

INTRODUZIONE

Il brevissimo contributo di Eisele su *Translatio iudicii nach der litis contestatio*, apparso nel 1881 sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, segna una significativa svolta nella discussione sulla *translatio iudicii* e non solo¹. Veniva infatti messo in discussione il principio della intangibilità del *iudicium* cristallizzato dalla *litis contestatio*.

Il tema della *translatio iudicii* – la discussione sulla quale, come vedremo, si presentava ora commista, ora affiancata, ma comunque sempre inscindibilmente connessa a quella sulla *mutatio iudicis* – non aveva destato particolare interesse, fino a quel momento. Oggetto perlopiù di esposizione manualistica, aveva ricevuto moderata attenzione, conseguenza forse anche di un difficile stato delle fonti, non numerosissime e nelle quali la tematica appare più che altro di riflesso o incidentale rispetto al tema di volta in volta principale².

La lettura innovativa di Eisele assurse pertanto a saldo punto di riferimento, anche per il fatto di inserirsi senza difficoltà nella coeva e più ampia riflessione di Wlassak sulla natura e sul funzionamento della *litis contestatio*, quale atto a carattere convenzionale tra magistrato e parti, contro la ricostruzione a quel tempo classica e maggioritaria formulata da Keller, che assegnava un ruolo centrale e predominante al magistrato³. Il principale merito del contributo di Eisele, la cui estrema brevità non lascia spazio allo svolgimento di un discorso articolato ed esaustivo, risiedeva nello spostare il piano d'azione dal pretore come figura solitaria – che nelle ricostruzioni tradizionali guidava e gestiva in modo arbitrario le vicende del processo –, all'interazione tra magistrato e parti, compartecipi nell'operare sulla *litis contestatio*: in luogo di un intervento d'autorità su

¹ EISELE 1881b, 138-140; cfr. *infra*, cap. I, § 3.2.

² Mi riferisco qui chiaramente a trattazioni dedicate e di natura monografica, delle quali diremo in dettaglio *infra*, cap. I. Non mancano contributi di portata più contenuta o dedicati ad aspetti specifici, seppure, anche in questo caso, non numerosissimi: decisamente risalente, SECKEL 1907, 323 ss.; più recente, KRAFFT 1980, 266 ss.; da ultimo, SCEVOLA 2012, 447 ss.; NICOTRI 2015, 963 ss.

³ KELLER 1827, 82 ss.; 1883, 282; WLASSAK 1888, 55 ss. Cfr. FERRINI 1898, 949 ss. Per un quadro espositivo e riassuntivo delle tesi di Keller e Wlassak, cfr. CARRELLI 1946, 7 ss., 17 ss., il cui lavoro peraltro, si presenta come una ricerca di verifica e critica della tesi di Wlassak, che viene discussa nel resto del volume (47 ss.).

una sola parte della *formula*, la *condemnatio*, si ipotizzava una collaborazione a più voci nel ricostruire o rinnovare la *litis contestatio*.

Da quel rinnovato interesse sono scaturiti alcuni studi densi e importanti, che hanno punteggiato il Novecento. Tuttavia, la ricerca si è di fatto fermata poco dopo la metà del secolo, coi lavori di Bonifacio e Brogginì. L'ampio arco di tempo decorso e il mutamento del clima metodologico aprono uno spazio e rendono opportuna una nuova riflessione – del resto, già avviata dalla recente monografia di Erxleben⁴.

Il numero relativamente contenuto di studi dedicati al tema rende preliminarmente opportuna una ricognizione puntuale sullo stato della dottrina. Innanzitutto, per definire il contesto nel quale questo studio si inserirà. In secondo luogo, per riassumere teorie che, anche per il fatto di essere abbastanza diluite nel tempo, hanno assunto – non ultimo, per la rilevanza e l'autorevolezza dei loro autori – una connotazione quasi stereotipica, la quale, quando non proietti ancora oggi riflessi dogmatico-sistematici sulla discussione, certo la costringe entro uno schema espositivo che appare come 'dato'. Con la conseguenza di un forte condizionamento nella lettura delle fonti, la cui cifra problematica è spesso figlia più dell'ottica in cui le si è lette, che non effettiva.

L'esame della dottrina presenta un'ulteriore caratteristica che è bene evidenziare da subito, per comprendere l'impianto della presente ricerca. Le ricostruzioni degli studiosi tendono a seguire il filo degli ambiti tematici nei quali si rinviene una qualche forma di applicazione della *translatio iudicij* o della *mutatio iudicis*. In questa sede si cercherà di accantonare tale prospettiva, sostituendola con un'altra, che assuma il processo formulare come punto di osservazione del fenomeno 'traslativo', non tanto perché astrattamente migliore, bensì perché preferibile, in ragione del fatto che il processo è la *sedes materiae* dei fenomeni in discorso. Ciò non toglie che la ricerca delle notizie e degli indizi andrà condotta all'interno di fonti che appartengono quasi sempre a contesti eterogenei, dal punto di vista della materia trattata *ex professo* in ciascuna di esse.

Sono consapevole di introdurre, a mia volta, una concettualizzazione⁵. Essa tuttavia non pretende di descrivere la 'realtà' del diritto romano, non solo lungo tutto il suo svolgimento, ma nemmeno rispetto a un momento storico definito. È nient'altro che uno schema concettuale di lavoro, strumento per favorire l'elaborazione dei dati, al fine di un'esposizione chiara e ordinata⁶. Il punto, benché forse ovvio, non è privo di valore. Rispetto a

⁴ BONIFACIO 1956; BROGGINI 1959; ERXLEBEN 2017.

⁵ Come ampiamente dimostrato da ORESTANO 1961, spec. 420 ss., ciò non si risolve inevitabilmente in un tradimento del metodo storico: anche questo infatti necessita di concettualizzazioni (421, 424 ss.). Il punto – tutt'altro che facile da raggiungere ed esente da pericoli – è semmai quello dell'accortezza, nel costruire o adattare le nozioni astratte più utili per inquadrare la realtà storica osservata, e della costante consapevolezza di tali operazioni (431 ss.).

⁶ La direzione è, ancora una volta, tracciata da ORESTANO 1961, 438 ss., le cui riflessioni

una griglia siffatta non dovranno sorprendere lievi disallineamenti o ‘sbavature’ delle fonti discusse, poiché la funzione di essa, come precisata, esclude qualunque intento di inquadramento sistematico ed eliminazione di aporie. La soluzione a queste, ove possibile, sarà invece cercata seguendo la logica e le dinamiche dello *ius controversum*, accogliendo, ove inevitabile o necessario, soluzioni opposte o divergenti come espressioni di visioni o posizioni diverse dei singoli giuristi, o delle linee di pensiero alle quali essi appartengono⁷.

Si è tentato di individuare un ordine espositivo che, assecondando il modo di procedere della giurisprudenza, mettesse al contempo in evidenza alcune linee di fondo che facessero da guida, evitando un’esposizione alluvionale di casi e ipotesi. Ciò ha comportato l’impossibilità di un’applicazione pura del criterio cronologico, cui in ogni caso si è costantemente guardato.

Dopo alcune questioni preliminari e l’inquadramento della dottrina romanistica in materia⁸, il lavoro muove dalla *translatio iudicii*, indagata secondo le due prospettive che le fonti sembrano consentire. In primo luogo, la disciplina relativa alla sostituzione del *cognitor*, che un frammento di clausola edittale, accompagnato da un ampio stralcio del commentario all’editto di Ulpiano, permette di intravedere⁹. In secondo luogo, l’analisi di una serie di frammenti non dedicati *ex professo* alla *translatio*, ma di varia provenienza: perlopiù si tratta di discussioni relative a tematiche del diritto privato, nelle quali si innesta una riflessione o un riferimento al tema della sostituzione di una parte¹⁰.

La discussione si sposta quindi alla *mutatio iudicis*¹¹. Tema considerato secondario, di fatto, dalla dottrina, essenzialmente perché ritenuto di esclusiva competenza del pretore. La ragione, come si intuisce, è legata al nodo della *litis contestatio*, rispetto alla quale la *translatio* pone un pro-

assumono in questa sede valore di punto di riferimento ideale: «Concependo invece gli schemi sistematici come costruzioni concettuali da noi operate sui dati della realtà storica, essi avranno carattere empirico e funzionale, ma pure ne conseguirà una più ampia possibilità di adeguamento alla determinata esperienza concreta che si intende conoscere».

⁷ La presenza di una pluralità di soluzioni non rappresenta infatti un problema, nemmeno quando siano in opposizione tra loro. Osserva BRUTTI 2012, 79: «Il contrasto dà luogo a due esiti possibili: o si scioglie con la prevalenza di una soluzione normativa rispetto alle altre; oppure le diverse tesi rimangono in piedi. La società romana – nell’età della giurisprudenza – sopporta senza soverchie difficoltà le inevitabili tensioni indotte dal pluralismo delle scelte normative. L’oscillazione dei giudizi, derivante dalla coesistenza di linee diverse, viene vissuta come un’alea a cui si va normalmente incontro nell’intraprendere le liti». Per un inquadramento dello *ius controversum*, oltre a SCHWARZ 1951, 171 ss., cfr. TALAMANCA 1990, 32; BRETONE 2008, 756 ss.; BRUTTI 2015, 33 ss.; LOVATO 2017, 73 ss.

⁸ *Infra*, cap. I.

⁹ *Infra*, cap. II.

¹⁰ *Infra*, cap. III.

¹¹ *Infra*, cap. IV.

blema serio e delicato: se le parti collaborino col magistrato e in quale misura le scelte operate implichino un rinnovo della lite. Un problema decisamente meno avvertito, nel caso della *mutatio iudicis*, della quale si è sostanzialmente affermato il carattere ancillare rispetto alla *translatio iudicii*, quando non addirittura una diversità di struttura.

Sullo sfondo si pone pertanto – accanto al fine di indagare la dinamica dell'uno e dell'altro strumento – la necessità di riflettere sul tipo di rapporto intercorrente tra essi: se si possano cogliere linee comuni o se si debba parlare di figure distinte.

In sede di conclusioni, infine, si proporrà una riflessione che, muovendo dalla sintesi dei risultati conseguiti, affronti alcuni temi di natura strettamente tecnica, legati alle concrete modalità operative del *transferre iudicium*: espressione che, come si chiarirà a breve, è impiegata per designare unitariamente, al momento solo in chiave espositiva, le predette figure giuridiche. Verificare la possibilità che tale designazione possa assolvere una funzione anche sul piano concettuale, non solo come strumento espressivo convenzionale in questa sede, è un altro degli obiettivi della ricerca.

Un'ultima avvertenza. La scelta, già accennata e sulla quale si tornerà più diffusamente nel capitolo I, di impostare il discorso assumendo come punto di riferimento il piano processuale – terreno su cui *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* operano – e non invece gli ambiti del diritto privato ove esse si manifestino, ne ha imposta una seconda: di sfiorare soltanto i molti e diversi ambiti del diritto sostanziale toccati. In entrambe le scelte vi è, soprattutto, una ragione pratica ed espositiva: seguire i diversi percorsi tematici nei quali sono sparse le tracce della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis* avrebbe reso concreto il rischio di dispersione e prodotto un'eccessiva frammentazione del discorso, col rischio di offuscare le tracce di una già debole linea di continuità, quel sottile filo conduttore che percorre le fonti e che, al contrario, assume evidenza – almeno, questa è la mia convinzione – nel momento in cui si mantenga al centro l'aspetto processuale.

Al termine del lavoro, desidero formulare alcuni ringraziamenti.

In primo luogo, al professor Antonello Calore, per il confronto mai negato e la discussione sempre proficua. In secondo luogo, ai due anonimi *referee*, per i preziosi suggerimenti e le puntuali indicazioni. Sono altresì grato al dottor Stefano Liva, per il paziente lavoro di lettura delle bozze.

Desidero inoltre esprimere sincera gratitudine al personale della Biblioteca di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Brescia, per avere favorito in ogni modo la mia attività di ricerca, da ultimo in un periodo complicato.

Il ringraziamento più intimo e profondo è per mia moglie Simona.