

2. « ET EGO TE ».

1. Gai 4.16¹, con riferimento alla *legis actio sacramenti in rem*, anzi con specifica considerazione dell'ipotesi di una lite relativa a *mobilia* ed a *moventia*, scrive che *in iure* ambedue i contendenti (*uterque*) pronunciavano la formula « *bunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* », con quel che segue. Dopo di che il pretore ordinava « *mittite ambo hominem* », le parti obbedivano e finalmente (ecco le parole esatte):

... *qui prior vindica(verat, ita alterum interro)bat: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*. *ille respondebat: « ius feci sicut vindictam imposui*. *deinde qui prior vindicaverat dicebat: « quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco »; adversarius quoque dicebat: « et ego te »*. *rell.*

Posto di fronte al dettato gaiano, C. A. Cannata aveva sostenuto in passato che « *qui prior vindicaverat* » non era l'attore, ma il convenuto. Questa tesi piuttosto originale era stata peraltro respinta dal « maggior studioso del diritto processuale romano dei nostri tempi », G. Pugliese, nonché dal « maggior studioso del diritto romano arcaico » (sempre « dei nostri tempi »), M. Kaser. Malgrado la consapevolezza delle alte autorità scientifiche che lo sovrastano, il Cannata, in un recente articolo, è tornato animosamente alla carica, ridimensionando il suo pensiero e riferendolo, se non al tempo di Gaio, almeno alle ipotetiche origini.

Spero di non passare per il maggiore opportunista tra gli studiosi del diritto romano dei nostri tempi, se mi accodo in parte, con queste note, al Pugliese ed al Kaser, ripudiando sommessamente anche l'ultima formulazione del Cannata.

2. In ordine all'età di Gaio, il Cannata di oggi riconosce che la *legis actio sacramento in rem*, praticata ormai solo per accedere ai giudizi centumvirali (cfr. Gai 4.31), comportava che l'attore fosse proprio « *qui prior vindicaverat* », mentre il convenuto pronunciava la sua *vindicatio* solo in obbedienza a un rito meramente formalistico. Ma Gai

* Inedito.

¹ Sul tema: C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* I (1980) 18 ss., 21 ss.; Id., *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *St. Sanfilippo* 4 (1983) 170 ss.; Id., « *Qui prior vindicaverat* »: la posizione delle parti nella « *legis actio sacramento in rem* », in *Mél. Wubbe* (1993) 83 ss.; G. PUGLIESE, in *Iura* 33 (1982) 171 s.; M. KASER, *Zur « legis actio sacramento in rem »*, in *Est. D'Ors* (1987) 688 nt. 60, 691 nt. 66. Per tutti, sul problema dell'*onus probandi*: V. GIUFFRÈ, « *Necessitas probandi* » (1984) spec. 169 ss.

4.16 esige, secondo il Cannata, una *duplex interpretatio*: non solo quella attinente ai giudizi centumvirali in età posteriore alle leggi Giulie giudiziarie; ma anche quella attinente all'epoca piú antica in cui le parti controvertavano circa il *dominium ex iure Quiritium* relativo ad una *res* (o addirittura ad un cittadino *in potestate*).

Nella procedura originaria, pur se Gaio non pare se ne rendesse conto (in quanto « riferiva semplicemente al passato la forma ai suoi giorni attuale »), era (dice il Cannata dei nostri giorni) che la prima *vindicatio* fosse fatta dall'attore anziché dal convenuto, anzi si può « intravedere » che i due « gestissero e parlassero contemporaneamente ». Tuttavia, siccome nel successivo dialogo tra le due parti il *sacramentum* proposto da chi dice « *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris* » non concerne la sua propria causa (« la quale non sarà dunque oggetto di verifica alcuna nel corso del giudizio »), siccome l'unica e sola causa da accertare è quella di chi risponde « *ius feci sicut vindictam imposui* », siccome costui è « il soggetto che vincerà o perderà il processo secondo che la causa da lui vantata sia riconosciuta o non riconosciuta come giusta », siccome tutto ciò implica che lui e solo lui « sarà tenuto, *in iudicio*, ad esplicitare la sua causa ed a farla oggetto di prova », la conclusione è che, sempre nel dialogo riferito da Gaio, il « *postulo anne dicas* » non possa essere pronunciato se non dal convenuto. E ciò anche se in precedenza il primo ad esprimere la *vindicatio* non sia stato lo stesso convenuto, oppure se vi sia stata una precedente recitazione « corale » di ambedue i contendenti.

3. Se la mia brevissima sintesi dell'odierno pensiero del Cannata è esatta, vi è solo da risolvere il quesito circa la parte processuale che pronunciava *in iure* le parole « *postulo anne dicas* *rell.* ». Si trattava necessariamente del convenuto, anziché dell'attore?

Niente affatto, oso rispondere. Anche nell'età piú vetusta si trattava, come ben dice Gaio, di « *qui prior vindicaverat* », attore o convenuto che fosse. Il che, del resto, ammette per implicito lo stesso Cannata, quando immagina (non so con quale fondamento) che la *vindicatio* iniziale potesse essere fatta anche all'unisono, cioè senza che, tra attore e convenuto, vi fosse un *prior vindicans*.

Ciò che sfugge, se non erro, al Cannata (e ad altri) è che le *vindicatioes* le facevano *in iure* ambedue le parti e che, nel dialogo successivo tra le stesse, lo « *et ego te* » della parte provocata *sacramento* comportava una piena assunzione di responsabilità in ordine alla *vindicatio* pronunciata dalla stessa: senza di che il procedimento contenzioso non andava avanti, sfociando in un nulla di fatto (ipotesi della mancata

vindicatio o della mancata *provocatio sacramento* tanto dell'attore quanto del convenuto), oppure sfociando in una *addictio* dell'oggetto controverso a quella tra le parti (solitamente l'attore, ma eventualmente, perché no?, il convenuto) di fronte alla quale l'altra parte fosse rimasta muta e passiva, cioè *in iure cedens* (cfr., per analogia, Gai 2.24).

Se le *vindicationes* della *res* le facevano entrambi i contendenti, l'onere della prova (giusta l'adagio « *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* ») non incombeva su uno soltanto di loro, e in particolare sull'attore, ma incombeva su ambedue, perché ambedue erano nella situazione eguale e contraria di « *qui dicit* ».

L'« *et ego te* » dell'interrogato col « *postulo an ne dicas rell.* » (attore o convenuto che fosse) non lo impegnava soltanto a pagare la *summa sacramenti* in caso di soccombenza, ma lo impegnava altresì (e in primo luogo), ribadisco, a dare la prova del buon fondamento della sua *vindicatio*. Diversamente dall'*actio sacramenti in personam*, il convenuto con l'*actio sacramenti in rem* non era, insomma, colui « *qui negat* » e che, negando, riversa sull'attore l'onere di provare il suo buon diritto.

Solo nel posteriore (e diverso) procedimento *per formulam petitionis* la *vindicatio* sarebbe stata fatta esclusivamente dall'attore e il convenuto sarebbe passato a coprire (a prescindere dalle eventuali *exceptiones*) il comodo ruolo di « *qui negat* » e ad attendere più o meno tranquillo che giustizia fosse fatta.

3. « PARTES SECANTO ».

1. « *Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto* ». Di questa famosissima norma decemvirale, attestata da Gell. *n. A.* 20.1.49 come possibile e sanguinosa conclusione della procedura esecutiva contro i debitori insolventi, sono state date, come è ben noto, tutte le possibili interpretazioni¹.

Tutte meno una, almeno a mia conoscenza. A colmare la lacuna ha provveduto di recente lo svedese Björn Collinder.

Partito dal processo di Shylock nel *Merchant of Venice* e giunto attraverso un'elegante *causerie* sino al testo decemvirale, il Collinder

* In *Atti Acc. Pontaniana* 21 (1972) 154 s.

¹ Cfr. anche A. GUARINO, in *Labeo* 17 (1971) 90 s. Cfr. B. COLLINDER, *Shylock und das Zwölftafelgesetz* (estr. da *Kungl. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala* (1967-68)).