluenza del rito entro l'ambito un tempo attinto dalla soppressa *legis actio* contenziosa. È naturale dunque che Gaio chiuda la trattazione della *in iure cessio* con l'enuncia-

<sup>1</sup> MARRONE, sv. *Rivendicazione* cit., 3, ipotizza un formulario più prossimo a quello di *Mur.* 12.26, per il quale il fondo è indicato con la sola sua localizzazione (*fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur*). Io ho preferito ricorrere a una soluzione che, giovandosi della rituale apprensione *in loco* del simbolo dell'immobile controverso, consentisse il contenimento del rischio connesso con la dimostrazione della *res litigiosa* mediante l'aggettivo *hunc*, riferito ovviamente al simbolo e, perciò stesso alla cosa (Gai 4.17: *et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio*). Ho poi considerato, dubitativamente, la possibilità che il fondo fosse ulteriormente qualificato con il nome suo corrente (anche se forse ciò non si sposa con la rigidità dei *certa verba*). Osservo inoltre che la presenza della cosa, sottolineata dall'*hunc* che ho detto (sull'*hunc* in luogo dell'*eum*, SANTORO, *Manu(m) conserere* cit., 549), integra uno dei requisiti caratteristici della *vindicatio* in senso stretto (su cui alle note che precedono), la quale ha in effetti bisogno che sia appresa la cosa oggetto dell'attività rituale: il dimostrativo sottolineerebbe in tal caso il fatto della integrazione del requisito.

<sup>2</sup> Aulo Gellio stava leggendo l'ottavo libro degli *Annales* di Ennio. Sul punto, oltre a VARVARO, *Manu(m) conserere* cit., 270; LEVY-BRUHL, *Le simulacre de combat* cit., 178 s.; SANTORO, *Manu(m) conserere* cit., 518 ss.

<sup>3</sup> Attingo direttamente dal *Codex Florentinus Bibl. Nat.* (Conv. Soppr. J.IV.26) dovuto a Niccolò Niccoli. Sulla lezione del passo di Gellio, da ultimo VARVARO, *Manu(m) conserere* cit., 273 ss., 299 ss., il quale si spende fondatamente per il restauro della locuzione *omnibus verbis*, che si legge bene nel codice rinascimentale ora citato (il cui *fol.* 123 r è riprodotto anche in chiusura – 309 – del citato studio di Mario Varvaro), in luogo del *solemnibus verbis* generalmente ritenuto a partire B. BRISSONIUS, *De formulis et solemnibus Populi Romani verbis*, Parisiis 1583, 420 (n.v.): sul punto rinvio ancora a VARVARO, *Manu(m) conserere* cit., 300 ss. e ntt. 105 e 106, segnalando come ancora SANTORO, *Manu(m) conserere* cit., 518, ritenga preferibile l'aggettivo *solemnibus* in luogo di *omnibus*.

to tante volte ricordato *idque legis actio vocatur*.<sup>1</sup> Enunciato che, per quanto ora detto, viene definitivamente espunto dal novero degli argomenti atti alla dimostrazione del postulato per il quale la *in iure cessio* è una mera applicazione della *legis actio* contenziosa, sopravvissuta alla *sublatio* augustea dell'anno 17 a.C., per via di una sicura e sopravvenuta sua specialità sostanziale.<sup>2</sup>

12. *Epilogo*. La *in iure cessio* non è dunque applicazione della *legis actio sacramento in rem*. Non lo è stata neppure il giorno in cui, per la prima volta, un cedente e un cessionario si sono presentati nel tribunale magistratuale, perché una *res* artatamente *litigiosa* fosse *addicta* al secondo e fosse perciò solo estinto il diritto che su di essa vantava il primo. Come la giurisprudenza avesse preparato quel momento non è possibile dire: certo è che, alla pronuncia della *vindicatio* mutila da parte di un cessionario sprovvisto di *festuca*, il magistrato – che non era all'oscuro della novità che stava varando – inter-

<sup>1</sup> Non è facile a questo punto resistere alla tentazione di collocare la vicenda giurisprudenziale di cauta elaborazione dei termini rituali della nascente *in iure cessio* entro un contesto il quale ebbe per punto di partenza non la sequenza dei *certa verba* che si leggono in Gai 4.16 circa il culmine dell'esperimento contenzioso, ma quello di preliminare *vindicatio* (Cic. *Mur.* 12.26), caratteristico della subitanea comparizione delle parti nel procedimento arcaico di revindica del bene immobile e propedeutico alla raccolta *in loco* della cosa simbolica su cui sarebbe poi stata rinnovata efficientemente l'affermazione di appartenenza, mediante la pronuncia della intera sequenza verbale – *omnibus verbis* – in accompagnamento, finalmente, dell'imposizione *festucaria*. Alla tentazione che ho detto accede una suggestione forte, ove si vogliano riconsiderare in nuova luce i molti problemi che hanno impegnato le pagine precedenti: problemi che infatti cessano, accogliendo la tesi per cui i *certa verba* della *in iure cessio* non sono il frutto di un intervento ablativo giurisprudenzialmente operato sul modello rappresentato dalla revindica *omnibus verbis* della *legis actio sacramento*, ma derivano piuttosto dall'esperimento, sia pure in ambito non contenzioso, della *vindicatio* preliminare restituitaci da *Mur.* 12.26: il dubbio circa l'occorrenza della *festuca* ai fini della *in iure cessio* sarebbe travolto e spazzato via (non occorre per la *vindicatio* preliminare); ogni difficoltà di ulteriore spiegazione della assenza nel rito negoziale di *verba* e *gesta* importanti, che componevano il formulario già ritenuto di riferimento (mentre non compongono quello preliminare ora detto) sarebbe recisa alla radice. Constando tuttavia le gravi ragioni di senso contrario che subito dirò, la congettura deve essere respinta, restaurandosi l'ipotesi per la quale l'intervento di formazione del tenore verbale della *in iure cessio* fu operato avendo per riferimento i *certa verba* della *vindicatio omnibus verbis* e si risolse nella espunzione da questo di talune parti incompatibili con il risultato perseguito: la *vindicatio* di Gai 2.24 è svolta alla presenza della cosa, tenuta in mano dal cessionario, così come la *res litigiosa* era in 4.16 afferrata dal *prior vindicans*. L'affermazione di appartenenza del fondo Sabino in Cic. *Mur.* 12.26 è invece operata senza che la cosa o il simbolo di questa fosse, allo stato, presso il *vindicans*. Si tratta di una circostanza avente rilievo assoluto, al punto che su essa è stata, non senza argomenti convincenti, appuntata una funzione dirimente tra le generiche affermazioni di appartenenza e le *vindicaciones* in senso stretto. Il punto non è però meramente concettuale, prevalendo ai miei occhi un aspetto, per così dire, fenomenologico: il cessionario *in iure* tiene – come ho detto – la cosa. Ipotizzare una derivazione del procedimento di cessione negoziale dalla *vindicatio* preliminare alla *ex iure vocatio*, dove il *vindicans* non tiene la cosa, implica la necessità della messa a fuoco del passaggio necessario per il quale il modello di asserita partenza sarebbe stato inciso tanto gravemente, da renderlo irriconoscibile (quel formulario postula la assenza della cosa, trovando la propria occasione nella necessità di procurarne in contraddittorio la presenza). Messa a fuoco che non è possibile, se non costruendo una serie complessa di congetture di trasformazione, alla fine sproporzionate rispetto agli indizi loro di partenza e perciò ingiustificate e inaccettabili. L'ipotesi ora tracciata della sostituzione del modello di riferimento nella formazione dei *certa verba* della *in iure cessio* finisce dunque per porre problemi più gravi di quanti non ne risolveva.

<sup>2</sup> La conclusione vale anche per la qualifica di *legis actio* apposta in un secondo passo di Gellio – N.A. 5.19.3 – a quella sorta di *in iure cessio*, il cui esito sanziona l'effetto della adozione, attribuendosi per essa al *pater* adottivo la *potestas* sull'adottato: precisa al proposito l'antiquario che quell'ultimo passaggio si svolge *apud eum apud quem legis actio est*, con ciò non potendosi intendere che il magistrato giudicante, evidentemente ancora al tempo (della fonte) di Gellio attributario della funzione di soprintendenza agli esperimenti di *lege agere* che fossero sopravvissuti alla abolizione augustea dell'anno 17 a.C.

rogò il cedente e pronunciò senz'altro la *addictio* definitiva. Il procedimento cessorio mostrava già in quella prima sede talune peculiarità procedurali, che consistevano positivamente e che si sono conservate nel tempo (non sono cioè il frutto malitioso di una troppo agile prosa, né la conseguenza di una prepotente prassi applicativa). Peculiarità che si giustificano nella speciale finalità del negozio il quale, pur costretto entro un mezzo costitutivo, voleva da subito procurare un esito successorio.

Se la *in iure cessio* sia un istituto negoziale o processuale è difficile a dirsi: il punto tuttavia non ha – a mio avviso – il rilievo che emerge dalla attenzione riservatagli in letteratura, dove la migliore dottrina si è da tempo orientata per la natura processuale.<sup>1</sup> E ciò sulla base di due argomenti, uno dei quali – l'identità formale dei riti – non è a mio avviso fondato, l'altro – del difetto di legittimazione a *cedere* del *filius familias* – è anfibulo.<sup>2</sup>

Fuori da questo ordine di idee, osta in me alla affermazione della natura schiettamente processuale la circostanza eterogenea, per la quale ogni applicazione del rito sacramentale ebbe a cessare dopo la *lex Iulia* del 17 a.C., salva la sola eccezione dell'esperimento centumvirale: la *addictio* con la quale il magistrato sanzionava l'effetto dell'attribuzione della *res* al cessionario non poteva dunque essere una manifestazione, per così dire, postuma del provvedimento, con cui lo stesso era solito rispondere, nell'antico rito contenzioso, alla mancata reazione dell'*adversarius* alla *vindicatio omnibus verbis*, svolta dal *prior* (e *unus*) *vindicans*.

Dopo la riforma augustea, infatti nessuno avrebbe potuto adire il pretore, avviando presso di lui un procedimento abrogato; nessuno cioè avrebbe potuto pretendere dal magistrato l'emissione di un provvedimento contemplato per un rito non più procedibile: in questo senso depongono le parole di Gaio per le quali:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> In proposito VOCI, *Modi di acquisto* cit., 62 ss.; con richiamo degli autori e delle tesi loro, tra cui si veda specialmente RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* cit., 309 ss., 314. L'eco di tale orientamento è netto nella manualistica richiamata alle note 1 di p. 109 e 2 di p. 110, cui faccio rinvio. Più cautamente, ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 106, il quale preferisce l'opinione che vuole «un negozio costruito utilizzando, sì, elementi processuali, ma piegando quegli stessi elementi alla produzione di effetti che il meccanismo normale della accennata *legis actio* non avrebbe potuto conseguire» (il riferimento è alla opponibilità *erga omnes* degli effetti della *addictio* definitiva della *in iure cessio*). Lettura – mi pare – non troppo diversa in CANNATA, *Qui prior vindicaverat* cit., 92 s. Prima di lui A. FERNANDEZ DE BUJAN, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid 1986, 45 ss., si era orientato per un istituto di natura spiccatamente processuale in età repubblicana, poi mutatosi verso una diversa forma di età classica, che però non poté dirsi negoziale, per via della presenza in fine della *addictio* magistratuale. *Addictio* che non era stata parimenti dirimente per SOLAZZI, *Iurisdictio contentiosa* cit., 26, per il quale – richiamata dottrina importante – «la *in iure cessio* non è stata e non poteva essere trattata dai giureconsulti classici come un atto giurisdizionale». Da ultimo ha ripreso i termini della questione GIOMARO, *Divertissements* cit., 64 ss.

<sup>2</sup> Viceversa condivido le critiche mosse al duplice argomento opposto, della diversa efficacia degli esiti sostanziali rispettivamente procurati dalla *in iure cessio* e dalla *legis actio sacramento*. Sulle ragioni per cui ritengo la diversità formale dei riti mi sono soffermato spessissimo e non sto qui a ripetermi. Anche sulla non decisività dell'indizio rappresentato dal difetto di legittimazione a *cedere in iure* del *filius familias* già ho detto, rilevando come per il *ius civile* stretto, neppure i negozi erano accessibili a chi fosse *alieni iuris subiectus* (e certo fu più facile imputare al *pater* l'effetto del silenzioso *accipere* di un *filius familias*, sua *longa manus*, che non quello del positivo *vindicare in iure* da parte del medesimo). Il punto contrario della diversa efficacia dei prodotti negoziale e processuale è oggi superato dal frutto delle ricerche di MARRONE, *L'efficacia* cit., 121 (solletica semmai l'attenzione la considerazione già ricordata di VOCI, *Modi di acquisto* cit., 63, per la quale la situazione conseguente all'atto traslativo soffrirebbe di una imminente efficacia, fino al sopravvento dell'acquisto del diritto per usucapione da parte del cessionario).

<sup>3</sup> Per come lo si voglia intendere, il passo esclude per l'età postgiulia la possibilità di *lege agere sacramento* al di fuori del caso di adizione del collegio centumvirale (e – semmai – di danno temuto): la lettura pro-

[Gai 4.31] *tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum...*

In considerazione di quest'ultimo argomento, opterei per riconoscere indole negoziale alla *in iure cessio*, avvertendo però che l'opzione è dovuta essenzialmente alla esclusione della soluzione contraria della natura schiettamente processuale, che non posso ritenere per via di quanto ho appena detto. La sola incertezza che investe tale conclusione deriva dal dubbio sulla ragione e pregnanza di una opposizione netta e complementare tra due insiemi indubbiamente un po' artificiali. La migliore risposta al quesito circa la natura della *in iure cessio*, non è dunque l'affermazione variamente argomentata di un'indole sostanziale o processuale, ma il rigetto alla radice una simile partizione di genere.

Non è in effetti difficile contestarne il fondamento storico e il significato giuridico, sol che si presti una rinnovata attenzione alla vicenda genetica degli istituti. La stessa *mancipatio*, che indubbiamente è campione delle figure negoziali, richiama da vicino – lo si è visto – la struttura sacramentale di *lege agere* e si apparenta perciò con la *in iure cessio*, che pure è il campione del contrapposto insieme processuale.

Se infatti è vero che la *in iure cessio* ebbe per modello la *vindicatio* che si legge nella *legis actio* contenziosa, è altrettanto vero che lo stesso avvenne per la *mancipatio*, il cui cuore autenticamente vindicatorio non è passato inosservato in letteratura.<sup>1</sup> Il problema allora si risolve non in termini di partizione ontologica delle *species*, ma di (im)mediatezza della riconducibilità della applicazione al proprio modello di derivazione, abbandonata la (ora) inutile diairesi tassonomica.

Si ritiene generalmente che la *mancipatio*, pur formatasi sulla scorta del parametro contenzioso sacramentale, abbia prestissimo raggiunto una individualità forte, per la quale essa fu intesa quale negozio indipendente dalla *legis actio* (*rectius*: non ad essa immediatamente riconducibile): mostrava in effetti un primo tratto verbale corrispondente, ma ne recava un secondo nuovo e speciale (oltre a non conservare la parte finale dei *verba* contenziosi e il gesto festucario). Fin qui – a ben vedere –, nulla di troppo diverso da quanto sarebbe poi avvenuto nel caso della *in iure cessio*, la quale mostrava allo stesso modo quel primo tratto verbale di derivazione, ma non il secondo, né implicava la *impositio festucae*. Non aveva quest'ultima suoi propri *verba* caratteristici, ma importava comunque la presenza silenziosa dell'*adversarius*, che significava acquiescenza.

*Mancipatio* e *in iure cessio* si lasciano facilmente considerare in una trasparenza che

cessuale, avvicinando il rito cessorio all'antica revindica contenziosa, importa la soppressione anche della *in iure cessio* con la legge dell'anno 17 a.C. I termini della questione non mutano a seconda della lettura in senso forte o debole del passo (limitazione o meno dell'effetto abrogativo alle cinque – *istae* – *legis actiones* contenziose), giacché la lettura processuale implica essere la *in iure cessio* applicazione di uno dei cinque *modus agendi* detti.

<sup>1</sup> DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 126 ss.; VOCI, *Modi di acquisto* cit., 42 ss. (cauto però – 45 – sulle conseguenze del punto rilevato: «i rapporti tra *mancipatio* e *vindicatio* sono i seguenti: la *mancipatio* ha mutuato dalla *vindicatio* una formula, e solo una formula»). Osservava poi MEYLAN, *De deux traits* cit., 108 s., che «si la *mancipation* n'est jamais appelée *legis actio*, mais bien d'ailleurs *civilis actio*, cela doit tenir au fait que cette expression s'est progressivement confinée dans le sens d'*actio in iure* contentieuse». Sulla comunanza di archetipo tra *mancipatio* e *in iure cessio* ancora VOCI, *Modi di acquisto* cit., 64, nonché – in termini più lati – BETTI, *La vindicatio romana* cit., 6, 36.

rivela facili corrispondenze, nonostante che, come ho detto, siano per i più *species di genera* reciprocamente irriducibili.

Le cose sembrano tuttavia cambiare procedendo oltre nell'esame del modo dei riti, giacché è facile notare come il procedimento di *mancipatio* si esaurisca in quanto ho succintamente detto, mentre la *in iure cessio* si chiude con una fortemente caratteristica *addictio* magistratuale. Ciò che permise, nella percezione dei classici (e non solo), la riconduzione sua alla *legis actio* contenziosa. Quella particolarità emerge in effetti con comprensibile evidenza in:

[Tit. Ulp., 19.9] *In iure cessio ... fit per tres personas: in iure cedentis, uindicantis, addicentis.*

dove un accento forte cade proprio sulla partecipazione del magistrato, avuta per caratterizzante.

Contrariamente a quanto può sembrare (e quanto dovette essere senza dubbio inteso già dai pratici dell'età classica), non è tuttavia detto che questo, del ruolo magistratuale, sia un punto davvero dirimente e capace di fondare la reciproca irriducibilità delle *species* considerate e, per esse, dei *genera* di appartenenza: è infatti possibile riavvicinare le figure, partendo dal loro diverso tempo di origine (il che è pacifico, nel senso di una maggiore anzianità della *mancipatio*) e ipotizzando che la *mancipatio* sia stata perciò creata quando ancora le controversie *sacramento in rem* (suo modello di derivazione) non venivano portate presso il *rex*, ma trovavano quella rudimentale, quanto affascinante soluzione che molti romanisti hanno congetturato in termini di magia, ordalia, o lotta fisica:<sup>1</sup> in termini che, al netto delle variabilità infinite di indagini tanto ardite, prescindevano – questo è il punto – dalla presenza del magistrato cittadino, che perciò non fu chiamato a sanzionare l'effetto acquisitivo della *mancipatio*, come invece sarebbe poi stato per quello della *in iure cessio*.<sup>2</sup>

Il procedimento di revindica allora seguito rappresentò il modello da cui la giurisprudenza derivò, in quel tempo lontano, lo scheletro della *mancipatio*, conservando allo scopo la prima parte dei *verba* e aggiungendo il secondo tratto caratteristico:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Rinvio in proposito a SANTORO, *Potere ed azione* cit., 129 ss., 353 ss., segnalando inoltre il recentissimo F. RUSCHI, *Il realismo magico: una ricognizione*, in «*Iuris quidditas. Liber amicorum* per Bernardo Santalucia», Napoli 2010, 237-268, *passim*.

<sup>2</sup> Per la maggiore anzianità della *mancipatio* sulla *in iure cessio*, posso richiamare essenzialmente M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar 1943, 199; VOCI, *Modi di trasferimento* cit., 64; più in generale, W. KUNKEL, sv. *Mancipatio*, in *PWRE.*, 14 (Stuttgart 1930), 998-1009; E. VOLTERRA, sv. *Mancipatio*, in *NNDI.*, 10 (1957), 97-101. Difficile è tuttavia precisare il tempo di formazione del primo negozio, il quale sicuramente precede l'introduzione a Roma della moneta coniatata. Argomentando dalla funzione monetaria che l'*aes rude* gioca nel rito negoziale, VOCI, *Modi di acquisto* cit., 46, risale almeno all'età decemvirale e, più precisamente, al tempo delle leggi Aternia Tarpeia e Menenia Sestia, le quali – convertendo antiche misure economiche dal metro dei capi di bestiame a quello del bronzo – offrono un sicuro indizio della concretamente emersa attitudine monetaria di quella lega. Si tratta evidentemente di un termine *ante quem*, che non si oppone a una datazione ancora più risalente dell'origine dell'istituto, come è per la congettura che sto delineando nel testo (formazione del negozio precedentemente all'assorbimento presso il *rex* di quella che, molto più tardi, sarà la *provincia* giurisdizionale): nel senso ora detto propendeva VOLTERRA, sv. *Mancipatio* cit., 99, per il quale il negozio doveva risalire a prassi osservate presso le popolazioni latine preromane.

<sup>3</sup> In questo senso, VOCI, *Modi di acquisto* cit., 45, il quale riscontra nella *mancipatio* quell'indole vindicatoria comune, che in letteratura si ascrive generalmente alla «serie di atti processuali o materiali i quali, più o meno direttamente, si congiungono con la *vindicatio*»: così DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 126, sulla scia di BETTI, *La vindicatio romana* cit., 6 s. (che però ragiona non in termini di derivazione dei futuri negozi



nessuno – ovviamente – pensò allora di chiudere il rito con un' *addictio* magistratuale, per il fatto elementare che neppure il modello contenzioso – a quel tempo – la contemplava, come in effetti non contemplava né *addictio*, né presenza del magistrato.<sup>1</sup>

Quando successivamente, per una vicenda analoga e secondo un bisogno ulteriormente avvertito, nacque per rinnovata opera giurisprudenziale la *in iure cessio*, il parametro contenzioso di riferimento si era nel frattempo modificato, nel senso che la controversia per esso dedotta, diversamente da quanto accadeva all'epoca in cui dal rito contenzioso fu derivata la *mancipatio*, si svolgeva sotto la guida del magistrato: perciò fu naturale e inevitabile che nel rito successivamente confezionato fosse contemplato, diversamente che per la *mancipatio*, un ruolo per il re o per il console, secondo quello che si preferisce ritenere circa il tempo della formazione dell'istituto: lo stesso ruolo che questi rivestiva nella *legis actio*, ovvero *addicere* in conformità dell'affermazione rituale non contestata. Poiché – come è noto – tale ruolo giurisdizionale fu nel tempo conservato e accresciuto, i riti antichi che di esso mostravano il segno (*addico* è uno dei *tria verba*) furono poi facilmente percepiti come derivati da esperimenti paracontenziosi; i riti che invece quel segno non recavano, furono intesi come istituiti a sé, obliterato quell'antico legame ormai invisibile.<sup>2</sup>

È innegabile come nella seconda occasione abbia pesato la sopravvenuta percezione dell'efficienza (ormai irrinunciabile) della funzione del magistrato nella definizione per *addictio* della controversia. Il fatto che però quella funzione non abbia avuto un seguito nella *mancipatio* non depone nel senso della deriva dei due istituti dal comune archetipo sacramentale verso gli insiemi tassonomicamente diversi e irriducibili degli ambiti sostanziale e processuale. Quel fatto depone semmai verso la conferma della conclusione della diversa età dei riti e della evoluzione conosciuta dal comune loro modello – *legis actio sacramento in rem* –, nel tempo compreso tra la formazione del primo e del secondo rito di trasferimento.

dal calco contenzioso, ma – *ibidem* e 33 – di formazione degli uni e dell'altro attorno al modello inveterato della *vindicatio*, del quale sono «riproduzione»).

<sup>1</sup> L'origine della funzione giurisdizionale è naturalmente avvolta nelle tenebre del più antico passato e non può che essere oggetto di congettura. Forme autotutelative dovettero precedere nel tempo i primi esperimenti processuali condotti presso il tribunale del re, come si evince con relativa facilità dall'esame della struttura dei *lege agere sacramento* e *per manum iniectionem*. Rinvio specialmente a GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., 73 ss., 87 ss., 103 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile* cit., 1.27 ss. Una matrice unilaterale, arbitraria e autoritaria sarebbe naturalmente sottesa nella *vindicatio*, già per l'etimo del segno, giusta le considerazioni di BETTI, *La vindicatio romana* cit., 5, 27 ss.

<sup>2</sup> Ragiona diversamente GIOMARO, *Divertissements* cit., 66 ss., laddove riconduce le primitive *mancipatio* e *in iure cessio* ai generi diversi, rappresentati dalle forme pacifiche e non pacifiche di trasferimento della proprietà, invocando per le seconde soltanto la necessità di una «presa d'atto sociale che viene simboleggiata dalla *addictio* magistratuale». A me pare piuttosto che, nel contesto arcaico di *Volksjustiz*, il magistrato abbia assunto quella caratteristica funzione di testimone, però efficiente, un tempo propria della comunità primitiva: sul punto non consterebbe dunque l'opposizione sulla quale l'A. citata ha costruito la diaresi sopra detta: la differenza – eziologicamente diacronica – deriverebbe al contrario dall'essersi enucleata, la *mancipatio*, al tempo in cui la «presa d'atto sociale» delle attività di *lege agere* era assolta da *testes*, sia pure – in prosieguo – appositamente *adhibiti*; la *in iure cessio*, quando essa era ormai rimessa al magistrato, che in sé riassumeva figurativamente la comunità cittadina. Né sono mancati elementi utili al rilievo anche nella *mancipatio* di una originaria indole «non pacifica», la quale sembra in effetti, per un istante, emergere nel tratto vindicatorio dei suoi *verba* iniziali, per subito tacere nella successiva composizione pecuniaria, giusta i termini di antiche tesi, oggi complessivamente superate (ma non per questo destituite di ogni addentellato sulla meccanica negoziale): sul punto, BEHRENDTS, *La mancipatio* cit., 72 ss., con letteratura richiamata in nota.

Nel quadro di una congettura del genere, è abbattuta la barriera che, un momento fa, sembrava separare con la massima nettezza *mancipatio* e *in iure cessio*, determinando da un lato la proiezione antistorica di un'opposizione tra due pretese nature contrarie; onerando dall'altro l'interprete della risposta a quesiti che sono sostanzialmente fine a se stessi.

Per quanto davvero rileva, il punto si evade riscontrando per la *in iure cessio* la natura che sola le compete, ossia quella di *lege agere*: il che non è cosa tanto banale, come potrebbe all'apparenza, ingenuamente, sembrare.

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA  
ACCADEMIA EDITORIALE, PISA · ROMA.  
STAMPATO E RILEGATO NELLA  
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

*Febbraio 2011*

(CZ 2 · FG 13)

