

RIDA

REVUE
INTERNATIONALE
DES DROITS
DE L'ANTIQUITÉ

62²⁰¹⁵

HOMMAGE À JACQUES HENRI MICHEL



Presses Universitaires de Liège

(Anciens) Directeurs de la RIDA

Fernand De Visscher (1952-1964), Jacques Pirenne (1952-1964), Lucien Caes (1965-1977), René Dekkers (1965-1976), Roger Henrion (1965-1988), Maurice Michaux (1965-1985), Aristide Théodoridès (1978-1994), Jacques Henri Michel (1986-2012), Roger Vigneron (1989-2002), Huguette Jones (1997-), Jean-François Gerkens (2003-), Gilbert Hanard (2011-).

Rédacteur en chef

Jean-François Gerkens, rue du XIII Août 89, BE – 4050 Chaudfontaine

Comité de rédaction

Alonso (J.L.), Paseo Manuel de Lardizábal 2, ES – 20018 San Sebastián
Ankum (J.A.), Schuttersweg 58, NL – 1217 RA Hilversum
Cascione (C.), via Aniello Falcone 376, IT – 80127 Napoli
Chevreau (E.), 53, Rue de l'Amiral Mouchez, FR – 75013 Paris
Démare-Lafont (S.), 12, Place du Panthéon, FR – 75005 Paris
Dimopoulou (A.), Rue Akadimias 45, EL – 10672 Athènes
Famerie (E.), Place du 20 août 7, BE – 4000 Liège
Masi Doria (C.), via Niccolò Tommaseo 2, IT – 80121 Napoli
Modrzejewski (J.), 7, allée des Mouille-Bœufs, FR – 92290 Châtenay
Pichonnaz (P.), Beauregard 11, CH – 1700 Fribourg
Pugsley (D.), Rockhaven, St. George's Well, Cullompton, Devon, UK – EX 15 1AR
Ruelle (A.), Boulevard du Jardin Botanique 23, BE – 1000 Bruxelles
Rüfner (Th.), Universität Trier, DE – 54286 Trier
Urbanik (J.), Jaracza 3/10, PL – 00-378 Varsovie
Wallinga (T.), Sint Jacobsplaats 132, NL – 3011 DD Rotterdam

Envoi de manuscrits

Jean-François Gerkens, Université de Liège
Quartier Agora, Place des Orateurs 1
Bâtiment B33 (boîte 11), BE – 4000 Liège
jf.gerkens@ulg.ac.be

Diffusion et vente

Editions De Boccard

Rue de Médicis, 11 FR – 75006 Paris (France)
Tél. +33 1 43 26 00 37 / Fax +33 1 43 54 85 83 / <http://www.deboccard.com>
Information, abonnement et commandes : orders@deboccard.com

Table des matières

Éditorial, par Jean-François GERKENS 7

Hommage à Jacques-Henri Michel (*L’Abrégé d’art militaire de Végèce*)

Avant-propos (Dominique GAURIER) 11

Les traductions françaises de l’*Abrégé d’art militaire* de Végèce
(xviii^e – xxi^e siècles) (Étienne FAMERIE) 15

Note sur le texte et la traduction (Étienne FAMERIE) 35

Plan de l’œuvre 37

Édition critique et traduction (Étienne FAMERIE et Jacques-Henri MICHEL) 42

Bibliographie sur l’*Abrégé d’art militaire* de Végèce (1981–2015)
(Étienne FAMERIE) 207

Droit romain

Emanuela CALORE, *Volenti non fit iniuria: una regula romana?* 223

Giacomo D’ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio*
«in eadem causa» 251

Evelyn HÖBENREICH, *Marginalia on Morals, Rhetoric, and Law.*
Apropos Sen. contr. 2.7 263

Aglaia McCLINTOCK, *Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli*
della repressione criminale nei primi secoli dell’impero romano 289

Esteban MORENO RESANO, *La emisión en Oriente de cinco leyes*
occidentales de Constantino 307

Carlo PELLOSO, *Sul diritto del cittadino al processo popolare dalla*
caduta del regno al decemvirato legislativo 325

Mariagrazia RIZZI, *Aequum/iniquum esse nelle constitutiones*
principum di età severiana in materia contrattuale attraverso
le testimonianze dei Digesta giustinianeï 341

Annamaria SALOMONE, *Le donazioni inter virum et uxorem tra*
successio ed accessio possessionis 365

Chroniques

Jean-François GERKENS, <i>La SIHDA à Istanbul</i>	377
Ouvrages reçus par la direction	387

Éditorial

Jean-François GERKENS

Jacques-Henri Michel a été une cheville ouvrière essentielle de la *RIDA* pendant de nombreuses années. Il y était entré en tant que secrétaire en 1963 et en était devenu directeur en 1986. Ce n'était donc que justice que sa revue lui rende hommage en dédiant son 62^e volume à sa mémoire. Pour rendre hommage à ce grand latiniste, il a semblé adéquat au comité de rédaction, de publier ici une traduction inédite de l'abrégé d'art militaire de Végèce. Cette excellente traduction de Jacques-Henri Michel est restée inédite, mais il en avait confié une des rares copies à Dominique Gaurier. Notre collègue Nantais a ensuite eu la gentillesse de nous confier ce manuscrit afin de le publier et c'est donc avec joie que nous l'offrons aujourd'hui à nos lecteurs. Afin de rendre justice à cette traduction, il nous a semblé essentiel de fournir une édition latine soignée, ce qui s'est avéré constituer un travail considérable, pour lequel nous sommes redevables à Étienne Famerie.

Le reste de ce volume répond en revanche au format habituel de la revue, avec ses articles et ses chroniques bien connues, dont le compte-rendu de la 69^e SIHDA d'Istanbul. Au moment où je rédige ces lignes, la 70^e session de la SIHDA s'est également déjà déroulée et a été un grand succès, mais il en sera rendu compte dans le volume 63 de la *RIDA*. La parution de ce prochain volume devrait intervenir dans un futur nettement plus proche que d'habitude, puisque pour l'essentiel, celui-ci est quasiment prêt.

En publiant deux volumes de la *RIDA* en l'espace de quelques mois, nous espérons nous faire pardonner du relatif retard de ce volume-ci.

Chaufontaine, le 6 novembre 2016
Jean-François Gerkens

Brevi note sul diritto del cittadino al processo popolare dalla caduta del regno al decemvirato legislativo

Carlo PELLOSO
(Université de Vérone)

1. Il problema della ‘provocatio ad populum’

Pomponio, in uno stralcio del suo *Enchiridion* per come conservatoci nel Digesto, mette in evidenza che ai primordi dell’età repubblicana ‘*de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere*’¹: tale divieto implica la *provocatio* al popolo Romano come mezzo idoneo a denunciare l’assenza del potere magistratuale, oppure presuppone la stessa *provocatio* come mezzo di blocco del potere magistratuale²? A fornire una risposta a tale interrogativo il saggio è diretto.

La tradizione, per come affiora nelle opere ciceroniane e nei dati storiografici sui primi secoli della storia romana, con non celata enfasi e voluta genericità, presenta la *provocatio ad populum* non solo come *patrona* della *civitas*, ma altresì come *vindex*, *praesidium*, e *arx* della *libertas* repubblicana³. Tuttavia, se dall’altezza rassicurante di queste suadenti e rarefatte declamazioni si intende scendere sul piano delle proiezioni pratiche dell’istituto in oggetto, il terreno si fa limaccioso e malsicuro: in cosa consistette davvero, tanto al livello della ‘procedura criminale’, quanto al livello della ‘costituzione’ della *res publica*, il *ius* — costantemente citato nelle fonti in termini di tutela fondamentale della libertà del singolo e della collettività — di invocare il popolo come proprio supremo giudice? Il materiale a disposizione non si segnala per esaustività, coerenza, e sistematicità, di talché l’opera di esegesi degli storici del diritto antico (esitante in una corposa molteplicità

1. Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.23.

2. Cf. Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.16: *lege lata factum est ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi.*

3. Cf. Cic. *or.* 2.199; Liv. 3.45.8, 3.55.4, 3.56.5–8; cf., per tutti, M. JEHNE, «Die Geltung der Provocation und die Konstruktion der römischen Republik als Freiheitsgemeinschaft», in G. MELVILLE – H. VORLÄNDER (éd.), *Geltungsgeschichten: über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen*, Köln, 2002, p. 55–74.

di disparatissime soluzioni più o meno plausibili, più o meno fantasiose, più o meno conciliabili l'una con l'altra) assume sovente i connotati di una congetturale palingenesi che — è quasi inevitabile a fronte dei silenzi, delle oscurità, delle contraddizioni dei testi — imprime anche eccessiva modernità e finitezza a forme giuridiche (di pensiero, di organizzazione, di disciplinamento) invero sfumate e sfuggenti nella loro arcaica alterità rispetto all'oggi. Prima di avventurarmi nel tentativo di un personale contributo teso alla perimetrazione concettuale e operativa del pilastro istituzionale della *provocatio ad populum*, non ritengo vano procedere a una previa rassegna dottrinale che, pur nella sua rapidità, permetta al lettore di comprendere l'immane frammentarietà e l'accecante policromia dello *status quaestionis*⁴.

2. La letteratura tedesca in tema di 'provocatio ad populum'

Nell'Ottocento, la ricostruzione della giustizia criminale romana che viene offerta — entro i confini del suo grandioso lavoro di sistematizzazione — dal Mommsen con riguardo alla prima fase della storia repubblicana si impernia, in uno spirito di radicata fiducia nei confronti della tradizione, sull'idea di *imperium* quale fattore di genesi dello Stato nonché quale fondamento di ogni potere punitivo; essa inoltre delinea il processo comiziale come un processo esclusivamente di secondo grado, nonché vede nell'ordinaria *provocatio ad populum* una 'Berufung' del *civis* 'an die Bürgerschaft', al contempo 'appello' e 'domanda di grazia'⁵. L'autorità fagocitante dello storico e giurista tedesco rappresenterà la indelebile traccia che gli scritti successivi allo 'Staatsrecht' e allo 'Strafrecht' non avranno l'audacia di abbandonare. Sino a Brecht. In un contributo fondamentale questi nega la corrispondenza biunivoca tra processo comiziale e processo instaurato a seguito di *provocatio* e individua con rinnovata esattezza il confine tra *coërcitio* e *iudicatio*: sul terreno della prima, la pronuncia magistratuale, qualificabile purtuttavia come 'echtes Urteil', non risulta dotata del crisma della incontrovertibilità, potendo essere impugnata dal condannato e, quindi, confermata o cassata dal giudice popolare di secondo grado; nella cornice della seconda, invece, si iscrive un tipo di processo

-
4. Sul punto v., recentemente, A. GIOVANNINI, *Les institutions de la République romaine des origines à la mort d'Auguste*, Basel/Muttenz, 2015, p. 173–178; v., inoltre, l'ampio contributo allo studio della *provocatio* di N. SPADAVECCHIA, 'Libertas tuenda'. *Forme di tutela del cittadino romano in età repubblicana*, Bari, 2016, *passim*.
 5. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 31, 41–42, 56, 151, 163, 477–478; ID., *Römisches Staatsrecht*³, 1, Leipzig, 1887, p. 110, 137, 141, 163–164; ID., *Römisches Staatsrecht*³, 2, Leipzig, 1887, p. 117, 539–540; ID., *Römisches Staatsrecht*³, 3, Leipzig, 1888, p. 302, 351–354. Cf., conformemente, P.F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, 1, Paris, 1901, p. 113; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1927, p. 2, 132; J. LENGLE, *Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern*, Leipzig/Berlin, 1934, p. 7; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Amsterdam (ristampa), 1969, p. 140; A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 3, 11, 26, 34–35.

che — irrelato al giudizio di appello *apud populum*, ma concludentesi con sentenza dei comizi — viene messo in moto su iniziativa dei magistrati privi di *imperium*⁶.

Durante gli anni del secondo conflitto bellico mondiale, è lo Heuß⁷ a farsi portavoce di una tesi radicale e innovativa, in quanto nega la connessione ancestrale tra giurisdizione criminale e *imperium*. Se la prima viene associata alla vendetta, il secondo è interpretato come semplice comando militare; inoltre, per l'autore, non è il processo instaurato a seguito di *provocatio* a imporsi quale modello del *iudicium populi*, bensì — a tutto concedere — il contrario⁸, e la *provocatio*, estranea alla sfera della giurisdizione, viene a presentarsi come una 'prassi giuridica repubblicana' di matrice nobile che, assestata in forma definitiva non prima del 300 a.C., contrasta soltanto le estrinsecazioni non militari della *coërcitio* esercitata dai magistrati *cum imperio*⁹. Sul solco della tesi patrocinata dallo Heuß, si collocano gli intensi e fortunati studi del Bleicken¹⁰: l'autore, infatti, dà corpo ad un sistema che — poco propenso a dare credito alla tradizione più antica — non solo espunge la *provocatio* dai confini della *iudicatio* e della repressione dei reati comuni, ma altresì ne nega per i primi duecento anni di storia repubblicana la natura di 'Rechtsmittel'. La *provocatio* viene descritta in termini di rivoluzionaria 'Urform' dell'ausilio dei tribuni contro gli abusi del potere magistratuale patrizio,

6. C.H. BRECHT, « Zum römischen Komitialverfahren », ZSS 69 (1939), p. 261–314; v., altresì, G. GROSSO, « Monarchia, *provocatio* e processo popolare », in *Studi in onore di P. De Francisci*, 2, Milano, 1956, p. 1–9; ID., « *Provocatio* per la *perduellio*, *provocatio sacramento* e *ordalia* », BIDR 63 (1960), p. 213–220; ID., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, p. 148–150.
7. A. HEUSS, « Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten », ZSS 64 (1944), p. 57–133 (v. p. 114–116).
8. Cf. K. LATTE, « The Origin of the Quaestorship », TAPA 67 (1936), p. 24–33.
9. R.A. BAUMAN, « The *lex Valeria de provocatione* of 300 B.C. », *Historia* 22 (1973), p. 34–47; J.A.C. THOMAS, « The Development of Roman Criminal Law », LQR 79 (1963), p. 224–237 (v. p. 227), nonché J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, « La *provocatio ad populum* como garantía jurídica del ciudadano romano y manifestación de cohesión social », *Helmantica* 45 (1994), p. 177–188; v., inoltre, J.D. CLOUD, « *Provocatio*. Two Cases of Possible Fabrication in the Annalistic Sources », in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, 3, Napoli, 1984, p. 1365–1376; ID., « The Origin of *Provocatio* », RPh 72 (1998), p. 25–48.
10. J. BLEICKEN, « Kollisionen zwischen *Sacrum* und *Publicum* », *Hermes* 85 (1957), p. 446–468 (v. p. 455); ID., « Ursprung und Bedeutung der *Provocatio* », ZSS 76 (1959), p. 324–377 (v. 356); ID., *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*², München, 1968, p. 110–112. Cf. A. MAGDELAIN, « De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple », *Labeo* 33 (1987), p. 139–166; J. MARTIN, « Die *Provocatio* in der klassischen und späten Republik », *Hermes* 98 (1970), p. 72–96; A.W. LINTOTT, « *Provocatio*. From the Struggle of the Orders to the Principate », ANRW 1.2 (1972), p. 226–267; ID., « *Provocatio* e *Iudicium Populi* dopo Kunkel », in B. SANTALUCIA (éd.), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009, p. 15–24; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell' 'imperium' nella repressione penale*, Torino, 1939, p. 6, 23, 32, 36–37; E.S. STAVELEY, « *Provocatio* during the Fifth and Fourth Centuries B.C. », *Historia* 3 (1955), p. 412–428; L. AMIRANTE, « Sulla *provocatio ad populum* fino al 300 », *Iura* 34 (1983), p. 1–27; M. HUMBERT, « Le tribunat de la plèbe et le tribunal du peuple. Remarques sur l'histoire de la *provocatio ad populum* », MEFRA 100 (1988), p. 431–503 (v. p. 468).

sino a quando, con la prima autentica *lex Valeria de provocatione* (300 a.C.), i tribuni stessi non sono riconosciuti in seno alla *civitas* come magistrati competenti a promuovere accusa capitale avverso reati politici, di talché sia il potere coercitivo dei magistrati *cum imperio* viene compresso dalla nuova competenza tribunizia, sia la *provocatio* continua a svolgere il suo ruolo di ‘Hilferuf’ con limitato riguardo alle multe pontificali.

La diffidenza circa l'autenticità delle prime due *leges de provocatione* (l'una del 509 a.C., l'altra del 449 a.C.) diviene programmatica nelle ricerche del Kunkel, le quali — sul finire degli anni Sessanta — si segnalano per il totale, singolarissimo, ripensamento dei rapporti intercorrenti tra potere magistratuale, giudizio popolare e *provocatio*. Quest'ultima è, dai primordi della repubblica, raffigurata come un mezzo politico di lotta rivoluzionaria teso a contrastare gli abusi del potere coercitivo della magistratura patrizia con *imperium*, mentre dal 300 a.C. il giudizio *apud populum* (in sé ricomprensivo della *provocatio* stessa) è inteso come la sola sede di cognizione e repressione dei reati politici; i reati comuni, di contro, vengono perseguiti mediante forme processuali capitali di carattere privatistico tesi alla sospensione o alla sterilizzazione dell'esercizio della vendetta privata della parte asseritamente lesa¹¹.

3. Due diverse soluzioni al problema della ‘provocatio ad populum’ nella dottrina italiana

Indirizzando ora lo sguardo alla dottrina italiana, non può non farsi menzione — tra i più autorevoli scritti recenti — della rilettura della giustizia penale proto-repubblicana condotta in chiave di opposizione netta tra *iudicatio* popolare e *coërcitio* magistratuale dal Santalucia¹². Per questi, la *provocatio*, sconosciuta come

-
11. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1969, p. 28–48; v., inoltre, B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg, 1963, p. 146, 149.
 12. B. SANTALUCIA, « Pena criminale (diritto romano) », *Enc. dir.* 32 (1982), Milano, p. 734–739; ID., « Alle origini del processo penale romano », *Iura* 35 (1984), p. 47–72; ID., « Processo penale (diritto romano) », *Enc. dir.* 36 (1987), Milano, p. 318–360; ID., « Il processo nelle XII Tavole », in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 3–7 giugno 1984)*, Roma, 1988, p. 235–265; ID., « Dalla vendetta alla pena », in A. MOMIGLIANO – A. SCHIAVONE (éd.), *Storia di Roma*, 1, Torino, 1988, p. 427–449; ID., « Sulla legge decemvirale *de capite civis* », in M. HUMBERT (éd.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 401–414; ID., « Sacertà e processi rivoluzionari plebei: a proposito di un libro recente », in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, p. 255–282; (scritti confluiti, insieme ad altri, in *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, nonché in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009); v., inoltre, per una sintesi, ID., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 7–52, nonché *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, p. 19–41. Cf., per una connessione stretta tra *provocatio* (quale istituto repubblicano) e *coërcitio* magistratuale, L. RODRIGUEZ-ENNES, « Algunas cuestiones en torno a la *verberatio* », *RIDA* 59 (2012), p. 177–195; ID., « *Verberatio y provocatio ad populum* », in *Direito romano: poder e direito*, Coimbra, 2013, p. 811–827.

ius in epoca monarchica, nel 509 a.C. assurge legislativamente a fondamentale garanzia civica, di natura eminentemente patrizia, contro gli abusi e gli arbitri dell'esercizio in autotutela del potere coercitivo consolare. La suprema magistratura della *libera res publica* risulta priva di qualsivoglia potere giurisdizionale capitale a fronte dell'affermazione, già durante l'età della monarchia etrusca, di una autentica sfera di repressione di esclusiva competenza dell'assemblea curiata. Tale sistema viene confermato ed innovato dai decemviri: il *ius provocationis* viene in più punti ribadito nelle XII Tavole; una norma incriminatrice vieta ai tribuni della plebe l'uccisione del cittadino non condannato a seguito di regolare processo; la norma sulla competenza *de capite civis* determina l'implicito passaggio dalle curie alle centurie dell'esclusivo potere giudicante capitale. Le proposte ricostruttive suggerite in numerose sue pagine dal Garofalo¹³ delineano un quadro che, pur con notevoli aspetti di originalità, si avvicina considerevolmente a quello testé riassunto.

Sul solco dell'orientamento che riconnette la *provocatio ad populum* alla *coërcitio* (peraltro assai di recente sottoposto a critica serrata dalla Tassi Scandone), non vanno taciuti gli innovativi contributi del Mantovani¹⁴. Secondo lo studioso,

-
13. Il sistema concepito dal Garofalo si presenta, per come emerge in numerose sue pagine, sotto diversi profili analogo a quello elaborato dal Santalucia (e distante da quello delineato dal Mantovani): cf., paradigmaticamente, L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, *passim*; ID., « La competenza giudiziaria dei *quaestores* e Pomp. D. 1,2,2,16 e 23 », *SDHI* 51 (1985), p. 409–423; ID., « In tema di *provocatio ad populum* (a proposito di un recente saggio) », *SDHI* 53 (1987), p. 355–371; ID., « *Aediles* e *iudicia populi* », in A. BURDESE (éd.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, p. 45–84; ID., « Sulla condizione di *homo sacer* in età arcaica », *SDHI* 61 (1990), p. 223–255; ID., « Il pretore giudice criminale in età repubblicana? », *SDHI* 61 (1990), p. 366–397; ID., « Il pretore giudice criminale in età repubblicana? In margine ad una risposta », *SDHI* 62 (1991), p. 402–410 (articoli confluiti, con altri, in *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, *passim*). Segnalo rapidamente alcune divergenze di pensiero tra i due autori. Garofalo si dimostra fiducioso nella veridicità delle testimonianze attestanti singole ipotesi di *provocationes* in età regia; il console in età repubblicana ha il potere di promuovere l'accusa criminale; i questori, sino al 447 a.C., vengono nominati dal popolo su iniziativa dei consoli caso per caso con competenza al livello di istruzione e di instaurazione del processo popolare capitale; la magistratura del duumvirato si esaurisce in età regia; dinanzi alle centurie già prima delle XII Tavole (e su sollecitazione della plebe) si svolgono alcuni processi; la disposizione decemvirale sull'*homo indemnatus* è rivolta a tutti; la *provocatio* viene addirittura potenziata dai decemviri, divenendo opponibile non più solo a fronte di provvedimenti consolari, ma anche avverso atti coercitivi dei tribuni.
14. D. MANTOVANI, « Il pretore giudice criminale in età repubblicana », *Athenaeum* 78 (1990), p. 19–49; ID., « Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta », *Athenaeum* 79 (1991), p. 611–623 (sulla locuzione '*iniussu populi*' interpretata nel senso di 'in assenza di un previo provvedimento legislativo', v., similmente, C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine [509–149 av. J.–C.]*, Paris, 1999, p. 291–292; per una parziale condivisione, ossia solo sul piano teorico, v. C. VENTURINI, « Pomponio, Cicerone e la *provocatio* », in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, 2, Napoli, 1997, p. 527–566 [v. p. 530 e n. 8]). Pur riconnettendo l'originaria *provocatio* (interpretata come 'appello' i cui fondamenti monarchici

infatti, le condotte illecite previamente qualificate come *res capitales* da una *lex* non sarebbero da sottoporre necessariamente a giudizio popolare; di contro, in assenza di norme incriminatrici, da un lato il *iudicium populi* ad instaurazione tribunizia si imporrebbe come sola via per la repressione capitale di illeciti di natura politica, dall'altro la *provocatio ad populum* si attergerebbe a vera 'eccezione di incompetenza' contro provvedimenti magistratuali capitali (formalmente di coercizione, ma nella sostanza di giurisdizione) concernenti materie — per l'appunto — non coperte da *lex*.

4. Alcune riflessioni in tema di competenza popolare e competenza magistratuale 'de capite civis'

A mente sia del complesso quadro tracciato nei due precedenti paragrafi sia della questione impostata nel primo paragrafo, intendo svolgere nelle seguenti pagine alcune brevi riflessioni attinenti alla *provocatio ad populum* di età proto-repubblicana e al potere magistratuale di *iurisdictio* (o *animadversio*) *de capite civis*.

In primo luogo qualcosa v'è da puntualizzare in merito alla competenza del popolo romano, a far tempo dal 509 a.C., nella repressione capitale di illeciti di rilevanza pubblica: senza che sia necessario qui indugiare sulla oramai pacifica infondatezza di quell'orientamento che, programmaticamente, svaluta (se non annichilisce addirittura) i dati afferenti alla tradizione storica in merito alle più antiche *leges Valeriae de provocatione*¹⁵, il tenore del più antico provvedimento legislativo in materia — almeno per come ci è stato trådito — non mi sembra formulato affatto nel senso di una riserva esclusiva ai comizi e, corrispondentemente, di un difetto di potere magistratuale di *iurisdictio* (o *animadversio*) *de capite civis*. Cicerone e Pomponio, in una con Valerio Massimo e Dionigi, sono — a mio credere — cristallini sul punto¹⁶: la *provocatio* non assurge a ricorso contro l'esercizio da

sarebbero schiettamente religiosi) al terreno della *iudicatio de capite civis*, invero, molto mutua dalla singolare ricostruzione proposta dal Mantovani il tentativo operato dalla Tassi Scandone di risistemazione della intera materia (E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*'. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, p. 39–60, 61–104, 106–152, 153–236): contro alcuni caposaldi di tale dottrina, cf. C. PELLOSO, « Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana », in L. GAROFALO (éd.), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Padova, 2013, p. 57–144 (v. p. 123, n. 93); cf., inoltre, N. DE LUCA, « *Praesidium libertatis*: le *leges Valeriae de provocatione* », *Index* 38 (2008), p. 89–99; N. SPADAVECCHIA, « Gli enigmi della *provocatio ad populum* », *Politica antica* 2 (2012), p. 191–198 (v. p. 195–196).

15. Cf., per tutti, E. TASSI SCANDONE, o.c. (n. 14), p. 39–60.

16. Cic. rep. 2.31.53 (*Publicola maxime, legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*); Pomp. l.s. ench. D. 1.2.2.16 (*lege lata factum est ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*); v., inoltre, Cic. rep. 1.40.62; Cic. acad. pr. 2.5.13; Val. Max. 4.1.1; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. vir. ill. 15; Dion. Hal. 5.19.4, 5.70.2, 5.72.1–2, 6.58.2,

parte del console di un potere sanzionatorio inesistente, bensì viene configurata come rimedio che, se e solo se fatto valere (v'è da credere secondo a noi ignote formalità) dal cittadino¹⁷, sospende l'esecuzione di un provvedimento capitale emanato dal console in conformità ed entro i limiti di una sfera di potere a lui, invero, non sottratta a monte. In altre parole, non viene previsto legislativamente il divieto assoluto, rivolto al sommo magistrato, di fustigare e mettere a morte (*verberare* e *necare*), bensì si scolpisce il (più limitato) divieto di proseguire nell'esecuzione suprema a seguito dell'esercizio da parte del cittadino, destinatario della concreta misura sanzionatoria adottata, del *ius* di *provocare* al popolo.

A sussidio di tale lettura delle principali testimonianze in tema di *provocatio* repubblicana pre-decemvirale, va sottolineato come non sembri sufficientemente provata la negazione, a far tempo dalla *lex Valeria* del 509 a.C., di qualsivoglia potere di carattere giudiziale in capo alla suprema magistratura patrizia, titolare — come ben noto — di un potere direttamente derivato da quello regio¹⁸. Se, da un lato, credo meritevole di adesione quella corrente di pensiero che tende a valorizzare le non poche fonti comprovanti, già per l'età del *regnum* primitivo, taluni episodi di esercizio da parte dei comizi curiati della *iudicatio* criminale (pur

7.41.1; Plut. *Publ.* 11.2; nonché Liv. 2.18.8, 2.29.11, 3.20.7–8; Dion. Hal. 5.75.2, 6.58.2; Lyd. *mag.* 1.37; Zon. 7.13, donde emergono alcuni limiti cui era sottoposta la *provocatio* istituita nel 509 a.C. Invero, neppure Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.23 (*et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent: hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum*) milita contro la tesi della permanenza *post reges exactos* di un potere capitale dei consoli, in quanto, benché qui Pomponio si limiti a precisare che non era permesso ai consoli di '*ius dicere de capite civis iniussu populi*' (sembrando quindi credere nell'esistenza di un divieto assoluto), è grazie alla parentetica '*ut diximus*', la quale rimanda ai contenuti di D. 1.2.2.16, che è lecito concludere nel senso, anche in tale contesto, di una menzione da parte del giurista antoniniano di un divieto relativo (sul significato di *animadvertere* e di *ius dicere* cf., *infra*, nel testo).

17. A mente del rilievo espresso nel testo (per cui l'efficacia della *provocatio* risulta subordinata non ad una invocazione libera e a-formale, ma al rispetto di certune ritualità — io credo — indefettibili entro il sistema arcaico romano), ritengo che venga in parte superata l'obiezione mossa dal Venturini alla corrente di pensiero che instaura un nesso invincibile tra *provocatio* e giudizio popolare, configurando la prima come causa — di applicazione tendenzialmente generalizzata — del secondo, pretendendo di assegnare alla *provocatio* (quale 'bypass'), in altre parole, una «pressoché automatica operatività in dipendenza della sua semplice invocazione da parte del cittadino medesimo, posto di fronte alla prospettiva di subire, in caso di silenzio, l'immediato esplicitarsi ai propri danni della *coërcitio* magistratuale» (C. VENTURINI, *l.c.* [n. 14], p. 549), «non essendo pensabile la rinuncia dell'interessato ad un diritto suscettibile di sottrarlo ad un non lieto destino» (ID., «Variazioni in tema di *provocatio ad populum*», *Index* 37 [2009], p. 69–85, e soprattutto p. 83).
18. Cf. B. SANTALUCIA, *Studi, o.c.* (n. 12), p. 23, secondo cui durante l'ultima fase della monarchia già si delineerebbe «accanto alla giurisdizione del popolo, la *coërcitio* del re»; più sfumata la posizione di L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* (n. 13), p. 174–175.

verisimilmente solo embrionale) per concessione graziosa del re¹⁹, dall'altro, nulla mi pare che dimostri con incrollabile certezza il graduale affermarsi della prassi di riservare regolarmente al popolo il compito di decidere *de capite civis* (con corrispondente e contestuale abrogazione di siffatto potere in capo al *rex* e, per il console, originaria inesistenza dello stesso). *In primis*, in tal senso non credo determinante il dato archeologico rappresentato dalla pavimentazione di epoca antichissima, ai piedi dell'arce capitolina, di uno spazio destinato a riunioni del popolo (in quanto ciò nulla dice sul ruolo effettivamente giocato dal popolo *in Comitio*)²⁰, né è così pacifico che la sigla calendariale QRCF rimandi ad un'assemblea regia con scopi di giurisdizione criminale²¹. *In secundis*, non va dimenticato come la percezione romana — nella tarda repubblica e nel principato — del *rex* primitivo con riguardo al momento della creazione e dell'applicazione del diritto appaia oltremodo nitida e graniticamente compatta²². Il supremo magistrato monocratico viene descritto

-
19. Per un 'processo popolare' instaurato a seguito di *provocatio (a regibus)*, v. Cic. *Mil.* 3.7; Schol. Bob. 64 [Hildebrandt]; Val. Max. 8.1 *absol.* 1; Cic. *rep.* 1.40.62, 2.31.54; Cic. *Tusc.* 4.1.1; Sen. *ep.* 108.31; per un processo popolare instaurato pur in assenza di *provocatio*, cf. Dion. Hal. 3.22.3–6, 4.4.7, 4.5.3, 4.84.2–3, 5.4.1–3; Val. Max. 6.3.6 (*amplius*, cf. L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* [n. 13], p. 45, 81, 173–175; E. TASSI SCANDONE, *o.c.* [n. 14], p. 36–38; v., inoltre, B. SANTALUCIA, *Studi, o.c.* [n. 12], p. 29, 151; ID., *Altri studi, o.c.* [n. 12], p. 20; ID., *Diritto e processo, o.c.* [n. 12], p. 25, secondo cui in epoca regia il processo comiziale affermatosi per prassi sarebbe sempre prescindente dalla *provocatio*). Da Liv. 1.49.4, invece, non mi pare sia evincibile con chiarezza alcuna rottura da parte di Tarquinio il Superbo della 'prassi' in questione, atteso che il riferimento alla assenza di *consilia* (sempre che il sostantivo sia indicativo dei comizi curiati e non dei consessi più ristretti dei *patres*: cf., nel primo senso, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², 1, Napoli, 1972, p. 204 e n. 4, nonché L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* [n. 13], p. 85, n. 32, 128, n. 36, 176, n. 34; più dubbioso, invece, B. SANTALUCIA, *Studi, o.c.* [n. 12], p. 27 e n. 61) non specifica affatto l'esatto ruolo che, in ambito di repressione delle *res capitales* disatteso dal re etrusco, il popolo avrebbe giocato. Sul punto, non può non menzionarsi il celebre caso (leggendaro seppur verisimile) dell'eroe romano, nonché sororicida, Orazio che, secondo una tradizione non univoca attestata in Livio, portato dinanzi al re a seguito della flagrante uccisione della sorella (rea di piangere la morte del nemico Curiazio), '*auctore Tullo clemente legis interprete*' provoca al popolo contro la pronuncia dei *duumviri* (cd. *perduellionis*) designati *ad hoc* per il caso specifico dallo stesso re: cf. Liv. 1.26.5 ss.; Fest. voce *Sororium tigillum* (Lindsay 380); Auct. *vir. ill.* 4: cf., da ultimo, con ragguaglio bibliografico, critica della letteratura precedente ed analisi del testo liviano, C. PELLOSO, « *Provocatio ad populum* e poteri magistratuali. Dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro », *SDHI* 82 (2016), in corso di stampa.
20. La prima pavimentazione è databile al 650 a.C. circa (P. CARAFA, *Il Comizio di Roma dalle origini all'età di Augusto*, Roma, 1997, p. 114; ID., « Il Volcanal e il Comizio », *Workshop di Archeologia Classica* 2 [2005], p. 135–149 [v. p. 139–140]); per una diversa (e più recente) collocazione cronologica delle pavimentazioni del Comizio, cf. F. COARELLI, s.v. « *Comitium* », in *Lexicon Topographicum urbis Romae*, 1, Roma, 1999, p. 309–314.
21. Cf., sul punto, C. PELLOSO, « *Ius, nomos, ma'at*. Inattualità e alterità delle esperienze giuridiche antiche », *Lexis* 30 (2012), p. 17–86 (v. p. 52–53 e n. 158).
22. Sulla *iudicatio regia*, a titolo di esempio, con propensione a prestare fede alle notizie evincibili dalle fonti, cf. M. KASER, *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 35; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche*

da Pomponio come il titolare di una *manus* (o *potestas*) indistinta e generalissima, esercente di una *gubernatio* rivolta ad *omnia* (di talché è fuor di dubbio che, entro siffatta cornice, ogni eventuale giudizio popolare possa intendersi solo come singola graziosa concessione)²³. Nel *de re publica* di Cicerone, inoltre, il *rex*, da una parte, è elevato a custode stesso della *interpretatio iuris*; dall'altra, in sé assommando la funzione di magistrato e di giudice, è definito quale *arbiter* e *disceptator* unico, competente a definire le controversie con pronuncia sul merito in ogni materia (ossia come colui che, tanto per fattispecie di natura 'privatistica', quanto per fattispecie di natura 'pubblicistica', è il solo legittimato a '*iura dare*')²⁴. Per di più, se durante la monarchia etrusca pare riscontrarsi il consolidamento di una prassi consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi funzionari del controllo della fase introduttiva e di impostazione delle liti private²⁵, stando al resoconto di Dionigi, la presidenza della fase istruttoria e decisionale (in ogni tipo di processo) rimane appannaggio del solo monarca sino a quando Servio Tullio, per primo, permette ai *patres* di pronunciarsi, in qualità di giudici, in merito a pretese di indole privata, tuttavia continuando egli a riservarsi la cognizione relativa a tutti gli illeciti di indole pubblica²⁶. Orbene, se così è, nulla esclude che i supremi magistrati patrizi abbiano mutuato dal *rex* poteri tanto inquirenti²⁷ quanto giudicanti anche *de capite* (di talché si appalesa l'erroneità per eccesso della tesi che ascrive ai comizi, con riguardo a crimini capitali, una competenza giudiziale esclusiva sin

forme giuridiche romane, Roma, 1955, p. 72; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 160.

23. D. 1.2.2.1, 14, 16.
24. Cic. *rep.* 5.2.3. Sulla locuzione *iura dare*, v. C. PELLOSO, « 'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di 'Tab.' 1.8 », in L. GAROFALO (éd.), *Il giudice privato nel processo civile romano*, 1, Padova, 2012, p. 62–128 (v. p. 97–99).
25. Cic. *rep.* 2.21.38; Liv. 1.41.4–5, su cui C. PELLOSO, *l.c.* (n. 24), p. 98–99.
26. Dion. Hal. 4.25.2, 4.36.2, 10.1.2. Ciò ovviamente non esclude affatto che il *rex*, quale giudice unico e supremo, si potesse avvalere di collaboratori, quali i *quaestores* in materia di omicidio (Tac. *ann.* 11.22.4; D. 1.13.1; Lyd. *mag.* 1.24), o i *duumviri* in materia di *perduellio* (v., *amplius*, C. PELLOSO, *l.c.* [n. 19]): v., per tutti, A. GIOVANNINI, « Les origines des magistratures romaines », *Mus. Helv.* 41 (1984), p. 15–30 (v. p. 21–30).
27. Cf. Plut. *Publ.* 3–7, nonché Zon. 7.12 (processo ad iniziativa consolare del 509 a.C. avverso congiurati filo-tarquinii; ma v. la differente versione di Liv. 2.5.5–8; Dion. Hal. 5.8–13; Val. Max. 5.8.1); Dion. Hal. 5.57.2–4 (processo ad iniziativa consolare del 500 a.C. avverso congiurati): v. C. MAYNZ, *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*, Paris, 1882, p. 572, n. 3, 585, n. 12. Cf., inoltre, Cassiod. *var.* 6, che attribuisce ai consoli potere giudicante capitale, sempre che *ius dicere capiti* qui non significhi solo 'promuovere l'azione penale capitale', come talora è per *iudicare* (il quale verbo, se indicativo della 'pronuncia giudiziale definitiva di condanna', si costruisce con l'accusativo della persona condannata, oppure con l'ablativo retto da *de*; se, invece, è accompagnato dal dativo di svantaggio della persona e l'accusativo o il genitivo del complemento di pena, esso non allude affatto a una sentenza, bensì a una 'proposta di pena' da parte del magistrato rogante o ferente: v., per tutti, C.H. BRECHT, *l.c.* [n. 6], p. 271).

dai primordi dell'era repubblicana)²⁸; questi ultimi, nondimeno, vengono limitati inesorabilmente dalla prima legge *de provocatione* attraverso il riconoscimento generale (e ora non più subordinato, caso per caso, a provvedimenti graziosi) del *ius provocationis*, di modo che — come precisa Pomponio — solo le declinazioni del loro potere coercitivo e cautelare rimangono *in toto* autonome, ossia esenti dal controllo popolare *ex post*²⁹.

Quanto appena rilevato implica che dopo l'entrata in vigore della prima *lex Valeria de provocatione*, il cittadino non ha *ius* a essere giudicato *de capite* solo dal popolo, ma ha *ius* di opporsi alla pronuncia consolare irrogante il sommo supplizio. Tutto ciò, ovviamente, non significa né che la *provocatio* si impone, in età proto-repubblicana, come il fondamento di ogni processo popolare (ben potendo il console o rimettere egli stesso la causa ai comizi o proporre al popolo la costituzione di un questore per l'istruzione e la conduzione del processo)³⁰, né che la *provocatio* è tesa a paralizzare esclusivamente atti di natura giudiziale del magistrato.

-
28. V. Cic. *rep.* 2.31.53; Cic. *rep.* 1.40.62; Cic. *acad. pr.* 2.5.13; Val. Max. 4.1.1; Dion. Hal. 5.19.4, 5.70.2, 6.58.2, 7.41.1; Plut. *Publ.* 11.2; D. 1.2.2.16; cf., inoltre, Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15.
29. Pomponio (D. 1.2.2.16), quindi, non supporta affatto l'inesistenza originaria di un potere giudicante *de capite civis* in capo ai consoli e, di conseguenza, l'esistenza del solo potere di *coërcitio* e di imposizione del *vinculum publicum*. La proposizione '*solum relictum est illis ut coërcere possent et in vincula publica duci iuberent*', infatti, precisa quanto poco prima scritto, ossia che a seguito (e solo a seguito) dell'invocazione della *provocatio*, i consoli non possono senza *iussu* del popolo *animadvertere in caput civis*. A contraddizione della tesi che riconnette la *provocatio ad populum* al solo terreno della *coërcitio* magistratuale, oltre alle considerazioni già svolte in testo circa la traslazione di poteri dal *rex* ai *consules*, va ricordato, altresì, quanto riportato in Cic. *rep.* 2.31.54 (*itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae conpluribus legibus*): qui si menzionano, infatti, seppur con formula enfatica ed iperbolica, provvedimenti giudiziali contro cui — secondo il tenore del *corpus* normativo decemvirale riprodotto di pregresse discipline — opporre la *provocatio*. Va, infine, citato un passo liviano ove lo storico, nel descrivere il potere della magistratura straordinaria dei decemviri (cd. primo decemvirato), *a contrariis* permette al lettore di evincere come la *provocatio* ben possa sospendere l'efficacia di provvedimenti magistratuali di carattere schiettamente giudiziale, quale una sentenza di condanna per omicidio (Liv. 3.33.10: *C. Iulius decemvir diem Sestio dixit et accusator ad populum exstitit, cuius rei iudex legitimus erat, decessitque iure suo, ut demptum de vi magistratus populi libertati adiceret*; v., altresì, Cic. *rep.* 2.36.61 che riferisce il caso al secondo decemvirato; sulla sottrazione alla *provocatio* dei decemviri, cf., infine, Liv. 3.32.6, 3.33.9; Cic. *rep.* 2.31.54; D. 1.2.2.4).
30. Cf. Tac. *ann.* 11.22.4 (diretta elezione consolare dei questori), nonché D. 1.2.2.23 (costituzione popolare dei questori). Inoltre, v. Calp. Pis. *ann. fragm.* 37 (Peter); Cic. *rep.* 2.27.49, 2.35.60; Liv. 2.41.11, 4.15.4; Dion. Hal. 8.77-78, 8.82.4-5, 8.87.2; Diod. 11.37.7; Val. Max. 6.3.1 b; Flor. 1.26.7; Dio Cass. 5.19 (processo questorio per *perduellio* del 485 a.C. contro Spurio Cassio, in alternativa alla versione del giudizio domestico [Val. Max. 5.8.2; Plin. *nat. hist.* 34.9.15; Liv. 2.41.10; Dion. Hal. 8.79]); Liv. 3.13.1-3, 3.24.3-7, 3.25.1-3, 3.29.6; Dion. Hal. 10.7.1-4, 10.8.4 (processo questorio del 459-458 a.C. contro Marco Volsco Fittore per falsa testimonianza). Sul potere questorio di emanare sentenza in ambito criminale, v. D. MANTOVANI, *l.c.* (n. 14), p. 33 e p. 616, n. 26; *contra*, v. L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* (n. 13), p. 241-286; v., inoltre, C. PELLOSO, *l.c.* (n. 19), n. 57.

Se il primo punto può ritenersi oggi pressoché incontrovertito³¹, quanto al secondo profilo, meritano di essere rammentati — in quanto recentemente letti, erroneamente, nel senso di una conferma della ‘provocabilità’ dei soli atti giudiziari³² — i due unici casi di *provocatio* registrati esplicitamente per l’epoca compresa tra la caduta del regno e il decemvirato legislativo. Un *civis*, considerato *unus insignis dux seditionis*, nel 495 a.C. provoca al popolo contro l’ordine di arresto (verisimilmente prodromico alla fustigazione e alla messa a morte) emanato *imperio* dal console Appio Claudio³³, il quale ultimo — l’anno successivo e in altro contesto — sia non esita ad ascrivere all’istituto della *provocatio* l’origine di quell’intollerabile *malum* consistente nell’inefficacia delle misure coercitive consolari, sia invita alla creazione della magistratura straordinaria del dittatore — i cui atti di coercizione sono, per l’appunto, sottratti alla *provocatio* — al fine di procedere senza impedimento alle necessarie operazioni di leva³⁴. Nel 473 a.C., a fronte della minaccia sabina si decreta una chiamata generale alle armi; il plebeo Publilio Volerone, tuttavia, diserta in quanto ritiene di essere stato inesattamente inquadrato come soldato semplice invece che come centurione; i consoli, di conseguenza, inviano i littori ad arrestarlo; Volerone, non sortendo alcun effetto il suo tentativo di appello all’ausilio dei tribuni, *provocat ad populum*, seppur infruttuosamente: ma ciò non in quanto

31. Sul punto v. J. BLEICKEN, *l.c.* (n. 10), p. 471.

32. E. TASSI SCANDONE, *o.c.* (n. 14), p. 114–141.

33. V., per tutti, C. MASI DORIA, ‘*Spretum imperium*’: *prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli, 2000, p. 100. Secondo l’interpretazione della Tassi Scandone l’ordine di arresto sarebbe giustificato dalla precedente condanna pronunciata da Appio *de credita pecunia* subita dal *dux seditionis* stesso, di talché anche la *provocatio* di quest’ultimo si innesterebbe nel terreno della *iudicatio*. Contro tale lettura, tuttavia, militano le seguenti, non facilmente superabili, considerazioni. In primo luogo, è Livio stesso a precisare che Appio intende gestire la rivolta di plebei e di *nexi* scoppiata in Roma ‘*imperio consulari*’, attraverso l’adozione di una misura esemplare (Liv. 2.23.7–8, 2.23.15). In secondo luogo, se la *provocatio* fosse davvero ‘opposizione a una sentenza giudiziale’ (piuttosto che a un atto di coercizione), bisognerebbe assai inverosimilmente postulare — a mente dei probabili contenuti della stessa *lex Valeria* del 509 a.C. (che concerne solo provvedimenti magistratuali capitali e non multatici, purché non si presti fede a Dion. Hal. 5.19.4, come fa S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, 1, Milano, 1981, p. 145 e n. 53) — che nel quinto secolo a.C. il debitore inadempiente (*nexus*) fosse addirittura condannabile a morte — nell’ambito di un ‘*modus agendi privato*’ — dal console che, mediante decreto, ‘*ius dicit de credita pecunia*’ (cf., per il processo consolare contro il *nexus*, Liv. 2.23.6, 2.24.6–7, 2.27.8–10; sulla originaria struttura monofasica del più antico processo civile, sempre esitante in una pronuncia magistratuale, v. C. PELLOSO, *l.c.* (n. 24), p. 62–128). Va da sé, infine, che l’idea qui contestata mal si armonizza con quanto, seppur poco e controverso, sappiamo del *nexum* (v., in tema, la recente messa a punto di R. CARDILLI, « *Nexum e damnatio* », in J. HALLEBEEK – M. SCHERMAIER – R. FIORI – E. METZGER – J.-P. CORIAT [éd.], ‘*Inter cives necnon peregrinos*’. *Essays in honour of B. Sirks*, Göttingen, 2014, p. 93–118).

34. Cf. Liv. 2.29.11; v., inoltre, Liv. 2.18.8, 3.20.8, 4.13.11; Dion. Hal. 5.75.2, 6.58.2; Plut. *Fab.* 9.1; Plut. *C. Gr.* 18.1; Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.18; Fest. voce *Optima lex* (Lindsay 216); Lyd. *mag.* 1.37; Zon. 7.13 (cf., per tutti, F. DE MARTINO, *o.c.* [n. 19], p. 447). Cf., circa la non provocabilità degli atti di *imperium* dei decemviri (attinenti all’arruolamento degli *iuniores*), Liv. 3.41.7.

la *provocatio* è *de iure* inefficace contro provvedimenti di indole coercitiva, bensì in quanto, essendo la *lex Valeria* del 509 a.C. *imperfecta*, l'esercizio da parte di un plebeo del *ius provocationis, de facto* (ossia sul solo piano della effettività), può incontrare insuperabili ostruzionismi³⁵.

Che la *provocatio* sia opponibile ad atti tanto giudiziali quanto coercitivi pare a me ricavarsi anche dal lessico pomponiano³⁶. La *lex Valeria* del 509 a.C., come noto, vieta ai consoli di '*animadvertere in caput*' (o — il che è lo stesso — di '*ius dicere de capite*') in assenza di un *iussus populi*: se quest'ultimo è — come ritiene la più persuasiva e dominante dottrina³⁷ — un 'provvedimento particolare' e non una 'norma legislativa incriminatrice', allora l'attività del console subordinata al *iussus* non può ritenersi inclusiva di una fase inquirente e di una, pur sommaria, cognizione giudiziaria. Se così fosse, infatti, sarebbe d'uopo ipotizzare l'obbligo per il console di una previa richiesta di autorizzazione, fermo poi il diritto da parte del *civis* interessato, dopo l'emanazione nei suoi confronti del provvedimento sanzionatorio capitale, di suscitare nuovamente l'intervento del popolo: il che manifesta una macchinosa farraginosità procedimentale assai poco plausibile. Alla luce dei rilievi sopra esposti (che inducono sia a ritenere la *provocatio* un rimedio duofisita, sia a escludere che, nella versione di Pomponio, il *iussus* menzionato si identifichi in una 'previa autorizzazione'), pare plausibile concludere nel senso che l'*animadvertere* e il *ius dicere* vietati, non inglobando in sé attività inquirente e giudicante, si limitino a descrivere una 'concreta attività sanzionatoria'³⁸ di cui si

35. Liv. 2.55.4–12. Cf. B. SANTALUCIA, *La giustizia penale, o.c.* (n. 12), p. 30, secondo cui non deve sorprendere se i consoli impunemente violavano il diritto civico di *provocare* al popolo: infatti, ancora la terza *lex de provocatione* del 300 a.C. (Liv. 10.9.3–5) qualificava solo come *improbe factum* siffatta trasgressione magistratuale. Anche il caso di Appio Claudio il decemviro, risalente al 449 a.C. (Liv. 3.56.1–13: cf. C. MASI DORIA, *o.c.* [n. 33], p. 102–103), viene letto da L. TASSI SCANDONE, *o.c.* (n. 14), p. 139–142, a sostegno del collegamento normale tra *iudicatio* e *provocatio*. Invero, Livio narra come venga opposta al tribuno della plebe Virginio la *provocatio* da parte di Appio Claudio, pur non sortendo essa alcun effetto: e ciò non tanto per l'ufficio ricoperto dal destinatario dell'opposizione o per la natura del provvedimento da lui emanato, quanto per l'essere il provocante un '*legum experts et civilis et humani foederis*', ossia *de facto* un *homo* parificabile a un *sacer*: v. B. SANTALUCIA, *Studi, o.c.* (n. 12), p. 170, n. 82; ID., *Altri studi, o.c.* (n. 12), p. 136 e n. 76, 166 e n. 8; ID., *Diritto e processo, o.c.* (n. 12), p. 37; L. GAROFALO, *Il processo edilizio, o.c.* (n. 13), p. 56; F. ZUCCOTTI, « Il testamento di Publio Malleolo (Cic. *de inv.* 2.50.148 s.; *Auct. ad Her. Rhet.* 1.13.23) », in *Studi in onore di A. Biscardi*, 6, Milano, 1987, p. 229–265.

36. D. 1.2.2.16, 23.

37. V., per tutti, L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* (n. 13), p. 242, 289.

38. Cf. C. GIOFFREDI, *o.c.* (n. 22), p. 188–195; ID., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 14–15, 45 (ove si qualifica come impropria la locuzione *ius dicere* se connessa alla sfera criminale e ove si comprime il significato di *animadvertere* a 'punire'); v., altresì, C. PELLOSO, *l.c.* (n. 24), p. 97–100; *contra*, v., sulla scorta di E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, p. 6, n. 1, C. VENTURINI, *l.c.* (n. 14), p. 529; L. TASSI SCANDONE, *o.c.* (n. 14), p. 6–7 e n. 13, 110–113.

tace, tuttavia, la natura della fonte, la quale, in teoria, può essere un provvedimento emanato dal console tanto come ‘amministratore’, quanto come ‘giudice’³⁹.

5. Sul diritto del cittadino al processo popolare dalla caduta del regno al decemvirato legislativo: considerazioni conclusive

Se il sistema proto-repubblicano delineato nelle pagine precedenti è corretto, è gioco forza ritenere che la *provocatio ad populum* si atteggi a mezzo di opposizione sospensiva dell’efficacia esecutiva di un provvedimento consolare *de capite* con cui il *civis* o censura l’eccesso di potere che vizia un atto di natura discrezionale, o lamenta l’ingiustizia di una sentenza condannatoria concernente crimini tanto comuni, quanto politici. La *provocatio ad populum*, dunque, non è un ‘autentico appello’, innanzitutto in quanto l’atto contro cui essa si invoca non sempre presenta i caratteri di una ‘autentica sentenza’⁴⁰. Tuttavia non è questo il solo argomento che induce a escludere detta sovrapposizione. A ben vedere, infatti, non è dato rinvenire un ulteriore requisito invero imprescindibile per poter discorrere propriamente del ‘mezzo di impugnazione’ in parola, sia esso concepito come una *revisio prioris instantiae*, sia esso concepito come una *prosecutio prioris instantiae*: l’invocazione al popolo non produce alcun effetto devolutivo, bensì ha natura unicamente sospensiva. In altre parole, è solo il magistrato che, dotato di *ius agendi cum populo*, ha il potere di convocare i comizi e, quindi, di introdurre la causa dinanzi al popolo a seguito di *provocatio*; la sentenza che conclude il *iudicium populi*, del resto, lungi dall’essere l’atto finale di una fase giudiziaria rescissoria idoneo a modificare o a sostituire il provvedimento magistratuale controverso, si limita ad autorizzare o meno (*iussu/ iniussu*), a fronte di una richiesta che solo può provenire dal magistrato, l’esecuzione capitale del *civis*⁴¹.

Su tale assetto esercita un notevole impatto innovatore — tanto a livello di principi, quanto a livello operativo — il ‘micro-sistema’ criminale scolpito dalle XII Tavole nel divieto generale di *interficere l’homo indemnatus*, nel divieto rivolto al magistrato di *ferre de capite civis* se non al *maximus comitiatus*, nonché nelle

39. Sulla sottile linea di confine tra coercizione e giurisdizione magistratuale, soprattutto con riguardo all’epoca antica, cf., per tutti, C. VENTURINI, *l.c.* (n. 17), p. 73.

40. Così, in senso parzialmente analogo, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo, o.c.* (n. 12), p. 36.

41. Cf., per tutti, F. DE MARTINO, *o.c.* (n. 19), p. 425. La *provocatio* è dunque presupposto, ma non immediato atto introduttivo, del giudizio popolare: solo se il magistrato accoglie la ‘sfida’ del *civis* e, quindi, ha luogo la *certatio* tra le due parti (cf. Cic. *leg.* 3.6; Liv. 1.26.6, 1.26.8, 40.42.9) il popolo si pronuncia accogliendo o meno la proposta del magistrato; sul punto, v., da ultima, L. TASSI SCANDONE, *o.c.* (n. 14), p. 142–148, la quale, nonostante correttamente rimarchi come il comizio popolare sia convocabile discrezionalmente dal solo magistrato, non esita — cadendo in una patente contraddizione interna — a qualificare la *provocatio* in termini di appello. Sulla analoga non sovrapposibilità tra l’appello in senso tecnico e l’ateniese *ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον*, cf. C. PELLOSO, «Ἐφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: Remarks and Speculations on the Legal Nature of the Solonian Reform», in G. THÜR – D. LEÃO (éd.), *Symposion 2015*, Wien/Coimbra, 2016, p. 41–55.

plurime disposizioni che ribadiscono ed estendono il diritto civico alla *provocatio ad populum*⁴². Quanto alla prima norma, il riferimento in negativo alla *damnatio* suggerisce che lo scopo perseguito dal decemvirato legislativo è l'abolizione della messa a morte senza un 'previo processo' culminante in una 'sentenza di condanna' (ossia il divieto di messa a morte da parte di un magistrato, giusta l'esercizio di *coërcitio*). Quanto alla seconda *lex*, se essa è effettivamente qualificabile come 'norma sulla competenza', altrettanto vero è che essa, formulata solo nel senso di escludere per le *res capitales* proposte di condanna ad ogni assemblea giudicante diversa dal comizio centuriato⁴³, senza la coesistente norma sull'*homo indemnatus* non sarebbe, di per sé, idonea a vietare l'uccidibilità del cittadino a seguito di atto diverso, per natura e soggetto emanante, dalla sentenza popolare di condanna⁴⁴. Le due norme, insomma, vanno lette insieme e considerate come parte di una sistema in cui, da un lato, si proibiscono provvedimenti magistratuali amministrativi *de capite*; dall'altro, si proibiscono provvedimenti giudiziali di 'condanna capitale' non emessi dall'assemblea centuriata. Ergo, l'ulteriore 'set' di norme decemvirali concernenti la *provocatio ad populum*⁴⁵ dà forma a un istituto che risulta, rispetto

-
42. Cic. *Sest.* 30.65; *rep.* 2.31.54; *rep.* 2.36.61; *leg.* 3.4.11; *leg.* 3.19.44; *Salv. gub.* 8.5; *Aug. civ. Dei* 1.19; *Dion. Hal.* 3.22.3; *Pol.* 6.14.6; *Plaut. aul.* 200, *truc.* 819, *pseud.* 1232. Su di esso, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *l.c.* (n. 14), p. 121–136.
43. Che la norma *de capite civis* sia da interpretare come norma che, mutando rispetto all'epoca pre-decemvirale, consente al magistrato di proporre condanne capitali al solo 'comitatus maximus' (ovvero al comizio centuriato) è sostenuto, sulla scorta dell'insegnamento mommseniano, da B. SANTALUCIA, *Altri studi, o.c.* (n. 12), p. 163–164; di recente anche G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei 'comitia'*, Torino, 2012, p. 155–194, perviene indirettamente a ribadire la tesi tradizionale. Di contro, v. E. TASSI SCANDONE, *o.c.* (n. 14), p. 186, la quale sostiene che la norma sancisca una riserva legislativa (ma v., per talune obiezioni, C. PELLOSO, *l.c.* [n. 14], p. 123–124, n. 93), nonché R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli, 2005, p. 106–110, che tenta di fondare la tesi dello svolgimento di processi capitali nel *concilium plebis* anche dopo le XII Tavole (*contra*, cf. B. SANTALUCIA, *Altri studi, o.c.* [n. 12], p. 139–162); v., parimenti, sulla asserita persistenza di competenza plebea *de capite civis* anche dopo le riforme decemvirali, Y. RIVIÈRE, « Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne », *RHD* 91 (2013), p. 1–52 (le cui ricostruzioni sono contraddette in C. PELLOSO, *l.c.* [n. 19], n. 81–83). Sulla competenza giudiziale delle curie in età pre-decemvirale cf. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo, o.c.* (n. 12), p. 40–44; v., di contro, L. GAROFALO, *Appunti, o.c.* (n. 13), p. 52–53, 72–73, 180; D. CAPANNELLI, « Appunti sulla *rogatio agraria* di Spurio Cassio », in F. SERRAO (éd.), *Legge e società nella repubblica romana*, 1, Napoli 1981, p. 3–50 (v. p. 44).
44. Così, persuasivamente, D. MANTOVANI, *l.c.* (n. 14), p. 25; sul rapporto tra le due norme v. A. GUARINO, « Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole », *Labeo* 34 (1988), p. 323–335 (v. p. 327 e n. 27); L. GAROFALO, *Il processo edilizio, o.c.* (n. 13), p. 47, n. 7.
45. Il rapporto, entro il codice decemvirale, tra norma *de capite civis* e norma sulla *provocatio* è sì stretto, ma non tanto da poter condividere l'assunto secondo cui solo attraverso il *ius provocationis* il cittadino può ottenere una pronuncia sul suo *caput* dell'assemblea delle centurie (così, esplicitamente, A. GUARINO, *l.c.* [n. 44], p. 328 s.; implicitamente, R. PESARESI, *o.c.* [n. 43], p. 106–110); né del resto è corretto ritenere che l'una è doppiamente dell'altra (D. MANTOVANI, *l.c.*

al regime pregresso, dotato di ben più intensa efficacia: a fronte della norma sull'*homo indemnatus*, la *provocatio* si atteggia a mezzo di opposizione contro atti magistratuali, non più solo consolari, ma addirittura tribunizi⁴⁶, posti in essere per 'difetto di potere'; in forza della norma *de capite civis*, essa si può rivolgere al solo comizio centuriato⁴⁷.

Se si confrontano la *lex Valeria* del 509 a.C. e il precetto decemvirale sulla *provocatio*, poco muta solo da un punto di vista 'pratico', essendo scarsamente plausibile — anche in epoca precedente al 451–450 a.C. — la rinuncia dell'interessato all'esercizio di un diritto suscettibile di sottrarlo all'esito più infausto; è invece al livello di 'ideologia' che il divario tra i due regimi si mostra assai notevole. Una cosa è prevedere che i magistrati non possano mettere a morte se alla minaccia di esecuzione il cittadino fa formale opposizione; un'altra è stabilire che il magistrato non abbia affatto il potere di mettere a morte il cittadino. Nel primo caso non si comprime sostanzialmente il potere coercitivo e giudiziario *de capite*, che è esistente a monte, ma sterilizzabile a valle con la *provocatio*; nel secondo si determina una effettiva duplice riduzione di detto potere, il quale ultimo viene decurtato di modo che né sul piano della *iudicatio*, né sul piano della *coërcitio* risulta ammissibile l'irrogazione della sanzione suprema: l'inesistenza del potere magistratuale, a monte, viene così denunciata a valle a mezzo della *provocatio ad populum*.

[n. 14], p. 25), in quanto sia il processo comiziale *de capite* non necessariamente presuppone una *provocatio*, sia in quanto la prima (quale divieto rivolto al magistrato) modifica rispetto al passato il comizio competente, mentre la seconda attribuisce al *civis* un diritto intensificato rispetto al precedente assetto. Del tutto implausibile risulta la fantasiosa ricostruzione proposta da R.E. MITCHELL, *Patricians and Plebeians. The Origin of the Roman State*, Ithaca, 1990, p. 168, 177, secondo cui la norma *de capite civis* — irrelata alla *provocatio* — si iscriverebbe nel contesto della giurisdizione pontificale dinanzi i comizi curiati (v., in merito, K. HACKL, « Gab es eine *provocatio ad populum* auch im Zivilprozess? », in *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège, 1999, p. 179–187).

46. L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, o.c. (n. 13), p. 13–14, 49, 53.

47. È a questo secondo stadio che alcune *leges* scritte, per una costituzione ideale e virtuale, da Cicerone paiono ispirarsi: in Cic. *leg.* 3.3.6 (ove, in un periodare stringato e allusivo, si dà vita ad uno zeugma stilistico e concettuale non pienamente conforme al diritto repubblicano), i magistrati sono detti 'essere titolari' del potere coercitivo di multare, di incarcerare, di fustigare, potere comunque sterilizzabile, a seguito della *provocatio* del trasgressore, vuoi dalla *intercessio* del collega, vuoi dal popolo (cf. T. MOMMSEN, *Strafrecht*, o.c. [n. 5], p. 474; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, o.c. [n. 12], p. 38 e n. 27; L. GAROFALO, *Appunti*, o.c. [n. 13], p. 218 s.; C. VENTURINI, *l.c.* [n. 14], p. 556), laddove essi non sono invece qualificati come titolari del potere giudiziario di sanzionare penalmente, sicché debbono chiamare il popolo a tal scopo. In Cic. *leg.* 3.3.10 e 3.12.27 (passi parimenti di difficile valutazione rispetto alla terminologia e agli istituti del diritto criminale repubblicano: cf. J. KUNKEL, o.c. [n. 11], p. 20), ove i magistrati sono detti titolari solo di *auspicium* e di *iudicium* mentre il popolo è titolare della *potestas* alla quale si provoca, non si ascrive affatto a questi giurisdizione criminale (cf., paradigmaticamente, A. MAGDELAIN, *l.c.* [n. 10], p. 157; L. TASSI SCANDONE, o.c. [n. 14], p. 114), ma solo il potere di promozione dell'accusa, attraverso la proposta di una sentenza (L. GAROFALO, *Appunti*, o.c. [n. 13], p. 79, n. 24), o il potere di tenere i comizi (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, o.c. [n. 12], p. 38, n. 29).

Attraverso la riscrittura decemvirale di tale istituto sono definitivamente gettate le più solide basi della *libertas* del sistema repubblicano. *Libertas* che, anzitutto, si identifica positivamente nell'appartenenza del singolo *civis* al *populus* e, negativamente, nell'esclusione di ogni, pur umbratile, *vestigium* dell'odiato *regnum* (quale è, appunto, l'iscrizione ai magistrati di *iudicatio* e *coërcitio* capitali)⁴⁸. *Libertas* che, di conseguenza, è considerata tale da comportare il diritto del singolo *civis* a essere privato della propria vita solo in forza di una pronuncia condannatoria del *populus*.

48. Quanto all'etimologia di *liber*, in connessione non solo all'idea di 'appartenenza', ma pure di 'crescita', cf., da ultimo, E. STOLFI, « Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio », *BIDR* 108 (2014), p. 139–178 (v. p. 176), che valorizza la contrapposizione libero–schiavo e libero–peregrino, ma non quella libero–sacro, come opportunamente fa L. GAROFALO, « *Homo liber* et *homo sacer*: deux archétypes de l'appartenance », *RHD* 87 (2009), p. 317–337.

La Revue n'est pas responsable des manuscrits qui lui sont envoyés.
Les articles publiés n'engagent pas les opinions de la Rédaction.

© Presses Universitaires de Liège, décembre 2016

Éditeur responsable : Jean-François Gerkens

D/2016/12.839/34

ISSN : 0556-7939

ISBN : 978-2-87562-120-7

RIDA

62²⁰¹⁵

La *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, dont c'est ici la 3^e série, est née de la fusion des *Archives d'histoire du droit oriental* avec la 2^e série de la *Revue Internationale des Droits l'Antiquité*, fondées par Jacques Pirenne et Fernand De Visscher. Elle rassemble des contributions sur les différents droits de l'Antiquité (Rome, Grèce, Égypte, Babylone, Chine...) ainsi que sur leur réception. Ces contributions sont publiées en cinq langues : Français, Allemand, Italien, Anglais et Espagnol. Elle publie également différentes chroniques et, en particulier, la chronique des sessions internationales de la Société Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SIHDA).
Les articles proposés à la revue pour publication sont systématiquement soumis à *peer reviewing*.

Sommaire

Hommage à Jacques-Henri Michel (*L'Abrégé d'art militaire de Végèce*)

Avant-propos (Dominique GAURIER) ; Les traductions françaises de l'*Abrégé d'art militaire* de Végèce (XVII^e-XXI^e siècles) (Étienne FAMERIE) ; Note sur le texte et la traduction (Étienne FAMERIE) ; Plan de l'œuvre ; Édition critique et traduction (Étienne FAMERIE et Jacques-Henri MICHEL) ; Bibliographie sur l'*Abrégé d'art militaire* de Végèce (1981-2015) (Étienne FAMERIE)

Droit romain

Emanuela CALORE, *Volenti non fit iniuria: una regula romana?* ; Giacomo D'ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio «in eadem causa»* ; Evelyn HÖBENREICH, *Marginalia on Morals, Rhetoric and Law. A propos Sen. contr. 2.7* ; Aglaia MCCLINTOCK, *Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli della repressione criminale nei primi secoli dell'impero romano* ; Esteban MORENO RESANO, *La emisión en Oriente de cinco leyes occidentales de Constantino* ; Carlo PELLOSO, *Sul diritto del cittadino al processo popolare dalla caduta del regno al decemvirato legislativo* ; Mariagrazia RIZZI, *Aequum/iniquum esse nelle constitutiones principum di età severiana in materia contrattuale attraverso le testimonianze dei Digesta giustinianeï* ; Annamaria SALOMONE, *Le donazioni inter virum et uxorem tra successio ed accessio possessionis*.

Chroniques

La SIHDA à Istanbul (Jean-François GERKENS)

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE

ISBN : 978-2-87562-120-7

