

Donato A. Centola - Francesco Fasolino - Pietro P. Onida
Carlo Pelloso - Federico Procchi - Margherita Scognamiglio

REGOLE E GARANZIE NEL PROCESSO CRIMINALE ROMANO

a cura di Laura Solidoro



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2016 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0474-7

Il presente volume è stato pubblicato previa valutazione scientifica condotta attraverso il sistema della double-blind peer review.

Le valutazioni dei revisori sono conservate dalla Casa editrice.

Composizione: Sidebloom - Pisa

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
Alle origini del garantismo: note introduttive <i>Laura Solidoro</i>	1
L'accusa nel sistema processuale delle <i>quaestiones perpetuae</i> tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria <i>Donato Antonio Centola</i>	15
Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza <i>Francesco Fasolino</i>	33
La responsabilità penale degli enti collettivi fra diritto romano e diritto moderno <i>Pietro Paolo Onida</i>	59

	<i>pag.</i>
Ai primordi del giudizio popolare: <i>poena capitis</i> e garanzie del <i>civis</i> nella prima età repubblicana	
<i>Carlo Pelloso</i>	83
Prime considerazioni su <i>imperium</i> magistratuale e garanzie del <i>civis</i> nello 'Strafrecht' mommseniano	
<i>Federico Procchi</i>	121
Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio <i>nullum crimen sine lege</i>	
<i>Margherita Scognamiglio</i>	137
Indice delle Fonti	
A cura di <i>Paola Pasquino</i> e <i>Giovanbattista Greco</i>	175
Indice degli Autori	
A cura di <i>Paola Pasquino</i> e <i>Carlo De Cristofaro</i>	185

Ai primordi del giudizio popolare: *poena capitis* e garanzie del *civis* nella prima età repubblicana

Carlo Pelloso

SOMMARIO: 1. La *provocatio ad populum* e la *libertas* repubblicana. – 2. Il sistema di T. Mommsen e gli apporti di C.H. Brecht: *provocatio ad populum* e appello. – 3. La ricostruzione di A. Heuß, J. Bleicken e W. Kunkel: la *provocatio ad populum* come rimedio fattuale. – 4. Le tesi di B. Santalucia e di L. Garofalo: la *provocatio ad populum* come ricorso contro gli abusi del magistrato. – 5. Le tesi di D. Mantovani e di E. Tassi Scandone: la *provocatio ad populum* e il *iussus populi* come norma incriminatrice. – 6. Repressione criminale in Roma arcaica: re, popolo e magistrati come autorità giudicanti. – 7. La *provocatio ad populum* contro atti magistratuali di *coërcitio*. – 8. Sulla natura della *provocatio ad populum* in età proto-repubblicana. – 9. Sul *ius* del cittadino al processo popolare nelle riforme decemvirali. – 10. *Provocatio ad populum* ed ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: un confronto tra la *lex Valeria* del 509 a.C. e la riforma solonica del 594 a.C.

1. La *provocatio ad populum* e la *libertas* repubblicana

La tradizione che affiora nelle opere ciceroniane e nei dati storiografici sui primi secoli di Roma, con enfasi e genericità, presenta la *provocatio ad populum* non solo come *patrona* della stessa *civitas*, ma altresì come *vindex*, *praesidium* e *arx* della *libertas*, valore inseparabile dall'ideologia repubblicana¹. Ma, a parte tali suadenti declamazioni, in cosa consistette davvero, tanto

¹ Cfr. Cic. *de orat.* 2.199; Liv. 3.45.8, 3.55.4, 3.56.5-8; Dion. Hal. 6.58.2. Sulla connessione libertà-*res publica*-*provocatio*, v. J. BLEICKEN, *Staatliche Ordnung und Freiheit in der römischen Republik*, Kallmünz, 1972, 32 ss.; J.-L. FERRARY, *Le idee politiche a Roma nell'epoca repubblicana*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, I, *L'antichità classica*, Torino, 1982, 763; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, 82 e 290; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 29 ss., 39; G. VALDITARA, *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Soveria Mannelli, 2007, 27, 36 s., 43, 57 s.; E. TASSI SCANDONE, 'Leges Valeriae de provocatione'. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, 108; M. JEHNE, *Die Geltung der Provocation und die Konstruktion der*

al livello di ‘procedura criminale’, quanto al livello di ‘costituzione’, il *ius* – a tutela fondamentale della libertà sia del singolo sia della collettività – di invocare il popolo come proprio giudice supremo? I dati a disposizione non si segnalano certo per esaustività, coerenza, e sistematicità. L’opera di esegesi degli storici del diritto antico, dunque, assume sovente i connotati di una congetturale palingenesi che – a fronte dei silenzi, delle oscurità, delle contraddizioni delle fonti – imprime anche eccessiva modernità e finitezza a forme giuridiche (di pensiero, di organizzazione, di disciplinamento) che invero risultano, nella loro arcaica ‘alterità’ rispetto all’oggi, sfumate e sfuggenti.

Una previa rassegna dottrinale che, pur nella sua rapidità e con semplificazioni, permetta al lettore di comprendere l’articolata frammentazione dello *status quaestionis*, non costituirà una inutile premessa al tentativo di un personale contributo teso alla perimetrazione concettuale e operativa di quell’istituto che, affondando le sue profonde radici nello strato più remoto del diritto romano, si stabilizza dopo la caduta del regno primitivo a baluardo e pilastro della *libera res publica*, così come per Atene l’ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον² di solonica creazione rappresenta il primo e fondamentale passo verso l’affermarsi, tra quinto e quarto secolo a.C., di quel peculiare sistema giudiziario che indurrà Aristotele a proclamare – con tutta la forza propria di uno strenuo contraddittore del suo calibro – che il popolo, κύριος della ψῆφος, ossia *dominus* del voto, è consequenzialmente κύριος della πολιτεία, ossia *dominus* della *res publica*³.

römischen Republik als Freiheitsgemeinschaft, in *Geltungsgeschichten: über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen*, hrsgg. G. Melville und H. Vorländer, Köln, 2002, 55 ss.; I. COGITORE, *Le doux nom de liberté. Histoire d’une idée politique dans la Rome antique*, Bordeaux, 2011, 36; V. ARENA, ‘*Libertas*’ and the Practice of Politics in the Late Roman Republic, Cambridge, 2012, 48 ss.; in particolare, v., sull’uso politico e propagandistico dell’istituto della *provocatio* (in una con quello dell’*auxilium* tribunizio), L. THOMMEN, *Das Volkstribunat der späteren römischen Republik*, Stuttgart, 1989, 236, nonché J.M. RIBAS ALBA, *Tribunos de la plebe, ‘provocatio ad populum’ y ‘multitudo’. Una reflexión sobre los límites del poder político en Roma*, in *Foro*, IX, 2009, 89 ss. Per una recente messa a punto circa il concetto giuridico (e non giusnaturalistico) di *libertas*, v. E. STOLFI, *Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio*, in *BIDR*, CVIII, 2014, 139 ss.

² Un cenno di comparazione in questo senso si trova già in R. MARTINI, *Roma e Atene. Note comparatistiche in ‘campo costituzionale’*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, a cura di L. Labruna, I, Napoli, 2006, 417 ss.; cfr., da ultimo, sui mezzi di attuazione della libertà repubblicana, ossia *provocatio* e *appellatio*, N. SPADAVECCHIA, ‘*Libertas tuenda*’. *Forme di tutela del cittadino romano in età repubblicana*, Bari, 2016, *passim*.

³ Arist. *Ath. Pol.* 9.1: cfr., per tutti, M. OSTWALD, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law*, Berkeley-Los Angeles, 1986, 14 s., 70 s.

2. Il sistema di T. Mommsen e gli apporti di C.H. Brecht: *provocatio ad populum e appello*

Non si può che partire, con riguardo alle tesi fiorite nel secolo diciannovesimo, dall'autorità del Mommsen. La ricostruzione della giustizia criminale romana messa a punto dall'eminente studioso del diritto penale e pubblico⁴ con riguardo alla prima fase della storia repubblicana si impernia sull'idea di *imperium* quale fattore di genesi dello Stato nonché quale fondamento di ogni potere punitivo: se l'*imperium* è un potere magistratuale autarchico e supremo, l'esercizio di poteri di indole sanzionatoria da parte di uffici minori della *civitas* (come quello dei questori) è solo il riflesso di una delega; e se l'*imperium* è, in tutte le sue declinazioni, un potere proprio dei sommi magistrati, allora la giustizia popolare repubblicana non può che essere il risultato – in conformità ad un supposto 'principio di legalità' – di una eccezione che conferma, in definitiva, la regola più antica rappresentata dalla giustizia magistratuale in unica istanza. Poste tali premesse, il processo comiziale si delinea nel pensiero di Mommsen come un processo esclusivamente di secondo grado e l'ordinaria *provocatio ad populum* è presentata come 'Berufung' (ossia 'appello') del cittadino alla cittadinanza intera. Essa assume i connotati di un atto, posto in essere dal destinatario della misura sanzionatoria *de capite* irrogata sul terreno della giurisdizione dal magistrato, diretto all'instaurazione di una istanza di giustizia ulteriore amministrata dalle centurie, oppure anche dalle tribù in epoca predecemvirale. Il processo dinanzi al popolo, dunque, radicato in virtù di un atto ibrido, in quanto sia 'mezzo di gravame' sia 'domanda di grazia', si atteggia a giudizio discrezionale e non rescissorio, in quanto culminante esclusivamente in un provvedimento confirmatorio o caducatorio – ma mai modificativo – del provvedimento capitale in prime cure. Anzi, ad avviso dello studioso, l'introduzione, ai primordi dell'età repubblicana, della *provocatio ad populum* avrebbe determinato, nel campo della repressione criminale, l'inizio di una autentica prassi costituzionale – diretta alla sterilizzazione di potenziali dissidi tra popolo e suprema magistratura patrizia – costituita dall'esclusione del consolato dall'esercizio della giurisdizione e dalla contestuale 'rappresentanza forzata' dei questori.

⁴ Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 31, 41 s., 56, 151, 163, 477 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*³, I, Leipzig, 1887, 110, 137, 141, 163 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*³, II, Leipzig, 1887, 117, 539 s.; ID., *Römisches Staatsrecht*³, III, Leipzig, 1888, 302, 351 s., 354. Cfr., conformemente, P.F. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, Paris, 1901, 113; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1927, 2, 132; J. LENGLE, *Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern*, Leipzig - Berlin, 1934, 7; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, rist. an., Amsterdam, 1969, 140; A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, 3, 11, 26, 34 s.

Sotto non secondari aspetti si discosta dal quadro mommseniano l'ipotesi ricostruttiva proposta, alla fine degli anni Trenta del ventesimo secolo, dal Brecht⁵: se rimane ferma l'identificazione tra l'istituto repubblicano della *provocatio* e il mezzo di impugnazione descrivibile come appello, i rapporti tra *iudicatio* e *coërcitio* vengono radicalmente ridefiniti. Anzitutto si nega la corrispondenza biunivoca tra processo comiziale e processo instaurato a seguito di *provocatio*. Sul terreno della coercizione (terreno, tuttavia, reputato idoneo a ricomprendere tanto provvedimenti di natura disciplinare, quanto provvedimenti di carattere autenticamente giudiziari), infatti, la pronuncia dei sommi magistrati, espressione del loro *imperium*, è priva del crisma della incontrovertibilità, potendo infatti essere impugnata dal condannato (tanto per reati comuni, quanto per condotte di insubordinazione) e, quindi, confermata o meno dal giudice popolare. Sul terreno della *iudicatio*, di contro, è concepibile un tipo di processo che – irrelato al giudizio di appello dinanzi il popolo – viene instaurato su iniziativa dei magistrati privi di *imperium* (come sin da tempi antichissimi i questori, benché sollecitati dai consoli, nonché come in epoca più recente i tribuni e gli edili) e, previa *anquisitio*, si conclude con una sentenza popolare che, in via definitiva, concerne la richiesta, promossa dall'accusa, di irrogazione della pena. In altre parole, per il Brecht, il processo comiziale non è da identificarsi 'tout court' nel processo per *provocatio*: il primo, infatti, massimamente in concomitanza con l'entrata in vigore delle XII Tavole, imita nelle forme il secondo e con questo convive per poi sostituirlo *in toto*.

3. La ricostruzione di A. Heuß, J. Bleicken e W. Kunkel: la *provocatio ad populum* come rimedio fattuale

Durante gli anni del secondo conflitto bellico mondiale, lo studio di Heuß⁶ mina alle basi la dottrina di Mommsen e supera la proposta di Brecht, negando, in primo luogo, la connessione ancestrale tra giurisdizione criminale, da una parte, e *imperium*, dall'altra. La prima viene associata, in

⁵ Cfr. C.H. BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren*, in *ZSS*, LXIX, 1939, 261 ss.; v., similmente, G. GROSSO, *Monarchia, 'provocatio' e processo popolare*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milano, 1956, 3 ss.; ID., *'Provocatio' per la 'perduellio', 'provocatio sacramento' e ordalia*, in *BIDR*, LXIII, 1960, 213 ss.; ID., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 148 ss., 177.

⁶ Cfr. A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten*, in *ZSS*, LXIV, 1944, 114 ss., che mutua notevolmente da K. LATTE, *The Origin of the Quaestorship*, in *TAPA*, LXVII, 1936, 24 ss.

chiave diacronica ed evolutzionistica, alla vendetta; il secondo viene ridotto a semplice ‘comando militare’. Inoltre, per l’autore, il processo instaurato a seguito di *provocatio* non è modello del *iudicium populi*, bensì – a tutto concedere – il contrario: già in epoca regia, infatti, da quel processo in cui i *quaestores* accertano dinanzi al popolo l’elemento soggettivo dell’omicidio, nonché presiedono la fase esecutiva della ‘vendetta privata’ si origina un processo – nel prosieguo di tempo destinato alla generale repressione capitale dei reati comuni – che si fonda sulla *anquisitio* magistratuale e culmina in un provvedimento popolare, in assenza di qualsivoglia *provocatio*. Di contro, la *provocatio* – secondo Heuß estranea al terreno proprio della giurisdizione – si configura come una prassi giuridica repubblicana (ancorché di matrice nobiliare) che, assestata in forma definitiva solo nel 300 a.C. grazie alla *lex Valeria Corvi* e confermata, nel 123 a.C., dalla *lex Sempronia de capite civis* (ossia una volta tendenzialmente stabilizzatosi completamente il quadro ordinamentale repubblicano), risulta volta a contrastare – almeno sino alla guerra annibalica – soltanto le estrinsecazioni non militari della *coërcitio* esercitata dai magistrati *cum imperio*⁷.

Sviluppando alcuni spunti già presenti nella ricostruzione di Heuß, Bleicken⁸ dà corpo ad un sistema che 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 ‘rimedio giuridico’. La *provocatio*, infatti, viene descritta dall’autore in termini di rivoluzionaria forma archetipica dell’ausilio dei tribuni della plebe contro gli abusi del potere magistratuale patrizio e, dunque, in termini di a-formale ‘chiamata in aiuto’ diretta contro atti di coercizione e tendente a un *plebis scitum* qualificabile come privilegio. Secondo lo studioso, di poi, è con la prima autentica *lex de provocatione* (ossia quella del 300 a.C.) che si consolida definitivamente uno *status quo* già parzialmente delineatosi a partire dalle XII Tavole (che,

⁷ In tendenziale adesione all’impostazione di Heuß, cfr. R.A. BAUMAN, *The ‘lex Valeria de provocatione’ of 300 B.C.*, in *Historia*, XXII, 1973, 34 ss.; v., inoltre, J.A.C. THOMAS, *The Development of Roman Criminal Law*, in *LQR*, LXXIX, 1963, 229; J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La ‘provocatio ad populum’ como garantía jurídica del ciudadano romano y manifestación de cohesión social*, in *Helmantica*, XLV, 1994, 177 ss. Ancora più radicale è J.D. CLOUD, *‘Provocatio’. Two Cases of Possible Fabrication in the Annalistic Sources*, in *‘Sodalitas’. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, 1365 ss.; ID., *The Origin of ‘provocatio’*, in *Revue de Philologie*, LXXII, 1998, 27 ss.: secondo l’autore, la *lex Porcia* sarebbe il solo provvedimento *de provocatione* fededegno.

⁸ Cfr. J. BLEICKEN, *Kollisionen zwischen ‘Sacrum’ und ‘Publicum’*, in *Hermes*, LXXXV, 1957, 455 ss.; ID., *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, in *ZSS*, LXXXVI, 1959, 356 ss.; ID., *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*², München, 1968, 110 ss.

tra l'altro, riservano implicitamente al comizio centuriato ogni cognizione capitale): i tribuni – che prima solo orientano i giudizi popolari a tutela della intera comunità romana – sono riconosciuti come magistrati competenti, al livello di accusa, nella repressione dei reati politici sanzionati con pena capitale (*perduellio*); di conseguenza, il potere coercitivo dei magistrati *cum imperio* viene, seppur indirettamente, compresso dalla nuova competenza tribunizia e la *provocatio* – divenuta oramai inutile entro la sfera della persecuzione dei *crimina* politici – continua a svolgere il suo ruolo di ‘chiamata in aiuto’ con limitato riguardo alle multe pontificali ⁹.

Le successive ricerche del Kunkel – nel generalizzato clima di sfiducia circa l'autenticità delle prime due *leges de provocatione* del sesto e del quinto secolo a.C. – attuano un ripensamento dalle fondamenta dei rapporti intercorrenti tra potere magistratuale, giudizio popolare e *provocatio*. Quest'ultima, nella visione dello studioso, si impone come mezzo politico di lotta rivoluzionaria, ossia come strumento (non cogente) di forza plebea che si contrappone, di fatto, agli abusi perpetrati dal potere coercitivo della magistratura patrizia investita dell'*imperium*; dal 300 a.C. in poi il giudizio *apud populum* (ricomprensivo della *provocatio* stessa) è concepito come la sola sede di cognizione e repressione dei reati politici, a fronte della perdita da parte dei consoli del loro potere coercitivo anche capitale. I reati comuni, di contro, vengono perseguiti mediante forme processuali capitali di carattere privatistico tese alla sospensione o alla sterilizzazione dell'esercizio della vendetta da parte del gruppo familiare del soggetto asseritamente leso (forme entro cui i questori vengono inquadrati o come inquirenti o, in alternativa, addirittura come giudici) ¹⁰.

⁹ Sul punto, v., altresì, le tesi – che risultano non in ridotta parte tributarie del pensiero del Bleicken – di: A. MAGDELAIN, 'Jus', 'Imperium', 'Auctoritas'. *Etudes de droit romain*, Rome, 1990, 539 ss. (corrispondentemente a *De la coercition capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in *Labeo*, XXXIII, 1987, 139 ss.); J. MARTIN, *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes*, XCVIII, 1970, 74; L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum' fino al 300*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 1 ss.; M. HUMBERT, *Le tribunal de la plèbe et le tribunal du peuple. Remarques sur l'histoire de la 'provocatio ad populum'*, in *MEFRA*, C, 1988, 468 ss.

¹⁰ Cfr. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen. Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1969, 28 ss., 36 ss., 48 ss. (v., inoltre, in adesione, B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Freiburg, 1963, 146, 149; C. LOVISI, *La peine de mort au quotidien*, in *La mort au quotidien dans le monde romain*, Paris, 1995, 25 s.); R.-M. RAMPENBERG, *Les limites du pouvoir répressif capital de la haute magistrature de la Loi Valeria de 449 au début du IIIème siècle*, in *Cahiers Glotz*, VI, 1995, 247 ss.; piena persuasività alla tesi di Kunkel è attribuita da R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London - New York, 1996, 10, 43; tendenzialmente in senso conforme, cfr. A.W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968, 12, 24, 92 ss., 106 ss., 161; ID., 'Provocatio'.

4. Le tesi di B. Santalucia e di L. Garofalo: la provocatio ad populum come ricorso contro gli abusi del magistrato

Una rilettura della giustizia penale durante il periodo compreso tra il polo della instaurazione della repubblica (fissato tradizionalmente nel 509 a.C.) e quello della redazione delle XII Tavole (451-450 a.C.) in chiave di opposizione tra *iudicatio* popolare ed esercizio del potere d'imperio della suprema magistratura è stata proposta, in Italia, dal Santalucia¹¹, nonché dal Garofalo¹².

Per il primo, la *provocatio*, sconosciuta come *ius* in epoca regia, con la caduta dei Tarquini, assurge legislativamente – e ciò in conformità a una

From the Struggle of the Orders to the Principate, in ANRW, I.2, 1972, 227 ss.; ID., 'Provocatio' e 'Iudicium Populi' dopo Kunkel, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, 15 ss.

¹¹ Cfr. B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 8 ss., 146 ss., 234 ss. (in corrispondenza di un saggio e due voci enciclopediche già editi, ossia: *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, 235 ss.; *Processo penale [diritto romano]*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 318 ss.; *Pena criminale [diritto romano]*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 734 ss.); ID., *Diritto e processo*, cit., 7 ss., 20 ss., 29 ss., 36 ss., 40 ss., 47 ss.; ID., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 12 ss., 117 ss., 139 ss., 163 ss. (in corrispondenza di quattro saggi già editi, ossia: *Dalla vendetta alla pena*, in *Storia di Roma*, a cura di A. Momigliano e A. Schiavone, I, Torino, 1988, 427 ss.; *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura*, XXXV, 1984, 47 ss.; *Sacertà e processi rivoluzionari plebei: a proposito di un libro recente*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 255 ss.; *Sulla legge decemvirale 'de capite civis'*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 401 ss.); ID., *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 19 ss., 23 s., 25 ss., 30 ss., 39 ss. Cfr., per una connessione stretta tra *provocatio* e *coercitio* magistratuale, L. RODRIGUEZ-ENNES, *Algunas cuestiones en torno a la 'verberatio'*, in *RIDA*, LXIX, 2012, 177 ss.; ID., 'Verberatio' y 'provocatio ad populum', in *Direito romano: poder e direito*, Coimbra, 2013, 811 ss.

¹² Cfr. L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, *passim*; ID., *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, L, 1990, 223 ss. (nonché in *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 1 ss., e in *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 13 ss.); ID., *La competenza a promuovere 'iudicia populi' avverso donne*, in *SDHI*, LII, 1986, 451 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 89 ss.); ID., *In tema di 'provocatio ad populum'*, in *SDHI*, LIII, 1987, 355 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 43 ss.); ID., 'Aediles' e 'iudicia populi', in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988, 45 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 121 ss.); ID., *Ancora sul processo comiziale 'de capite civis' (A proposito di un recente studio)*, in *SDHI*, LIV, 1988, 285 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 167 ss.); ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *SDHI*, LVI, 1990, 366 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 241 ss.); ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana? In margine a una risposta*, in *SDHI*, LVII, 1991, 402 ss. (nonché in *Appunti*, cit., 287 ss.).

tradizione storiografica ritenuta sostanzialmente affidabile – a suprema garanzia civica, di natura eminentemente patrizia, contro gli abusi e gli arbitri dell'esercizio del potere consolare di *coërcitio* esplicantesi come declinazione dell'*imperium*: è solare come, da tali premesse, si neghi – e in modo reciso – la natura di giudizio di secondo grado al processo popolare così radicato¹³. La suprema magistratura della *libera res publica*, derivando il proprio potere da quello (militare) del *rex* etrusco, risulta priva di qualsivoglia potere giurisdizionale (sia al livello di accusa, sia al livello di giudizio), atteso che già sul finire del settimo secolo a.C., in caso di omicidio, si afferma per via di prassi, sulla base di originarie concessioni graziose del monarca, un'autentica sfera di repressione di esclusiva competenza dell'assemblea curiata, dinanzi alla quale viene celebrato un processo di iniziativa dei questori (i cui poteri di istruzione e di promozione dell'accusa tra l'inizio della repubblica e le XII Tavole sarebbero stati estesi agli illeciti capitali anche di indole politica, mentre in seguito ristretti ai crimini comuni). Tale sistema viene in parte confermato e in parte innovato dai decemviri attraverso plurime disposizioni che attribuiscono (sia a patrizi, sia a plebei) il *ius provocationis*: e ciò, tra l'altro, attraverso una norma incriminatrice (filo-patrizia) che vieta ai tribuni della plebe l'uccisione dell'*homo indemnatus* (ossia del cittadino non condannato alla pena di morte a seguito di regolare processo), nonché attraverso la norma (filo-plebea) sulla competenza *de capite civis*, la quale, pur ribadendo l'esclusiva competenza capitale del popolo, determina il passaggio dalle curie alle centurie del potere giudicante.

Il sistema concepito dal Garofalo si presenta, sotto diversi profili, analogo a quello elaborato dal Santalucia, ancorché macroscopiche divergenze di pensiero emergano diffusamente. Lo studioso confida, infatti, nella verisimiglianza delle plurime e singole ipotesi di *provocationes* in età regia; configura la *provocatio* proto-repubblicana come rimedio contro gli abusi del magistrato che minacci il cittadino di messa a morte; ritiene il processo comiziale e quello per *provocatio* coevi; assume che il console in età repubblicana, privato del potere giudiziale capitale, ben difficilmente avrebbe lasciato soltanto ai questori il potere di promuovere l'accusa criminale; sostiene che i questori – magistrati di origine antichissima con funzioni credibilmente già istruttorie e, in principio, di sola designazione regia¹⁴ – dal 509 a.C. al 477

¹³ Cfr. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell' 'imperium' nella repressione penale*, Torino, 1939, 6 ss., 23 ss., 32, 36 s.; cfr., similmente, E.S. STAVELEY, 'Provocatio' during the Fifth and Fourth Centuries B.C., in *Historia*, III, 1956, 414 ss.

¹⁴ Cfr., nello stesso senso, P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', Roma, 1959, 618 ss.; G. GROSSO, 'Provocatio' per la 'perduellio', cit., 218; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, 285; v., altresì, C. VENTURINI, *Sanzione di crimini e principio di*

a.C. sarebbero stati nominati dal popolo, caso per caso, su iniziativa dei consoli con competenza al livello di instaurazione e di istruzione del processo popolare capitale. Ad avviso dell'autore, inoltre, dinanzi alle centurie già prima delle XII Tavole (e su sollecitazione della plebe) si sarebbero svolti alcuni processi; la disposizione decemvirale sul divieto di mettere a morte l'*homo indemnatus* sarebbe rivolta a tutti (magistrati patrizi, cittadini, tribuni, edili); la *provocatio* non solo verrebbe ribadita come *ius* civico (implicandosi la incompetenza magistratuale con riguardo a provvedimenti irroganti sanzioni capitali, laddove la norma *de capite civis*, implicitamente, escluderebbe la competenza delle curie), ma addirittura potenziata, divenendo opponibile non più solo a fronte di provvedimenti consolari, ma anche avverso i tribuni della plebe¹⁵.

5. Le tesi di D. Mantovani e di E. Tassi Scandone: la *provocatio ad populum* e il *iussus populi* come norma incriminatrice

Sul solco della tesi che riconnette il 'cardine del sistema repubblicano', ossia la *provocatio ad populum*, alla *coërcitio*, può essere situato anche il pensiero del Mantovani¹⁶. Secondo lo studioso, infatti, le *res capitales* sarebbero

colpevolezza nell'assetto decemvirale: alcuni rilievi, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, 123 s.

¹⁵ Cfr., quanto alla opponibilità della *provocatio* anche ai tribuni, R. LAMBERTINI, *Aspetti 'positivo' e 'negativo' della 'sacrosancta potestas' dei tribuni della plebe*, in *D@S*, VII, 2008, § 3; P. CERAMI, *Diritto al processo e diritto ad un 'giusto' processo: radici romane di una problematica attuale*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 40 e nt. 21; C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2013, 128 s. e nt. 99; *contra*, cfr. G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano, 1932, 71 s.; R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 496 s.; A. MAGDELAIN, *'Jus'*, cit., 514 (in corrispondenza del saggio *Remarques sur la 'perduellio'*, in *Historia*, XXII, 1973, 405 ss.); E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'*, cit., 216; in senso contrario parrebbe esprimersi pure B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 42.

¹⁶ Cfr. D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, 9 ss.; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXXVIII, 1990, 19 ss.; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, in *Athenaeum*, LXXIX, 1991, 611 ss. (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, 291 s.; per una parziale condivisione, ossia solo sul piano teorico, v. C. VENTURINI, *Pomponio, Cicerone e la 'provocatio'*, in *Nozione, formazione e interpretazione*

condotte illecite previamente qualificate come tali dalle *leges* (o *iussus populi*): con riguardo ad esse, in epoca predecemvirale i questori (in sostituzione dei consoli) e, in età successiva, i pretori (poi coadiuvati da *tresviri* e *iudices*) sarebbero stati investiti di una funzione di ‘giurisdizione’ in senso ampio (*iudicatio*), concretata entro un processo pubblico (di unica istanza) gestito da loro integralmente, a partire dalla fase di promozione dell’azione penale sino alla pronuncia e all’esecuzione della sentenza definitiva. Di contro, in assenza di norme incriminatrici, da un lato il *iudicium populi* a grado unico (ossia, secondo la norma decemvirale *de capite civis*, il giudizio dinanzi al comizio centuriato), ad instaurazione tribunizia, si imporrebbe come sola via per la repressione capitale di illeciti di natura politica (rimanendo esclusi dalla competenza i reati comuni), dall’altro la *provocatio ad populum* (ribadita nel codice decemvirale) si atteggierebbe a vera ‘eccezione di incompetenza’ contro provvedimenti magistratuali capitali (formalmente di coercizione, ma nella sostanza di giurisdizione), non necessariamente declinazioni dell’*imperium* e – per l’appunto – concernenti materie non coperte da una *lex* incriminatrice.

Pur riconnettendo l’originaria *provocatio* (interpretata come autentico ‘appello’ i cui fondamenti monarchici sarebbero di indole schiettamente religiosa) all’esclusivo terreno della *iudicatio de capite civis*, invero, molto mutua dalla ingegnosa ricostruzione proposta dal Mantovani il più recente tentativo di risistemazione della intera materia operato dalla Tassi Scandone¹⁷. Da un lato, la studiosa ipotizza, a fronte dei limiti imposti dalla prima *lex Valeria* del 509 a.C. (ribaditi e intensificati nelle XII Tavole dalle disposizioni in tema di *provocatio* e dal divieto di *interficere l’homo indemnatus*), una generale *iudicatio* bipartita funzionalmente tra magistrati (per materie coperte da *iussus*, ossia da previe norme incriminatrici) e comizi centuriati (per materie estranee alla copertura legislativa); dall’altro, nel pensiero dell’autrice, il ricorso da parte del cittadino alla *provocatio ad populum* presuppone l’esistenza di una norma incriminatrice che attribuisce altresì al magistrato potere giudicante capitale (*ius dicere, animadvertere*), così che le due sfere di esercizio di *iudicatio* risultino, in definitiva, equilibrate e non eterogenee; infine, viene proposta un’audace rilettura della celebre norma decemvirale *de capite civis* non in termini di ‘norma sulla competenza esclusiva del comizio centuriato come giudice criminale’, bensì in termini di ‘norma sulla competenza legislativa esclusiva delle centurie in materia capitale’¹⁸.

del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo, II, Napoli, 1997, 527 ss., 530 e nt. 8).

¹⁷ Cfr. E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’, cit., 39 ss., 61 ss., 105 ss., 153 ss.

¹⁸ Contro il tentativo della studiosa, dunque, di inficiare alla base la tesi dell’esclusiva competenza giudiziale in materia capitale delle centurie dopo le XII Tavole, cfr. C. PELLOSO,

6. *Repressione criminale in Roma arcaica: re, popolo e magistrati come autorità giudicanti*

Una volta illustrate nei precedenti paragrafi le principali posizioni espresse in letteratura, intendo proporre una prima osservazione circa l'assunta competenza unica del popolo romano a far tempo dal 509 a.C. in materia di repressione capitale di illeciti di rilevanza pubblica. Senza soffermarmi 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*¹⁹, il tenore del più antico provvedimento legislativo in materia non sembra formulato affatto nel senso di una riserva, in via esclusiva, ai *comitia* del popolo e, corrispondentemente, di un difetto di potere magistratuale *de capite civis*.

Cicerone²⁰, Valerio Massimo²¹ e Dionigi d'Alicarnasso²², a quanto mi

Sacertà, cit., 123, nt. 93; N. SPADAVECCHIA, *Gli enigmi della 'provocatio ad populum'*, in *Politica antica*, II, 2012, 195 s.; nonché, per ulteriori note critiche, v. N. DE LUCA, *'Praesidium libertatis': le 'leges Valeriae de provocatione'*, in *Index*, XXXVIII, 2008, 89 ss.

¹⁹ Sulla storicità della legge, rimando alle ampie e persuasive argomentazioni di E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'*, cit., 39 ss.; v., inoltre, L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 50 s., 65, 84, 177; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 31. Contro un atteggiamento ipercritico, in generale, v. R. DEVELIN, *'Provocatio' and Plebiscites*, in *Mnemosyne*, XXXI, 1978, 55; L. RODRIGUEZ-ENNES, *La 'provocatio ad populum' como garantia fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 73 ss.; ID., *Nuevas perspectivas en torno a la evolución histórica de la 'provocatio ad populum'*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, XLVI, 1989, 12 ss. Scettici in merito all'autenticità della *lex Valeria* del 509 a.C. sono M. HUMBERT, *Le tribunat de la plèbe*, cit., 433, 457, nonché C. VENTURINI, *Variazioni in tema di 'provocatio ad populum'*, in *Index*, XXXVII, 2009, 79 s.; ID., *Processo penale e società politica*, cit., 80 s.; prestano fede alla norma sulla *provocatio* inclusa nelle XII Tavole, U. BRASIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *Scritti Jovene*, Napoli, 1954, 450; H. SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr, 1952, 45 ss.; considerano come prima *lex* autentica quella del 449 a.C., F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 313; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I.1, Napoli, 1984, 124 s.; P. ZAMORANI, *Plebe genti esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.)*, Milano, 1987, 348 s.

²⁰ Cic. *rep.* 2.31.53: *Publicola legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret* (v., inoltre, Cic. *rep.* 1.40.62, *acad. pr.* 2.5.13). Va precisato che il tratto *'neve verberaret'* si riferisce alla fustigazione non quale sanzione autonoma, ma quale misura accessoria al supplizio capitale: v., per tutti, G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell' 'imperium'*, cit., 16 ss.

²¹ Val. Max. 4.1.1: *legem etiam comitiis centuriatis tulit, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem verberare aut necare vellet*.

²² Dion. Hal. 5.19.4: *ἐάν τις ἄρχων Ῥωμαίων τινὰ ἀποκτείνειν ἢ μαστιγοῦν ἢ ζημιοῦν εἰς χρήματα θέλη, ἐξεῖναι τῷ ιδιώτῃ προκαλεῖσθαι τὴν ἀρχὴν ἐπὶ τὴν τοῦ δήμου κρίσιν, πάσχειν δ'*

risulta dal tenore delle loro esposizioni, sono quanto mai chiari su un punto: la *provocatio ad populum* – secondo la prima *lex* proposta in materia, agli albori della repubblica, da P. Valerio Publicola²³ – non assurge a ricorso, cui il *civis* ha *ius*, contro l'esercizio da parte del console di un potere sanzionatorio a monte inesistente; essa è, tutto al contrario, configurata come rimedio che – se e solo se viene invocato e fatto valere dal cittadino²⁴ – sospende l'efficacia e l'esecutività di un provvedimento capitale – vuoi anche aggravato dalla fustigazione come misura accessoria – emanato dal console in conformità, ed entro i limiti, di una sfera di potere a lui, invero,

ἐν τῷ μεταξὺ χρόνῳ μηδὲν ὑπὸ τῆς ἀρχῆς, ἕως ἄν ὁ δῆμος ὑπὲρ αὐτοῦ ψηφίσεται; Dion. Hal. 5.70.2: τὰς τῶν ὑπάτων γνώμας ἀκύρους ἐποίησε, μὴ τιμωρεῖσθαι Ῥωμαίων τινὰ πρὸ δίκης, ἐπιτρέψας τοῖς ἀγομένοις ἐπὶ τὰς κολάσεις ὑπ' αὐτῶν προκαλεῖσθαι τὴν διάγωσιν ἐπὶ τὸν δῆμον, καὶ τέως ἄν ἡ πλῆθὺς ἐνέγκῃ ψῆφον ὑπὲρ αὐτῶν σώμασί τε καὶ βίοις τὸ ἀσφαλὲς ἔχειν. Lo storico continua in questi termini: τὸν δὲ παρὰ ταῦτά τι ποιεῖν ἐπιχειροῦντα νηποῖνι τεθνήναι κελεύων; ma la notizia ricavata circa l'attribuzione dello *status* di *sacer* al magistrato che non rispetti la *provocatio ad populum* deve ritenersi scarsamente attendibile: v. L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 81, nt. 26 s.; R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 105 s., 476 e nt. 1094; *contra* v. S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 145 e nt. 53; da segnalare che anche Liv. 3.55.4-5, con riguardo alla parte della *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. con cui si vieta la creazione di magistrature *sine provocatione*, attesta la caduta in sacertà del violatore del precetto: v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973, 312 s.; L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 21, nt. 82; R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli, 2005, 67, 111 (cfr., altresì, Cic. *rep.* 2.31.54). Sulla estensione della *provocatio* anche a multe, solo S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 145, ritiene fededegna la versione di Dionigi, laddove secondo la *communis opinio* (v., per tutti, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 167), le multe – per l'esattezza quelle superiori a 30 buoi e 2 pecore, corrispondenti a 3020 assi di *aes signatum* – furono oggetto di *provocatio* solo in epoca posteriore (con le *leges* predecemvirali *Aeternia Tarpeia* e *Menenia Sextia*): cfr. Cic. *rep.* 2.35.60; Paul.-Fest. voce 'Peculatus' (Lindsay 232, 233, 268, 269); Paul.-Fest. voce 'Ovibus duabus' (Lindsay 220); Paul.-Fest. voce 'Maximam multam' (Lindsay 129); Gell. 11.1.3.

²³ Cfr., sulla storicità del personaggio, R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 340 ss., 347 ss.; ID., 'Sodales', 'Gefolgschaften' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.), in 'Societas'-Ius'. 'Munuscula' di allievi a F. Serrao, Napoli, 1999, 125 ss.; ID., *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in ZSS, CXXXI, 2014, 174 s.

²⁴ 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 *coercitio* magistratuale» (C. VENTURINI, *Pomponio*, cit., 549), «non essendo pensabile la rinuncia dell'interessato ad un diritto suscettibile di sottrarlo ad un non lieto destino» (ID., *Variazioni*, cit., 83).

attribuita e implicitamente riconosciuta anche dopo il passaggio dal *regnum* alla *res publica*.

Dionigi, peraltro, risulta – fermi taluni innegabili anacronismi, quale la opponibilità della *provocatio* anche a provvedimenti multatici – ancora più preciso rispetto agli autori latini. Lo storico, oltre a riprodurre il testo della *lex Valeria* del 509 a.C., specifica, confortato in ciò dalla versione dello stesso Plutarco, che quest’ultima legge comiziale, lungi dall’abolire alla radice il potere di sanzione capitale dei supremi magistrati patrizi, semplicemente rese i provvedimenti posti in essere discrezionalmente dai *consules* ‘non definitivi’, ossia ‘controvertibili’, in quanto assoggettabili, a tramite della *provocatio*, ad un’autentica ἔφεσις al popolo riunito con funzioni giudicanti, ossia – secondo la lessicografia greca – ad una ‘traslazione del giudizio’ da un tribunale a un altro²⁵. Inoltre – ‘du côté des juristes’ – Pomponio, nella parte del suo manuale dedicata alla storia delle magistrature per come conservataci dai giustinianeî, conferma che agli inizi della repubblica, una volta *exacti* i *reges*, venne emanata una *lex*, ancorché non qualificata espressamente come *Valeria*²⁶, con cui si stabilì il diritto civico di elevare *provocatio* contro i consoli, di talché questi ultimi non potessero *in caput civis Romani animadvertere* senza che il popolo Romano si fosse prima espresso mediante il suo *iussus* giudiziale incontestabile (*iussus*, ovviamente, suscitato grazie alla istanza del cittadino destinatario della misura repressiva)²⁷.

²⁵ Cfr., altresì, Dion. Hal. 6.58.2, 7.41.1; Plut. *Publ.* 11.3; Plut. *Comp. Sol. Publ.* 2.1. Cfr., paradigmaticamente, Harp. voce ἔφεσις; Diogen. *Paroem.* 4.70.1.

²⁶ Cfr. L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 16, nt. 25; ID., *Appunti*, cit., 65, 84, 270, 298.

²⁷ Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.16: *factum est ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*. Il passo del giurista classico, secondo B. SANTA-LUCIA, *Studi*, cit., 18, riecheggerebbe i termini originali della *lex Valeria* del 509 a.C. (*contra*, cfr. C. VENTURINI, *Pomponio*, cit., 527 ss.; ID., *Variazioni*, cit., 70 s.). Quanto alla struttura sintattica, vero è che mediante la congiunzione ‘neve’ si può introdurre una conseguenza logica (cfr., ad esempio, Liv. 3.55.4-5): Pomponio verrebbe, quindi, a dire che per i consoli non è lecito ‘*in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*’ solo in quanto e solo se è stata efficacemente opposta ‘*ab eis provocatio*’. Invero, neppure Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.23 milita contro la tesi della permanenza *post reges exactos* di un potere capitale dei consoli: *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*. Grazie alla parentetica ‘*ut diximus*’, Pomponio rimanda ai contenuti di D. 1.2.2.16, sicché è lecito concludere nel senso, anche per tale contesto, di una menzione da parte del giurista di un divieto solo relativo. V., inoltre, Lyd. *mag.* 1.26, su cui, *ex plurimis*, J.D. CLOUD, ‘Parricidium’: *from the ‘lex Numae’ to the ‘lex Pompeia de parricidiis’*, in *ZSS*, LXXXVIII, 1971, 19 ss.; ID., *Motivation in Ancient Accounts of the Early History of the Quaestorship and its Consequences for Modern Historiography*, in *Chiron*, XXXIII, 2003, 99 ss.; C. VENTURINI, *Pomponio*, cit.,

In altre parole, secondo l'unanime ricostruzione degli autori antichi – oratori, storici, giuristi –, nel primo anno di *libera res publica* non viene previsto legislativamente il divieto assoluto di fustigare e mettere a morte (*verberare* e *necare*), con conseguente annichilimento di un corrispondente potere della suprema magistratura, bensì si scolpisce il più limitato e relativo divieto di proseguire nell'esecuzione suprema a seguito dell'esercizio da parte del cittadino, destinatario della misura sanzionatoria di fonte magistratuale, del *ius* di *provocare*. Tale lettura delle fonti è, peraltro, corroborata da talune debolezze che connotano la tesi avversa che nega, già a far tempo dai primordi dell'era repubblicana, qualsivoglia potere di carattere giudiziale in ambito criminale in capo alla suprema magistratura patrizia, titolare di un potere direttamente derivato da quello regio e, quindi, esercitato in continuità con l'ultima fase della monarchia, durante la quale si sarebbe posta «accanto alla giurisdizione del popolo, la *coërcitio* del re»²⁸. Se, da un lato, è da seguire la corrente di pensiero che tende a valorizzare le non poche fonti comprovanti, già per l'età regia, taluni episodi di esercizio da parte dei comizi curiati della *iudicatio* criminale (pur in forme verisimilmente

532 s.; J. CAIMI, *Burocrazia e diritto nel 'De magistratibus' di Giovanni Lido*, Milano, 1984, 160 ss.; G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati. Le origini della repubblica nei frammenti della storia romana*, Milano, 2005, 40, nt. 8.

²⁸ Così, recisamente, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 23; più sfumata, ma comunque analoga, la posizione di L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 174 s. Cfr., sul potere giudicante consolare di derivazione regia, D. 1.2.2.16; v., inoltre, Pol. 6.11.12; 6.12.9; Cic. *rep.* 2.32.56; Dion. Hal. 4.76.1, 4.84.5, 5.1.2, 7.35.5, 10.1; Liv. 2.1.7, 8.32.3; Val. Max. 4.1.1; sul punto, cfr. A. BERNARDI, *Dagli ausiliari del 'rex' ai magistrati della repubblica*, in *Athenaeum*, XXX, 1952, 3 ss.; A. GIOVANNINI, *Il passaggio dalle istituzioni monarchiche alle istituzioni repubblicane*, in *Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e repubblica: in memoria di F. Castagnoli*, a cura di M.A. Levi, Roma, 1993, 75 ss.; v., inoltre, K. GIRARDET, *Die Entmachtung des Konsulates im Übergang von der Republik zur Monarchie und die Rechtsgrundlagen des augusteischen Prinzipats*, in *'Pratum Saraviense': Festschrift für P. Steinmetz*, hrsgg. W. Görler und S. Koster, Stuttgart, 1990, 89 ss.; G. URSO, *The origin of consulship in Cassius Dio's Roman History*, in *Consuls and 'Res Publica'. Holding High Office in Roman Republic*, edited by H. Beck, A. Duplò, M. Jehne, F. Pina Polo, Oxford, 2011, 47. A sostegno della competenza della suprema magistratura patrizia a 'giudicare' in ambito criminale durante la più antica fase repubblicana non è invece invocabile l'impiego della designazione *iudices* in alternativa a *consules* e *praetores*: vero è, infatti, che solo in epoca più tarda tale sostantivo si afferma, in connessione al potere di *iudicare alicui*, ossia di accusare (Liv. 26.3.8, 43.16.11; cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 49, nt. 8), per indicare i consoli (cfr. Cic. *leg.* 3.3.8; Varro *l.l.* 6.88; Liv. 3.55; Gell. 11.18.8; Plin. *nat. hist.* 18.3.12; Non. voce '*consulum et praetorum*' [Lindsay 23]; Paul.-Fest. voce '*Porta praetoria*' [Lindsay 249]): sul punto, v., ampiamente, G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati*, cit., 20 ss.; cfr., inoltre, C. PELLOSO, '*Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di 'Tab.' 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 62 ss.

solo embrionali) per concessione graziosa del re²⁹, dall'altro, nulla nei testi mi pare idoneo a dimostrare il graduale affermarsi di una 'consuetudine' consistente nel riservare regolarmente al popolo la competenza di decidere *de capite civis*, con corrispondente e contestuale abrogazione, *rebus ipsis et factis*, di siffatto potere in capo al *rex* e, per il console, originaria inesistenza dello stesso.

Anzitutto, in tal senso non sembra così determinante il dato archeologico della pavimentazione pre-repubblicana, ai piedi dell'arce capitolina, di uno spazio destinato a riunioni del popolo: e ciò in quanto tale dato, a parte segnalare la arcaicità di possibili riunioni di tal fatta, nulla dice di preciso circa supposte generali funzioni – di carattere deliberativo – esercitabili originariamente dalle curie (ovvero dal popolo in ordine sparso) presso il Comizio³⁰. Né, del resto, è così pacifico che la celeberrima sigla calendariale

²⁹ Per un 'processo popolare' instaurato a seguito di *provocatio* (contro pronuncia regia o duumvirale), v. Cic. *rep.* 1.40.62, 2.31.54; Cic. *Tusc.* 4.1.1; Sen. *ep.* 108.31; Liv. 1.26.6-8; Schol. Bob. 64 (Hildebrandt); Val. Max. 8.1 *absol.* 1; Fest. voce '*Sororium tigillum*' (Lindsay 380); Auct. *vir. ill.* 4; per un processo popolare instaurato addirittura in assenza di *provocatio*, cfr. Cic. *Mil.* 3.7; Val. Max. 6.3.6; Dion. Hal. 3.22.3-6, 4.4.7, 4.5.3, 4.84.2-3, 5.4.1-3; Zon. 7.6; Enn. *ann.* 131 ss. (*amplius*, cfr. L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 45 ss., 81, 173 ss. e nt. 23 ss.; E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 36 ss.; v., inoltre, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 29 ss., 151 s.; ID., *Altri studi*, cit., 20 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 25 s., 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*: cfr., nel primo senso, F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 204 e nt. 4, nonché L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 85, nt. 32, 128, nt. 36, 176, nt. 34; più dubbioso, invece, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 27 e nt. 61, che non specifica affatto l'esatto ruolo che, in ambito di repressione delle *res capitales*, il popolo avrebbe giocato e il re etrusco avrebbe disatteso.

³⁰ Cfr., per i problemi topografici, strutturali, cronologici, con differenti visioni sul punto, P. CARAFA, *Il Comizio di Roma dalle origini all'età di Augusto*, Roma, 1997, 75 ss., 84, 96 ss., 114, 120; ID., *I contesti archeologici dell'età romulea e della prima età regia*, in *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città*, a cura di A. Carandini e R. Cappelli, Milano, 2000, 69; P. CARAFA, *Il Volcanal e il Comizio*, in *Workshop di Archeologia Classica*, II, 2005, 139 s.; F. COARELLI, voce '*Comitium*', in '*Lexicon Topographicum urbis Romae*', I, Roma, 1999, 309 ss.; ID., *Il Comizio dalle origini alla fine della Repubblica*, in *PdP*, XXXII, 1977, 166 ss.; ID., *Il Foro Romano*, I, Roma, 1983, 119 ss.; C. AMPOLO, *Il problema delle origini di Roma rivisitato: concordismo, ipertradizionalismo acritico, contesti*, I, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, V.1, 2013, 262 ss.; M. HUMM, *Le 'Comitium' du 'Forum' Romain et la réforme des tribus d'Appius Claudius Caecus*, in *MEFRA*, CXI, 1999, 625 ss.; ID., *Il Comizio del Foro e le istituzioni della repubblica romana*, in *La città com'era, com'è e come la vorremmo. Atti dell'Osservatorio Permanente sull'Antico*, a cura di E. Corti, Firenze, 2014, 69 ss.; ID., *Espaces comitiaux et contraintes augurales à Rome pendant la*

Q.R.C.F. (*quando rex comitiavit fas*) rimandi – come invece si è sostenuto sulla scorta della *lectio facilior* dei codici seriori del *de lingua Latina* di Varrone (6.31) – ad un’assemblea comiziale fatta convocare dal re con scopi di giurisdizione criminale dopo il compimento di un sacrificio³¹: pur facendo propria tale *lectio*, infatti, ben Varrone può aver interpretato l’acronimo in questione come allusivo della ‘formula rituale’ (*ius*) che il re (nella sua veste di sacerdote, ossia come *rex sacrorum*) deve ‘pronunciare solennemente’ (*dicare*) nei pressi del sito del Comizio (e non dinanzi l’adunanza comiziale: *ad Comitium*), in contesto sacrificale (e non dopo il sacrificio: *sacrificio*)³².

période républicaine, in *Ktéma*, XXXIX, 2014, 315 ss. Per una differenziazione tra *contio* e *comitia*, v., per tutti, W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies. From their Origin to the End of the Republic*, New York, 1909, 139 ss.

³¹ Cfr., sulla sigla, da ultimi, M. FIORENTINI, *La città, i re e il diritto*, in *La leggenda di Roma*, a cura di A. Carandini, III, *La Costituzione*, Torino, 2011, 291; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei ‘comitia’*, Torino, 2012, 262, 335 ss.; E. BIANCHI, *Il ‘rex sacrorum’ a Roma e nell’Italia antica*, Milano, 2010, 201 ss. A fronte della *lectio facilior* di Varr. *l.L.* 6.31, in virtù del codice LI, 5 (*‘eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe’*), secondo il Blumenthal, il passo, nel tratto che qui più interessa, correrebbe così: *rex <ex> sacrificio ius dic<eb>at. Ex sacrificio* sarebbe un complemento di tempo, di cui il copista del manoscritto, per aplografia, avrebbe omesso la preposizione, mentre il verbo impiegato dovrebbe spiegarsi come imperfetto indicativo di *dicere* e non di *dicare* (cfr. A. VON BLUMENTHAL, *Zum römischen Religion der archaischen Zeit*, in *Rhein. Mus.*, LXXXVII, 1938, 271 ss.; analogamente, v. B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 15 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 26 ss., che, tuttavia, ritiene *dicat* congiuntivo presente di *dicere*; cfr., inoltre, R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell’‘actio’*, in *AUPA*, XLI, 1991, 296 ss., 300 ss.; M. FIORENTINI, *La città, i re e il diritto*, cit., 304). Anche a non voler aderire ad altre – comunque problematiche e poco fidanti (cfr. P. CIPRIANO, *‘Fas’ e ‘nefas’*, Roma, 1978, 116 ss.) – letture di Varr. *l.L.* 6.31 (*sacrificiulus dicat / sacrificulus dicat* in luogo di *sacrificio ius*: e ciò sulla base dell’*editio princeps* di Pomponio Leto e di F^v, manoscritto monachense di Petrus Victorius e Iacobus Diacetus: cfr. G. GOETZ - F. SCHOELL, *‘M. Terentii Varronis de lingua Latina quae supersunt’*, Leipzig, 1910, *a.l.*), già solo per l’eccesso di correzioni richieste, ritengo poco plausibile che il *comitiare* indicasse, in origine, la condotta da parte del *rex* consistente non solo nel ‘tenere un comizio’, bensì anche nel presiedere un comizio per la celebrazione di un ‘processo criminale’ (*ius dicere*): tale tesi presuppone sia l’aggiunta di *<ex>* prima di *sacrificio* e di *<eb>* tra *dic* e *at*, sia il singolarissimo impiego, trovando esso conforto solo in Cic. *Brut.* 318, di *ex* con l’ablativo per esprimere l’idea della posteriorità.

³² Ove si aderisse alla tesi avversata nel testo, sarebbe giocoforza ritenere che il comizio con funzione di *iudicium populi* avesse luogo in tempo nefasto. Di poi, se si compara l’acronimo *Q.R.C.F.* con l’altra sigla calendariale *Q.St.D.F.* (*‘quando stercus delatum fas ab eo appellatus quod eo die ex Aede Vestae stercus everritur’*), si evince che *dicat* (come *everritur*) non è congiuntivo presente di *dicere*, ma indicativo presente di *dicare*; *ius*, quale oggetto del *dicare* (come *stercus* è oggetto del *deferre/everrere* da parte delle Vestali), riferendosi Varrone direttamente alla figura del *rex sacrorum* (come fanno Festo e Paolo Diacono), non può richiamare la ‘giurisdizione criminale regia’, ma verisimilmente qualche ‘formula rituale’

In secondo luogo, non va taciuto che, entro una mole variegata di dati tra loro concordanti e tendenzialmente univoci³³, la percezione romana – nella tarda repubblica e nel principato – del *rex* primitivo con riguardo al momento della creazione e dell'applicazione del diritto appare nitida. A tal riguardo, il supremo magistrato monocratico dell'età primitiva viene descritto da Pomponio come il titolare di una *manus* (o *potestas*) indistinta e generalissima, esercente una *gubernatio* rivolta ad *omnia*, di talché, in questa prospettiva, ogni eventuale giudizio popolare non potrebbe che intendersi, in età regia, che come singola graziosa concessione³⁴. Nel *de re publica* di Cicerone, inoltre, il *rex*, da una parte, è elevato a custode stesso della *interpretatio* del *ius*; dall'altra, 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 diritto privato, quanto per fattispecie di natura pubblica, è il solo legittimato a '*iura dare*'³⁵. Per di più, se durante la monarchia etrusca pare riscontrarsi il consolidamento di una prassi consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi ausiliari del controllo della fase introduttiva e di impostazione delle liti private³⁶, 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, per primo, permette ai *patres* di pronunciarsi, in qualità di giudici, su pretese di indole privata, tuttavia continuando egli a riservarsi la cognizione relativa a tutti gli illeciti di indole pubblica³⁷.

(v., tra i linguisti, G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Atti del Congresso di Diritto Romano [Bologna e Roma, 17-27 Aprile 1933]*, Pavia, 1935, 23 ss.; E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 367 ss.). Va segnalato, infine, che il sostantivo *Comitium* al singolare viene impiegato molto probabilmente in senso toponomastico e non come allusivo dell'assemblea, come è invece per *comitia* (Paul.-Fest. voce '*Comitium*' [Lindsay 38]; Varr. *l.l.* 5.155; v. F. GRELLE, voce '*Comitia*', in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 602; cfr., inoltre, la voce '*Comitium*', in *T.L.L.*, III, Lipsiae, 1906-1912, 1802).

³³ Sulla *iudicatio regia*, a titolo di esempio, con propensione a prestare fede alle notizie evincibili dalle fonti, cfr. M. KASER, *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 35 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 72 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 160.

³⁴ Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.1; Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.14.

³⁵ Cic. *rep.* 5.2.3; Liv. 1.8.1, 1.41.4-5, 30.32.2; Hor. *carmin.* 3.43; Virg. *Aen.* 1.507, 5.758, 7.246; Virg. *georg.* 2.93; Prop. 3.11.46, 4.11.18; Ov. *Fasti* 2.492, 3.62; Ov. *metam.* 14.805, 14.823, 15.597; Phaedr. 4.13.8.

³⁶ Cic. *rep.* 2.21.38; Liv. 1.41.4-5.

³⁷ Dion. Hal. 4.25.2, 4.36.2, 10.1.2. Su tutto ciò, v., *amplius*, C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*', cit., 97 ss., nt. 64 ss. Ovviamente tale esclusività non è contraria a che il *rex*, quale

Infine, va enfatizzato, tra i plurimi dati qui rilevanti, quello relativo al primigenio caso di *provocatio ad populum* che le fonti attestano per l'epoca regia³⁸. Essa si rivolge, infatti, contro l'atto, posto in essere dagli au-

giudice unico e supremo, si potesse avvalere, in ambito criminale, anche di 'collaboratori' (cfr., per tutti, A. GIOVANNINI, *Les origines des magistratures romaines*, in *Mus. Helv.*, XLI, 1984, 21 ss.), come – ad esempio – i *quaestores* in materia di repressione dell'omicidio: cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 21 s.; L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 71 ss.; R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 387 s.; R. STEWART, *Public Office in Early Rome*, Ann Arbor, 1998, 29 s., 69 s.; A. LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford, 1999, 133 ss.; J.D. CLOUD, *Motivation in Ancient Accounts of the Early History of the Quaestorship*, cit., 99 ss.; V. DEMENTYEVA, *The Functions of the Quaestors of Archaic Rome in Criminal Justice*, in *D@S*, VIII, 2009; P. KOŁODKO, *The Genesis of the Quaestorship in the Ancient Rome. Some Remarks*, in *LR*, III, 2014, 269 ss.

³⁸ Liv. 1.26.5 ss.: *tamen raptus in ius ad regem. Rex ne ipse tam tristis ingratiq[ue] ad vulgus iudicii ac secundum iudicium supplicii auctor esset, concilio populi advocato 'Duumviro' inquit, 'qui Horatio perduellionem iudicent secundum legem facio'. Lex horrendi carminis erat: 'Duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium'. Hac lege duumviri creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex iis 'Publi Horati, tibi perduellionem iudico' inquit. 'I, lictor, colliga manus'. Accesserat lictor iniciabatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, 'Provoco' inquit. Itaque provocatione certatum ad populum est ... Non tulit populus nec patris lacrimas nec ipsius parem in omni periculo animum, absolveruntque admiratione magis virtutis quam iure causae* (v., altresì, Auct. *vir. ill.* 4; cfr., inoltre, Cic. *rep.* 2.31.54; Cic. *Tusc.* 4.1.1; Sen. *ep.* 108.31). La tradizione attestata in Livio non è univoca e concorre con quella del processo comiziale per *perduellio* e con quella del processo duumvirale per *parricidium* (v., da una parte, Cic. *Mil.* 3.7; Schol. Bob. 64 [Hildebrandt]; Val. Max. 6.3.6, 8.1 *absol.* 1; Zon. 7.6; dall'altra, Fest. voce 'Sororium tigillum' [Lindsay 380], in una con Flor. 1.1.3.7). Per la inautenticità, cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 918, nt. 1; C.H. BRECHT, 'Perduellio'. *Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung zum römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München, 1938, 131, 149, 189; W. KUNKEL, *Untersuchungen*, cit., 22, nt. 50, 43, nt. 102; A. MAGDELAIN, 'Jus', cit., 502, 508, 559, 568 (v., altresì, Id., 'Jus', cit., 559, 568 [in corrispondenza del saggio 'Provocatio ad populum', in *Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias*, Madrid, 1988, 407 ss.]); nonché J.D. CLOUD, *The Origin of 'provocatio'*, cit., 27; F. BELLINI, 'Delicta' e 'crimina' nel sistema *quiritario*, Padova, 2012, 113. Sulla verisimiglianza della narrazione liviana, v. B. LIOU-GIL-LE, *La 'perduellio': les procès d'Horace et de Rabirius*, in *Latomus*, LIII.1, 1994, 6. V., inoltre, G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di 'provocatio ad populum'*, in *SDHI*, XXIX, 1963, 290; A. WATSON, *La mort d'Horatia et le droit pénal archaïque à Rome*, in *RHD*, LVII, 1979, 5 ss.; Id., *The Death of Horatia*, in *CQ*, XXIX, 1979, 436 ss.; G. GROSSO, 'Provocatio' per la 'perduellio', cit., 213 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 8, nt. 3 s.; D. BRIQUEL, *Sur le mode d'exécution en cas de parricide et en cas de 'perduellio'*, in *MEFRA*, XCII, 1980, 97 e nt. 44; C. VENTURINI, *Per una riconsiderazione della 'provocatio ad populum'. A proposito della 'lex Valeria' del 300 a.C.*, in *Index*, XXXVI, 2008, 355, nt. 40; sul punto, v., inoltre, J.P. BRISSON, *Mythe, histoire et droit dans le procès d'Horace (Tite Live, 1.26)*, in *Hommages à H. Bardon*, Bruxelles, 1985, 55 ss. Sulla eccezionalità del giudizio popolare in età regia – a

siliari regi detti *duumviri*, di *iudicatio*, ossia di solenne proclamazione del crimine – connotato, data la sua concreta estrinsecazione, dalla notorietà – di *perduellio*, figura variamente interpretata in letteratura come ipotesi di ‘alto tradimento’, di ‘sovvertimento dell’ordine interno costituito’, di ‘atto di guerra in tempo e in luogo di pace’³⁹: il *princeps Horatius* – di ritorno in patria vittorioso contro i campioni di Alba Longa – si imbatte *ante portam Capenam* nella propria sorella; quest’ultima, ritenuta rea di piangere la morte di un avversario, viene colpita fatalmente dall’Orazio che per tale *caedes manifesta* (quale *atrox facinus* considerato lesivo di interessi super-individuali e super-gentilizi)⁴⁰ viene dedotto dinanzi al tribunale di Tullo Ostilio; il *rex* promuove – in luogo di un suo giudizio – il ‘misterioso’ procedimento duumvirale, consistente nella solenne proclamazione, da parte di due ausiliari regii nominati per l’occasione, della *perduellio*⁴¹; indi l’Orazio, così *i-*

mente dell’episodio dell’Orazio – si sofferma persuasivamente U. COLI, ‘*Regnum*’, in *SDHI*, XVII, 1951, 126.

³⁹ Sul crimine di *perduellio* e sulle forme della sua persecuzione (con non univoca interpretazione in letteratura), cfr. – *ex plurimis* – P. DE FRANCISCI, ‘*Primordia civitatis*’, cit., 276; U. BRASIELLO, voce ‘*Crimina*’, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 2; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 10; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2012, 262 s.; W. BLAKE TYRRELL, ‘*The Duumviri in the Trial of Horatius, Manlius and Rabirius*’, in *ZSS*, XCI, 1974, 107 ss., 122 ss.; G. SABBATINI, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino, 2012, 217; D. BRIQUEL, *Sur le mode d’exécution en cas de parricide et en cas de ‘perduellio’*, cit., 97 ss.; ID., *Formes de mise à mort dans la Rome primitive. Quelques remarques sur une approche comparative du problème*, in *Du châtement dans la Cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984, 225 ss.; G. GROSSO, ‘*Provocatio*’ per la ‘*perduellio*’, cit., 213 ss.; A. MAGDELAIN, ‘*Jus*’, cit., 499 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 11, 78, 152 ss. e ntt. 23 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 14, 22 ss., 54, 76, 78.

⁴⁰ Cfr., sul punto, Y. THOMAS, ‘*Parricidium*’. I. *Le père, la famille et la cité* (La ‘*lex Pompeia*’ et le système des poursuites publiques), in *MEFRA*, XCIII, 1981, 685.

⁴¹ Alcuni hanno ritenuto l’episodio narrato da Livio nel senso di una benigna ed eccezionale sussunzione regia della fattispecie concreta nella figura della *perduellio*, invece che in quella ordinaria dell’omicidio, così da rendere praticabile la via, altrimenti non tale, della *provocatio* (cfr. G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di ‘provocatio ad populum’*, cit., 290 s., sulla scorta di C.H. BRECHT, ‘*Perduellio*’, cit., 125 ss., 133 ss., 139 ss., 148 ss., nonché di T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 528, nt. 1; v., inoltre, similmente, E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’, cit., 120, 129 ss., 143 s., 149 ss.). Altri hanno considerato la *perduellio* un capo di accusa invocabile contro l’Orazio a seguito dell’assoluzione a diverso titolo, ossia ‘sorricidio’, per il medesimo fatto (cfr. R.A. BAUMAN, *The ‘duumviri’ in the Roman criminal law and in the Horatius legend*, in *Historia*, XII, 1969, 1 ss.). In verità, la tesi dell’integrazione *prima facie* dell’omicidio e, quindi, della applicabilità della *lex Numae* non ritengo sia seguibile a fronte della nozione di *liber* sostenuta, anzitutto, da L. GAROFALO, *L’uomo liber della ‘lex Numae’ sull’omicidio volontario*, in ‘*Philia*’. *Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. d’Ippolito, II, Napoli, 2007, 1031 ss. (nonché in *Piccoli scritti di diritto penale*

dicatus in conformità al tenore rigorosissimo e implacabile della legge regia rilevante nel caso di specie (*lex*, per l'appunto, *horrendi carminis*)⁴², solo in virtù di una clemente interpretazione, di cui il *rex* stesso si rende autore, idonea a superare il testo delle disposizioni applicabili, *'provocat'*⁴³; il popo-

romano, Padova, 2008, 5 ss.): se *homo liber* è l'essere umano direttamente appartenente al popolo-esercito, allora tale non era la sorella dell'Orazio, di talchè la fattispecie di illecito emergente dalla disposizione numana non risulta integrata nel caso particolare. Vero è, comunque, che la stessa integrazione degli estremi della *perduellio* da parte dell'Orazio con il flagrante cagionamento della morte della sorella non è, comunque, pianamente e immediatamente intelligibile. Alcuni hanno inteso l'uccisione perpetrata da Orazio già di per sé come lesiva della intera *civitas*, in quanto o usurpazione delle prerogative di un *pater* (cfr. A. WATSON, *The Death of Horatia*, cit., 436 ss.) o usurpazione del potere regio stesso (cfr. W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844, 467; R.M. OGILVIE, *Commentary on Livy. Books 1-5*, Oxford, 1965, 114 s.; J.E. GAUGHAN, *Murder was not a Crime. Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin, 2010, 13; A. GIOVANNINI, *Les origines des magistratures romaines*, cit., 21 ss.). Altri, considerando il *locus commissi criminis* come 'spazio pomeriale', hanno ritenuto Orazio «coupable de traiter sa soeur en ennemi public, en *hostis*, alors que la paix a été arrêtée entre les deux villes» (B. LIOU-GILLE, *La 'perduellio'*, cit., 27; v., analogamente, O. KARLOWA, *'Intra pomoerium' und 'extra pomoerium'*, in *Festgabe F. von Baden*, Heidelberg, 1896, 63 ss., 68; per una connotazione di tipo militare della trasgressione imputabile all'Orazio, v. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I^o, Leipzig, 1907, 257, nt. 159; E.T. MERRILL, *Some Remarks on Cases of Treason in the Roman Commonwealth*, in *CPh*, XIII, 1918, 34).

⁴² Sui problemi riguardanti il momento della emanazione della *lex horrendi carminis* (prima o in occasione del caso occorso all'Orazio?), sulla sua efficacia (particolare o generale?), nonché sulla sua natura (concernente anche la nomina dei duumviri o solo la *iudicatio*?), v., ampiamente, C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., 139 ss.

⁴³ Secondo B. SANTALUCIA, *Osservazioni sui 'duumviri perduellionis' e sul procedimento duumvirale*, in *Du châtement dans la Cité*, cit., 439 ss. (nonché in ID., *Studi*, cit., 35 ss.) esiste una distinzione tra *perduellio* flagrante e non flagrante, l'una forma di reato essendo repressa mediante il procedimento duumvirale (autoritario, sommario e non gravabile), l'altra mediante ordinario giudizio comiziale (ID., *Studi*, cit., 11, 48, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 14, 22 ss., 54, 76, 78; cfr., conformemente, sulla natura del processo duumvirale, C. VENTURINI, *Variazioni*, cit., 78 e nt. 33). A fronte di ciò, lo studioso assume che il riferimento alla *provocatio ad populum a duumviris* nella *'lex horrendi carminis'* sia una aggiunta posteriore (laddove C.H. BRECHT, *'Perduellio'*, cit., 139 ss., riteneva il blocco di disposizioni – ancorché innestato con falsificazione dall'annalistica nel racconto dell'Orazio – nel suo complesso veridico); aggiunta che poco si armonizzerebbe, da un lato, con la contestuale graziosa concessione regia di cui Livio discorre, dall'altro, coi silenzi emergenti da diverse fonti (Cic. *Rab. perd.* 13; Cic. *rep.* 2.31.54) e che, per l'appunto, indurrebbe a concludere per un esito procedimentale *apud duumviros* non ulteriormente controvertibile (per la definitività della pronuncia duumvirale in forza della *lex horrendi carminis*, v. J. BLEICKEN, *Ursprung*, cit., 333 ss.; W. KUNKEL, *Untersuchungen*, cit., 22 e nt. 51; W. BLAKE TYRRELL, *The Duumviri*, cit., 107 ss.; B. LIOU-GILLE, *La 'perduellio'*, cit., 11 ss.). Tale spiegazione della compresenza nella narrazione liviana, da un lato, del riferimento alla *provocatio* nella *lex regia* e, dall'altro, della

lo, presso il quale si svolge la *certatio* processuale tra *iudicatus* e magistrati, infine, assolve definitivamente l'eroe di guerra.

A mente di tutti questi dati, insomma, nulla pare escludere che i consoli abbiano mutuato dal *rex* generali poteri tanto 'inquirenti'⁴⁴ quanto 'giudicanti' anche *de capite civis*⁴⁵. Quindi, si appalesano sia l'erroneità per eccesso della

interpretatio benigna del *rex* a fondamento dell'attivazione da parte dell'Orazio della *provocatio ad populum*, non credo essere appagante: non vedo, infatti, la necessità di ritenere non autentico in parte (ossia con limitato riguardo alla clausola di previsione della *provocatio* stessa) il tenore della *lex horrendi carminis* (v. C.H. BRECHT, 'Perduellio', cit., 139 ss., 143 ss., il quale, sostenendo l'autenticità della legge 'tout court', considera il riferimento alla *interpretatio* del *rex* e alla sua clemenza inappropriato e segnale della falsificazione annalistica: se la legge fosse da ritenere emanata prima del caso dell'Orazio, non vi sarebbe alcun autentico intervento grazioso regio; se la legge fosse da ritenere emanata in occasione del processo all'Orazio, non vi sarebbe alcuna interpretazione). A ben vedere, infatti, l'esatta menzione, nel citato testo legislativo, non è di una '*provocatio* al popolo', bensì di una '*provocatio* senz'altro' dalla pronuncia solenne dei *dummviri*. Ergo, il richiamo da parte di Livio alla clemenza interpretativa e alla autorità di Tullo Ostilio (*auctore ... clemente interprete*) – tutt'altro che impreciso o inopportuno – mi pare suscettibile di essere letto come allusivo di una 'interpretazione innovativa e integrativa' del testo della legge (già in vigore prima del caso di specie) nel tratto già consacrate la *provocatio* (applicabile in ipotesi di 'fatto certo' sussumibile già di per sé nel tipo della *perduellio*) in riferimento al *verbum* '*provocare*'. Quest'ultimo, insomma, slitterebbe per la prima volta (cfr. Liv. 8.83.3; Cic. *Mil.* 3.6), anche semanticamente, verso l'istituto implicante la instaurazione del giudizio dinanzi al popolo, da una primitiva e, ad ora, non esattamente perimetrata accezione (cfr., per '*provocare*' nel senso di 'sfidare' a duello ordalico i *dummviri*, G. GROSSO, '*Provocatio*' per la '*perduellio*', cit., 213 ss.; per l'originaria valenza di 'sfidare' del verbo in questione, cfr. J.D. CLOUD, *The Origin of 'provocatio'*, cit., 31 ss.). Se, in altre parole, si ritiene autentico il riferimento alla *provocatio* nella legge applicata da Tullo Ostilio e, al contempo, si ritiene verosimile il benigno intervento interpretativo del re ai fini della promozione di un giudizio popolare, allora sia ne consegue che la legge in parola non può essere una disposizione particolare emanata per l'occasione e introduttiva di una procedura tutta nuova (in questi termini, v. C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort*, cit., 269), sia non è necessario vedere nell'*auctoritas* del re vuoi un intervento processuale *ad adiuvandum* (cfr. A. WATSON, *The Death of Horatia*, cit., 442), vuoi uno strumento attraverso cui si radica la *certatio* dinanzi al popolo (cfr. A. PESCH, '*De perduellione, crimine maiestatis et memoria damnata*', Aachen, 1995, 88). Sulla questione della provocabilità della *iudicatio* duumvirale cfr., con altre argomentazioni, R. PESARESI, *Studi*, cit., 168, nt. 132.

⁴⁴ Cfr. Plut. *Publ.* 3-7; Zon. 7.12 (ma v., altresì, Liv. 2.5.5-8; Dion. Hal. 5.8-13; Val. Max. 5.8.1); Dion. Hal. 5.57.2-4 (su cui cfr. C. MAYNZ, *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*, Paris, 1882, 572, nt. 3, 585, nt. 12); Cassiod. *var.* 6.

⁴⁵ V. Cic. *rep.* 1.40.62, 2.31.53; 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; Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.16; cfr., inoltre, Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15. A contraddizione della tesi che riconnette la *provocatio ad populum* al solo terreno della *coercitio* magistratuale (tesi avversata radicalmente in tempi recenti da E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 113 s., 118 s.), vanno ricordati anche Cic. *rep.* 2.31.54 e Liv. 3.33.10.

tesi che ascrive ai comizi, con riguardo a crimini capitali, una competenza giudiziale esclusiva sin dai primordi dell'era repubblicana, sia l'erroneità per difetto della tesi che circoscrive il potere giudicante dei magistrati ai reati di indole non politica. Siffatti poteri, tuttavia, vengono *de iure* compresi inesorabilmente – alle soglie della *libera res publica Romanorum* – 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 – in capo ai supremi magistrati patrizi, solo il potere coercitivo (non capitale), come quello cautelare, rimangono *in toto* autonomi, ossia esenti da controllo popolare *ex post*⁴⁶.

7. La provocatio ad populum contro atti magistratuali di coërcitio

In età proto-repubblicana, la *provocatio* né si impone come il fondamento di ogni processo popolare (ben potendo il console o rimettere direttamente egli stesso la causa ai comizi o designare *ad hoc* un questore per l'istruzione e la conduzione del processo *apud populum*)⁴⁷, né è

⁴⁶ Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.16: *solum relictum est illis, ut coërcere possent et in vincula publica duci iuberent*. Pomponio, quindi, neppure nella parte finale del celebre frammento, supporta l'inesistenza originaria di un potere giudicante *de capite civis* in capo ai consoli e, di conseguenza, l'esistenza dell'esclusivo potere di *coërcitio* e di imposizione del *vinculum publicum* (*contra*, cfr. L. ALMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. I re, la città*, Napoli, 1985, 93 s.; B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 137; ID., *Diritto e processo*, cit., 31; v., inoltre, L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 77 ss.): il periodo in questione, invero, pare precisare quanto subito poco prima scritto dal giurista, ossia che a seguito (e solo a seguito) dell'invocazione della *provocatio*, i consoli non possono senza *iussus* del popolo *animadvertere in caput civis*.

⁴⁷ Cfr. Tac. *ann.* 11.22.4 (diretta designazione consolare dei questori); D. 1.2.2.23 (costituzione popolare dei questori): sulla conciliabilità delle due fonti, v. L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 71 ss.; ID., *Il processo edilizio*, cit., 20 s. (ma, come mette in luce D. MANTOVANI, *Il pretore*, cit., 32, nt. 46, tale soluzione implica di necessità che il popolo si pronunci due volte con riguardo alla medesima *res capitalis*, a prescindere dalla gravità del reato). Inoltre, v. Calp. Pis. *ann. fr.* 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 Volscio Fittore per falsa testimonianza). Sul potere questorio di emanare sentenza in ambito criminale, v. D. MANTOVANI, *Il pretore*, cit., 33; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, cit., 616, nt. 26; *contra*, v. L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 241 ss.; v., inoltre, C. PELLOSO, 'Provocatio ad populum' e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro, in *SDHI*, LXXXII, 2016, nt. 57 (in corso di pubblicazione).

tesa a paralizzare esclusivamente atti di natura giudiziale del magistrato.

Se il primo punto può ritenersi oggi pressoché incontrovertito⁴⁸, quanto al secondo profilo, meritano di essere rammentati – in quanto recentemente letti nel senso di una conferma della ‘provocabilità’ dei soli atti giudiziari⁴⁹ – i due unici casi di *provocatio* esplicitamente registrati per l’epoca compresa tra la caduta del regno e il decemvirato legislativo. Nel 495 a.C., durante le tumultuose manifestazioni di protesta organizzate da plebei e *nexi*, un *civis*, considerato *unus insignis dux seditionis*, ‘provoca al popolo’ contro l’ordine di arresto (verisimilmente prodromico alla fustigazione e alla messa a morte) emanato *imperio consulari* da Appio Claudio⁵⁰, 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 nella paralisi dell’efficacia delle misure coercitive dei consoli, sia invita in senato 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 leva⁵¹. 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 erroneamente inquadrato come soldato semplice invece che come centurione; i consoli, di conseguenza, inviano i littori ad arrestarlo; Volerone, non sortendo alcun effetto il suo appello ai tribuni, *provocat ad populum* (oltre a *implorare* altresì, come *extrema ratio*, la *fides plebis*)⁵², seppur infruttuosamente: ma ciò non

⁴⁸ Sul punto v., per tutti, J. BLEICKEN, *Kollisionen*, cit., 471 ss.

⁴⁹ E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione*, cit., 124 ss., 134 ss.

⁵⁰ Cfr. Liv. 2.23.15: *Appius, vehementis ingenii vir, imperio consulari rem agendam censebat; uno aut altero arrepto, quieturos alios*; Liv. 2.27.12: *cum circumstaret cotidiana multitudo licentia accensa, arripi unum insignem ducem seditionum iussit. Ille cum a lictoribus iam traheretur provocavit; nec cessisset provocationi consul, quia non dubium erat populi iudicium, nisi aegre victa pertinacia foret consilio magis et auctoritate principum quam populi clamore*. Per l’arresto come misura coercitiva a fronte di sedizione, v., per tutti, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 562.

⁵¹ Cfr. Liv. 2.29.11: *Ap. Claudius, et natura immitis et efferatus hinc plebis odio, illinc patrum laudibus, non miseris ait sed licentia tantum concitum turbarum et lascivire magis plebem quam saevire. Id adeo malum ex provocatione natum; quippe minas esse consulum, non imperium, ubi ad eos qui una peccaverint provocare liceat. ‘Agedum’ inquit, ‘dictatorem, a quo provocatio non est, creemus; iam hic quo nunc omnia ardent conticescet furor. Pulset tum mihi lictorem qui sciet ius de tergo vitaeque sua penes unum illum esse cuius maiestatem violari’*; 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 (cfr., per tutti, F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 447). Cfr., inoltre, circa la non provocabilità degli atti di *imperium* dei decemviri (attinenti all’arruolamento degli *iuniores*), Liv. 3.41.7.

⁵² Cfr., sulle invocazioni di aiuto alla massa, A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, cit., 11 ss.; ID., *The Constitution of the Roman Republic*, cit., 33.

in quanto 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 piano della effettività), può incontrare insuperabili ostruzionismi⁵³.

Che la *provocatio* sia opponibile ad atti tanto giudiziali quanto coercitivi pare ricavarsi anche dal lessico pomponiano⁵⁴. La *lex Valeria* del 509 a.C., come noto, vieta ai consoli di '*animadvertere in caput civis*' (o – il che è lo stesso – di '*ius dicere de capite civis*') in assenza di un *iussus populi*: se quest'ultimo è un 'provvedimento particolare *ex post* di natura giudiziale' e non una 'previa norma legislativa incriminatrice'⁵⁵, allora l'attività del con-

⁵³ Liv. 2.55.4-8: *ad Voleronem Publilium de plebe hominem quia, quod ordines duxisset, negaret se militem fieri debere, lictor missus est a consulibus. Volero appellat tribunos. Cum auxilio nemo esset, consules spoliari hominem et virgas expediri iubent. 'Provoco' inquit, 'ad populum' Volero, 'quoniam tribuni civem Romanum in conspectu suo virgis caedi malunt quam ipsi in lecto suo a vobis trucidari'. Quo ferocius clamitabat, eo infestius circumscindere et spoliare lictor. Tum Volero et praevalens ipse et adiuvantibus advocatis repulso lictore, ubi indignantium pro se acerrimus erat clamor, eo se in turbam confertissimam recipit clamitans: 'Provoco et fidem plebis imploro. Adeste, cives; adeste, commilitones; nihil est quod expectetis tribunos quibus ipsis vestro auxilio opus est'; v., inoltre, Dion. Hal. 9.39.2. Nel senso espresso nel testo v. N. SPADAVECCHIA, '*Provocatio*' e '*appellatio*' nel sistema delle garanzie civiche di Roma repubblicana, in *Ricerche a confronto. Dialoghi di antichità Classiche e del Vicino Oriente*, a cura di A. Bussetto e S.C. Loukas, Rende, 2015, 221. Sulla natura 'sussidiaria' della *provocatio* rispetto all'*auxilium* tribunizio (e, dunque, sulla sua distinzione, ancorché i due istituti siano talora nominati in coppia, come in Liv. 3.45.8, 3.53.4, 3.56.14, 3.65.5, 3.67.9, nonché Liv. 8.33.7, 37.51.4), v., per tutti, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., 277; v., *contra*, M. BIANCHINI, *Sui rapporti fra 'provocatio' ed 'intercessio'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 97, 99 ss.; M. HUMBERT, *Le tribunat de la plèbe*, cit., 459; L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio'*, cit., 10. A tal proposito va messo in luce, con B. SANTALUCIA, *La giustizia penale*, cit., 30, come non debba affatto sorprendere se i consoli impunemente violassero 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 (ma v., altresì, per una perfetta identificazione tra *sacer* e *improbis*, R. PESARESI, '*Improbe factum*'. *Riflessioni sulla 'provocatio ad populum'*, in '*Fides*', '*humanitas*', '*ius*'. *Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 4197 ss.). Sull'origine 'patrizia' dello strumento della *provocatio*, cfr. Liv. 3.58.1-6 (nonostante 3.56.1, 13), 1.26.5-6, 8.30.2-8.32.10, 37.51.3-5, 40.42.8-10 (su cui, per tutti, cfr. A. HEUSS, *Zur Entwicklung*, cit., 80, 107); dunque, per la tendenza a respingere la caratterizzazione delle *leges Valeriae* in senso filo-popolare e a credere la *provocatio* misura di auto-tutela di una parte soltanto della *nobilitas* indipendentemente dalle 'lotte di classe', v. A. GIOVANNINI, '*Consulare imperium*', Basel, 1983, 26, nt. 66; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 30 s.; L. RODRIGUEZ-ENNES, *La 'provocatio ad populum'*, cit., 82; L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 58, 84; F. LA ROSA, *I Valerii e le istituzioni repubblicane*, in *Quader ni Catanesi*, XIX, 1988, 74 ss.*

⁵⁴ Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.16, 23.

⁵⁵ V., per tutti, L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 241 ss., 287 ss., le cui notazioni critiche con-

sole subordinata a tale *iussus* non può includere tanto la fase inquirente quanto la sommaria cognizione giudiziaria. Se così fosse, infatti, sarebbe d'uopo ipotizzare l'obbligo per il console di una richiesta di autorizzazione preliminare, fermo poi il diritto da parte del *civis* interessato, dopo l'emana-zione nei suoi confronti del provvedimento sanzionatorio capitale, di susci-tare nuovamente l'intervento del popolo: il che manifesta una macchinosa farraginosità procedimentale assai poco plausibile. Se, dunque, la *provocatio* è un rimedio dalla duplice natura e se, nella versione di Pomponio, il *iussus* menzionato non si identifica in una 'previa autorizzazione', è ben plausibile che l'*animadvertere* e il *ius dicere* vietati si limitino a descrivere una 'concreta attività sanzionatoria'⁵⁶ di cui si tace, tuttavia, la natura della fonte, la quale può essere un provvedimento emanato dal console sia come 'amministrato-re', sia come 'giudice'⁵⁷.

8. Sulla natura della *provocatio ad populum* in età proto-repubblicana

Se il sistema proto-repubblicano delineato nelle pagine precedenti è corret-to, allora la *provocatio ad populum* si atteggia a mezzo di opposizione sospensivo 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'. Tuttavia, non è questo il solo argomento che induce a escludere tale – non inconsueta in letteratura – sovrapposizione. A ben vedere, infatti, non è dato rinvenire un ulteriore requisito imprescindibi-

dotte sulla scorta di Pol. 6.14.6, Plaut. *aul.* 700, *pseud.* 1232, *truc.* 819, in una con la tradizio-nale interpretazione dell'ablativo *iniussu populi* – che si trova nel *liber singularis Enchyridii* di Pomponio in relazione alla trattazione delle limitazioni imposte ai consoli dalla *lex Valeria* del 509 a.C. –, sembrano tali da poter considerare persuasiva la *communis opinio* identifican-te il *iussus* in un provvedimento giudiziale.

⁵⁶ Cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 188 ss.; ID., *I principi del diritto penale roma-no*, cit., 14 s., 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'; *contra*, v., sulla scorta di E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, 6, nt. 1, C. VENTURINI, *Pomponio*, cit., 529; E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 6 s. e nt. 13, 110 ss.; v., altresì, C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*', cit., 97 ss. e ntt. 64 ss., 100 ss.

⁵⁷ Sulla sottile linea di confine tra coercizione e giurisdizione magistratuale, soprattutto con riguardo all'epoca antica, cfr. C. VENTURINI, *Variazioni*, cit., 73; J.D. CLOUD, *The Origin of 'provocatio'*, cit., 43.

bile 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* (la prima, quale modello di revisione – o di riesame – del giudizio già svoltosi in prima istanza, da cui deriverebbe per il giudice di secondo grado solo la cognizione delle questioni già trattate e delle prove già esperite; la seconda, quale modello di continuazione – o di riapertura o rinnovazione – del precedente grado di giudizio, da cui discenderebbe la sottoponibilità al giudice di seconde cure anche di nuove eccezioni e di nuove prove, ferma restando l'improponibilità di nuove domande)⁵⁸. È chiaro – e ciò emerge da quanto sappiamo circa le modalità di instaurazione del giudizio criminale comiziale – che l'invocazione al popolo non produce alcun effetto devolutivo, bensì si atteggia ad atto di 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 della *provocatio* di *civis* laico; 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* provocante⁵⁹.

9. *Sul ius del cittadino al processo popolare nelle riforme decemvirali*

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* (ossia di instaurare il

⁵⁸ Sulla configurazione dell'appello e sulla contrapposizione tra ‘Revisionsprinzip’ e ‘Berufungsprinzip’, v. J.W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, II, München, 1896, 453 ss.; H. WALSMANN, *Die Ausschlussberufung*, Leipzig, 1928, 7 ss.; P. CALAMANDREI, *Appendice alla voce Appello*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1965, 452 ss.; V. TAVORMINA, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 653; ID., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, 81; sull'appello quale mezzo di gravame devolutivo, v., per tutti, A. BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1331 ss.

⁵⁹ Cfr., per tutti, F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 425. La *provocatio* è dunque presupposto, ma non immediato atto introduttivo, del giudizio popolare: solo se il magistrato accoglie la ‘sfida’ del *civis* che *provocat* e, quindi, ha luogo la *certatio* tra le due parti (cfr. *Cic. leg.* 3.6; *Liv.* 1.26.6, 8, 40.42.9), il popolo si pronuncia autorizzando o meno la proposta condannatoria del magistrato. Oltre a ciò, va senz'altro ricordato come la *provocatio* possa provenire anche da soggetti terzi rispetto al cittadino destinatario del provvedimento magistratuale (cfr., in termini generali, *Ulp. 2 appellat. D.* 49.1.6.).

processo, condurre l'istruttoria, presiedere l'assemblea, proporre la pena da irrogare) se non al *maximus comitiatus* (ossia al comizio delle centurie), nonché nelle plurime disposizioni che ribadiscono ed estendono il diritto civico alla *provocatio ad populum*⁶⁰. 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 (comiziale)' 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, se essa è effettivamente qualificabile come 'norma sulla competenza', altrettanto vero è che essa, formulata talora, nelle fonti, solo nel senso di escludere per le *res capitales* ogni proposta magistratuale a un organo giudicante diverso dal comizio centuriato⁶¹, senza la coesistente norma sull'*homo indemnatus* non sarebbe, di per sé sola, idonea a vietare l'uccidibilità del cittadino a seguito di atto diverso, per propria natura, dalla sentenza di condanna emanata dal popolo (*iussus populi*)⁶². Le due norme, insomma, vanno giustapposte e considerate sinotticamente come parti di una sistema in cui, da un lato, si proibiscono provvedimenti magistratuali sia coercitivi, sia (ancorché implicitamente) giudiziali *de capite*; dall'altro, si proibiscono

⁶⁰ Salv. *gub.* 8.5: *interfici ... indemnatum quemcunque hominem etiam duodecim Tabularum decreta vetuerunt* (cfr., altresì, Aug. *civ. Dei* 1.19; Dion. Hal. 3.22.3); Cic. *Sest.* 30.65: *cum ... XII Tabulis sanctum esset ut neque ... liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari* (cfr., inoltre, per una esplicita competenza giudiziale *de capite civis* riservata ai soli comizi centuriati, emergente dall'uso del verbo *iudicare* o *statuere*, Cic. *Sest.* 34.73: *de capite ... iudicari ... nisi comitiis centuriatis*; Cic. *rep.* 2.36.61: *de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui vetaret*); Cic. *leg.* 3.19.44: *tum leges praeclarissimae de duodecim Tabulis tralatae duae, quarum altera ... altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat; ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt*; Cic. *leg.* 3.4.11: *de capite civis nisi per maximum comitiatum ... ne ferunt* (cfr., altresì, Pol. 6.14.6; Plaut. *aul.* 200, *truc.* 819, *pseud.* 1232); Cic. *rep.* 2.31.54: *ab omni iudicio poenaeque provocari licere indicant XII Tabulae compluribus legibus*. Per un approfondimento su tale micro-sistema decemvirale, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Sacertà*, cit., 121 ss.; ID., 'Provocatio', cit., § 7.

⁶¹ 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 '*comitiatus maximus*' è sostenuto – sulla scia di T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 357 s. e nt. 3 – da B. SANTALUCIA, *Altri studi*, cit., 163 ss.; di recente, anche G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali*, cit., 155 ss., perviene indirettamente a ribadire la tesi tradizionale. Sulla competenza delle curie in età pre-decemvirale, cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 40 ss., 44; v., di contro, L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 52 s., 72 s., 180; D. CAPANELLI, *Appunti sulla 'rogatio agraria' di Spurio Cassio*, in *Legge e società nella repubblica romana*, a cura di F. Serrao, I, Napoli, 1981, 44.

⁶² Così, persuasivamente, D. MANTOVANI, *Il pretore*, cit., 25; sul rapporto tra le due norme v. A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 327 e nt. 27; L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 47, nt. 7.

provvedimenti giudiziari *de capite* emessi dalla assemblea curiata e da quella tributa⁶³. Ergo, l'ulteriore 'set' di norme decemvirali concernenti la *provocatio ad populum*⁶⁴ dà forma a un istituto che risulta, rispetto al regime pregresso, dotato di efficacia ben più penetrante: a fronte della norma sull'*homo indemnatus*, la *provocatio* si atteggia a mezzo di opposizione contro atti magistratuali, non più solo consolari, ma addirittura tribunizi⁶⁵, posti in essere per 'difetto di potere'; in forza della norma *de capite civis*, essa si può rivolgere al solo comizio centuriato⁶⁶.

⁶³ Per una rassegna di processi capitali (tanto tribunizi quanto questori) radicati dinanzi le centurie, di processi multatici radicati dinanzi la plebe, nonché per l'assenza di processi capitali *apud plebem*, v. C. PELLOSO, *Sacertà*, cit., 111 ss., 123 s. (per i secoli dal quinto al terzo a.C.); Id., *'Provocatio'*, cit., ntt. 79 ss. (con specifico riguardo a episodi da collocarsi tra la fine del terzo e la fine del secondo secolo a.C.). E ciò contro il pensiero di E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'*, cit., 186 (la quale, come noto, sostiene che la norma decemvirale in parola sancisca una riserva legislativa e non giudiziale), nonché R. PESARESI, *Studi*, cit., 106 ss., 110 ss. (che tenta di fondare la tesi dello svolgimento di processi capitali dinanzi il *concilium plebis* anche dopo le XII Tavole); v., inoltre, sulla asserita persistenza di competenza plebea *de capite civis* anche dopo le riforme decemvirali, Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne*, in *RHD*, XCI, 2013, 3 ss., 41 ss. (le cui ricostruzioni sono contraddette in C. PELLOSO, *'Provocatio'*, cit., ntt. 81 ss.). Sulla eccezionalità del caso (Liv. 3.56.1-13, 3.57.1-6), risalente all'anno 449 a.C., che vide Appio Claudio Decemviro, sia accusato *de capite civis* dinanzi le tribù da Virginio, sia inutilmente invocante l'ausilio tribunizio e il giudizio del popolo, v., più estesamente, da ultimo, C. PELLOSO, *'Provocatio'*, cit., § 7.

⁶⁴ Il rapporto, entro il codice decemvirale, tra norma *de capite civis* e norme 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, *Il dubbio contenuto*, cit., 328 s.; implicitamente, R. PESARESI, *Studi*, cit., 106 ss.); né del resto è corretto ritenere che l'una è doppiamente dell'altra (cfr. D. MANTOVANI, *Il pretore*, cit., 25), in quanto sia il processo comiziale *de capite* non necessariamente presuppone una *provocatio*, sia 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 la fantasiosa ricostruzione proposta da R.E. MITCHELL, *Patricians and Plebeians. The Origin of the Roman State*, Ithaca, 1990, 168 ss., 177 ss., 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*, I, Liège, 1999, 179 ss.).

⁶⁵ L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 13 s., 49, 53 ss.

⁶⁶ 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 periodo 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 (cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 474; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 38 e nt. 27; L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 218 s.; C.

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*.

Attraverso la riscrittura decemvirale di tale istituto sono definitivamente gettate le più solide basi della *libertas* del sistema repubblicano che vede il *populus Romanus* come appartenente solo a sé stesso, il *singulus* come in *potestate illius* e il *magistratus* come mandatario della *civitas* di cui assume ed esercita il ruolo: se la *libertas*, quindi, si identifica positivamente nell’appartenenza di ogni singolo individuo al *populus*, essa negativamente consiste nell’esclusione di ogni *vestigium* del *regnum*, in cui non v’è *res publica* come *res populi*, quale è, appunto, l’iscrizione ai magistrati di *iudicatio* e *coërcitio* capitali⁶⁷. *Libertas* che, di conseguenza, è considerata tale da comportare

VENTURINI, *Pomponio*, cit., 556 ss.), laddove essi non sono 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: cfr. J. KUNKEL, *Untersuchungen*, cit., 20 ss.), 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 questa giurisdizione criminale (cfr., paradigmaticamente, A. MAGDELAIN, ‘*Ius*’, cit., 157; E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’, cit., 114 ss.), ma solo il potere di promozione dell’accusa, attraverso la proposta di una sentenza (cfr. L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 79, nt. 24), o il potere di tenere i comizi (cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 38, nt. 29).

⁶⁷ Cfr. D. 49.15.7.1; Varr. *l.L.* 9.6; Cic. *off.* 1.124; Cic. *de orat.* 2.167; Sen. *ep.* 14.7; v., inoltre, Cic. *rep.* 1.25.39 e Tac. *ann.* 1.1.1. Quanto all’etimologia di *liber*, in connessione non solo all’idea di ‘appartenenza’, ma pure di ‘crescita’, cfr. A.A. SEMIOLI, ‘*Liber*’, ‘*Libera*’ e *<‘Louzera’: le origini di un culto alla luce della comparazione indo-europea, in SMSR, LXXI, 2005, 254, nonché C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, Bologna, 2005, 39 s., ove si riprende il noto pensiero di É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 249 ss.: «la nozione di ‘libertà’ si costituisce dalla nozione secolarizzata di ‘crescita’, crescita di una categoria sociale, sviluppo di una comunità», di talché il senso primitivo di ‘libertà’

il diritto del singolo *civis*, parte del *populus*, a essere privato della propria vita solo in forza di una pronuncia autorizzativa con cui il *populus*, nella sua universalità, manifesta il volere di essere privato di un proprio elemento costitutivo.

10. *Provocatio ad populum ed ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: un confronto tra la 'lex Valeria' del 509 a.C. e la riforma solonica del 594 a.C.*

Gli autori greci che si sono occupati dell'istituto della *provocatio ad populum* – come già sopra è stato incidentalmente evidenziato – non hanno esitato a sovrapporre quest'ultima alla più 'demotica' delle riforme soloniche, ossia l'ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον⁶⁸: da una parte, infatti, Plutarco compara Publicola al legislatore greco, precisando che come il primo, per Roma, nel 509 a.C. aveva elevato a diritto civico l'ἐπικαλεῖσθαι τὸν δῆμον, rendendo così le pronunce comiziali – e non più quelle consolari – definitive, così il secondo, per Atene, nel 594 a.C. aveva parimenti concesso il diritto agli accusati di invocare i giudici popolari; dall'altra, Dionigi, nel descrivere il rimedio repubblicano romano (identificato dal verbo προκαλεῖσθαι) in espliciti termini di ἔφεσις, si avvale di terminologia che vuole inequivocabilmente essere un rimando all'istituto processuale introdotto nel primo decennio del sesto secolo a.C. dal legislatore greco⁶⁹. Vero è che l'attuale *communis opinio* nella letteratura

«è quello dell'appartenenza a una razza etnica designata con una metafora di crescita vegetale», appartenenza che «conferisce un privilegio che lo straniero e lo schiavo non conoscono mai». Tale prospettiva, di recente valorizzata anche da E. STOLFI, *Concezioni antiche della libertà*, cit., 176 ss., tuttavia, non dà conto di un ulteriore e importante polo concettuale che – a fianco della schiavitù e della peregrinità – si contrappone alla libertà come sua negazione, vale a dire il polo della cd. sacertà (di modo che 'libertà', una volta identificata questa ulteriore antitesi, è tale da connotare non soltanto l'appartenenza a un dato gruppo etnico, ma anche la non-appartenenza a esseri sovra-umani): v., a tal riguardo, L. GAROFALO, *'Homo liber' et 'homo sacer': deux archétypes de l'appartenance*, in *RHD*, LXXXVII, 2009, 317 ss.

⁶⁸ Arist. *Ath. Pol.* 9.1: ἂ μὲν οὖν περὶ τὰς ἀρχὰς τοῦτον εἶχε τὸν τρόπον. δοκεῖ δὲ τῆς Σόλωνος πολιτείας τρία ταῦτ' εἶναι τὰ δημοτικώτατα: πρῶτον μὲν καὶ μέγιστον τὸ μὴ δανείζειν ἐπὶ τοῖς σώμασιν, ἔπειτα τὸ ἐξεῖναι τῷ βουλομένῳ τιμωρεῖν ὑπὲρ τῶν ἀδικουμένων, τρίτον δὲ ὃ καὶ μάλιστα φασιν ἰσχυκέναι τὸ πλῆθος, ἢ εἰς τὸ δικαστήριον ἔφεσις: κύριος γὰρ ὢν ὁ δῆμος τῆς ψήφου, κύριος γίνεταί τῆς πολιτείας; Arist. *Ath. Pol.* 3.5: κύριοι δ' ἦσαν καὶ τὰς δίκας αὐτοτελεῖς κρίνειν, καὶ οὐχ ὥσπερ νῦν προανακρίνειν. τὰ μὲν οὖν περὶ τὰς ἀρχὰς τοῦτον εἶχε τὸν τρόπον; sulla riforma solonica in questione, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Ἐφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: Remarks and Speculations on the Legal Nature of the Solonian Reform*, in *Symposium 2015*, edited by G. Thür and D. Leão, Wien-Coimbra, 2016.

⁶⁹ Cfr. Plut. *Publ.* 11.3, che attribuisce all'accusato il diritto processuale di *provocare* dai

giusgreco-cistica – ora in *obiter dicta* che non permettono di vagliare l'esatto retro-pensiero del singolo autore⁷⁰, ora in costruzioni anfibe che manifestano l'imprecisione dell'idea giuridica esposta⁷¹ – identifica, sulla scorta di alcune opere divenute classiche in materia, l'ἔφεσις solonica in un 'appello'; solo di rado, invece, tale figura viene interpretata in termini di obbligatorio 'rinvio d'ufficio'⁷², laddove una inspiegabile *damnatio memoriae* ha colpito negli ultimi decenni quella scuola di pensiero che ha discusso, in proposito, o di 'veto' o di 'opposizione all'esecuzione'⁷³.

consolì (μετὰ δὲ ταῦτα νόμους ἔγραψεν, ὧν μάλιστα μὲν ἰσχυροὺς ἐποίησε τοὺς πολλοὺς ὁ τὸν δῆμον ἀπὸ τῶν ὑπάτων τῷ φεύγοντι δίκην ἐπικαλεῖσθαι διδοῦς); Plut. *Comp. Sol. Publ.* 2.1, che – tra l'altro – sottolinea la incontrovertibilità delle sentenze popolari (τῆς μὲν γὰρ ἀρχῆς τὸν ὄγκον ἀφελῶν εὐμενῆ πᾶσι καὶ ἄλυπον κατέστησε, νόμοις δὲ πολλοῖς ἐχρήσατο τῶν ἐκείνου, καὶ γὰρ ἀρχόντων καταστάσεως κυρίου ἐποίησε τοὺς πολλοὺς, καὶ τοῖς φεύγουσι δίκην ἐπικαλεῖσθαι τὸν δῆμον, ὥσπερ ὁ Σόλων τοὺς δικαστάς, ἔδωκε); Dion. Hal. 7.41.1 (ἔξεῖναι τοῖς κατισχυομένοις ὑπὸ τῶν πατρικίων δημόταις προκαλεῖσθαι τὰς κρίσεις ἐπὶ τὸν δῆμον), nonché Dion. Hal. 6.58.2 (ἔφεσιν δὲ τοῖς βουλομένοις ἐδίδου μεταφέρειν τὰς κρίσεις ἐπὶ τὸν δῆμον ἀπὸ τῶν πατρικίων καὶ ὅ τι ἂν ὁ δῆμος γνῶ, τοῦτ' εἶναι κύριον), ove si configura esplicitamente il *ius di provocatio* (o, meglio, il 'diritto degli appartenenti al popolo' di προκαλεῖσθαι le decisioni dei magistrati patrizi al popolo) come ἔφεσις, ossia come una 'traslazione' (aperta a chiunque) del giudizio originariamente magistratuale al popolo romano, la cui sentenza diviene definitiva. Come noto, l'opera dello storiografo – della fine del primo secolo a.C. – è stata oggetto di numerose discussioni quanto ad attendibilità: v. C. CASCIONE, *Una norma dimenticata delle XII tavole? Dion. Hal. 10.60.6*, in *Index*, XXVIII, 2000, 188; L. FASCIONE, *Il mondo nuovo. La costituzione romana nella «Storia di Roma arcaica» di Dionigi d'Alicarnasso*, I, Napoli, 1988, 1 ss.; v., inoltre, L. MAROCCO, *Le 'leges de bello indicendo'. Criteri e metodologie per una ricerca*, in *RIDA*, LV, 2008, 303 ss.

⁷⁰ Cfr., da ultimi, S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, 100, nt. 2; P.J. RHODES, *The Reforms of Solon: An Optimistic View*, in *Solon of Athens: New Historical and Philological Approaches*, edited by J. Blok and A. Lardinois, Leiden, 2006, 255; M. NOUSSIA-FANTUZZI, *Solon the Athenian, the poetic fragments*, Leiden-Bristol, 2010, 26 s.; D.F. LEÃO-P. J. RHODES, *The Laws of Solon: A New Edition with Introduction, Translation and Commentary*, London-New York, 2015, 67 s. Per una argomentata qualificazione dell'ἔφεσις in termini di appello, v. J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, Leipzig, 1905-1915, 27 ss.; J.D. RALPH, 'Ephesis' in *Athenian Litigation*, Chicago, 1936, *passim*; R.J. BONNER-G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago, 1930-1938, 232 ss.

⁷¹ L. LODDO, *Le moment de la fondation: un tribunal du peuple à l'époque de Solon?*, in *Politica Antica*, V, 2015, 108 ss.

⁷² M. GAGARIN, *Legal Procedure in Solon's Laws*, in *Solon of Athens*, cit., 265 s.; cfr., inoltre, U. VON WILAMOWITZ-MÖLLENDORFF, *Aristoteles und Athen*, I, Berlin, 1893, 59 s.; E. RUSCHENBUSCH, 'Ἐφεσις. Ein Beitrag zur griechischen Rechtsterminologie', in *ZSS*, LXXVIII, 1961, 386 ss.; ID., *Ἡλιαία. Die Tradition über das solonische Volksgericht*, in *Historia*, XIV, 1965, 381 ss.

⁷³ Cfr. A. STEINWENTER, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach*

A fronte della ricostruzione operata nei paragrafi precedenti, come valutare, dunque, i passi sopraccitati, rispettivamente di Plutarco e di Dionigi, leggibili all'oggi – a voler seguire la dottrina prevalente formatasi con riguardo alla riforma solonica – nel senso di una conferma, per la *provocatio ad populum*, della natura di mezzo di gravame equiparabile all'appello? In verità, la comparazione plutarca è focalizzata anzitutto nel rilevare, in definitiva, come tanto grazie alla legge di Publicola, quanto grazie alla riforma di Solone, si sia affermato il diritto del cittadino ad un 'giudizio del popolo', piuttosto che nel precisare la natura, gli effetti, nonché i soggetti legittimati, rispettivamente, della *provocatio* e dell'ἔφεσις; inoltre essa – come meglio si evidenzierà di seguito – tralascia, nella sua voluta *brevitas*, le numerose nonché appariscenti divergenze concernenti i rispettivi ambiti di applicazione, che intercorrono tra i due istituti⁷⁴. Di poi, l'autore delle 'Antichità Romane', nel porre in essere l'equazione tra ἔφεσις e προκαλεῖσθαι ἐπὶ τὸν δῆμον ἔφεσις, sottolinea, oltre all'intervento del popolo e alla definitività della sua pronuncia, a fronte di una κρίσις magistratuale, più che la costruzione della *provocatio ad populum* come mezzo sospensivo e devolutivo, il momento e l'aspetto della *translatio iudicii* (μεταφέρειν)⁷⁵. Ciò precisato, non resta che indugiare sull'istituto solonico in parola per meglio apprezzare i riferimenti al mondo greco, ora espliciti ora impliciti, rinvenibili nelle narrazioni del biografo e dello storiografo.

Prima di Solone, in assenza sia della misura dell'ἔφεσις, sia dell'istituto del βουλόμενος (ossia del *quivis de populo* legittimato ad agire non solo per conto della *polis* intera là ove un interesse superindividuale sia stato leso, ma anche per conto di soggetti colpiti da condotte antigiuridiche altrui ed impossibilitati – giuridicamente o fattivamente – a instaurare il processo per la tutela dei propri diritti)⁷⁶, i singoli magistrati erano investiti di un pieno

griechischem Rechte, Berlin, 1925, 39 s.; v., inoltre, U.E. PAOLI, *La ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον en droit attique*, in *RIDA*, V, 1950, 325 ss.; M. JUST, *Die 'Ephesis' in der Geschichte des attischen Prozess. Ein Versuch zur Deutung der Rechtsnatur der 'Ephesis'*, Würzburg, 1965, *passim*; L. LEPRI SORGE, voce ἔφεσις, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 603 s.; EAD., *Ancora in tema di 'epheis': la 'dokimasia' degli arconti*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1987, 427 ss.

⁷⁴ Ben sottolineano l'impossibilità di una identificazione tra i due istituti, J.D. RALPH, 'Ephesis', cit., 7 s.; R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, I, cit., 160 e nt. 1; M. JUST, *Die 'Ephesis'*, cit., 50, 75 ss., 109 ss., nt. 234; v., di contro, U.E. PAOLI, *La ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον*, cit., 327 s., propenso – ma senza opportuna attenzione al tenore della fonte – a sostenere l'esatta sovrapposizione.

⁷⁵ Cfr., analogamente, Diogen. *Paroem.* 4.70.1; Etym. Magn. voce ἔφεσις; Harp. voce ἔφεσις; Lex. Seg. voce ἔφεσις; Lex. Simeonis voce ἔφεσις; Suda voce ἔφεσις.

⁷⁶ Mi permetto di rinviare, sul punto, a C. PELLOSO, *Popular Prosecution in Early Athenian Law: the Drakonian Roots of the Solonian Reform*, in *E.K.E.I.E.A.*, XLV, 2014-2015, 9 ss.

potere sia – sul piano dell'amministrazione – repressivo, sia – sul piano della giurisdizione – condannatorio: al di fuori degli ordinari processi privati instaurati dal soggetto direttamente legittimato e interessato ad agire, all'evidenza, gli arconti, una volta conseguita la notizia della commissione di un atto illecito pubblico, *ex officio*, ancorchè non obbligatoriamente, instauravano processi che esitavano in sanzioni determinate discrezionalmente nella loro misura (verisimilmente secondo le limitazioni di competenza cui ciascun ufficio della *polis* era assoggettato tradizionalmente anche in età arcaica)⁷⁷; il loro potere, comunque, si esternava in pronunce sia immediatamente vincolanti per i destinatari, sia non suscettibili di alcun gravame presso autorità, amministrative o giudicanti, superiori. Fermo, dunque, l'esercizio dell'azione su iniziativa ora della parte lesa, ora dello stesso magistrato, nonché ferma la incontrovertibilità di ogni provvedimento (repressivo, assolutorio, condannatorio), allorché si profilassero ipotesi di 'esercizio arbitrario del potere' o di 'carenza di potere' o, comunque, casi di 'ingiustizia' della pronuncia magistratuale definitiva, il solo rimedio praticabile dalla parte vulnerata era una denuncia rivolta all'Areopago per ottenere una sanzione a carico del magistrato⁷⁸. Con le riforme soloniche, il quadro è destinato a mutare profondamente: l'ἔφεσις determina, infatti, la venuta meno della 'incontrovertibilità' delle pronunce magistratuali, così gettandosi le basi per quel sistema giudiziale popolare che avrebbe condotto all'equazione tra 'sovranità giudiziale' e 'sovranità costituzionale'⁷⁹.

Lo stenografico riferimento contenuto nell'aristotelica 'Costituzione degli Ateniesi' può, tuttavia, essere implementato da ulteriori informazioni contenute nella 'Vita di Solone' di Plutarco⁸⁰. Stando al biografo, infatti, anzitutto emerge come dinanzi ai giudici popolari, a seguito delle riforme soloniche, occorresse di essere radicata la 'maggior parte' (ma non la totalità) delle controversie: il che è elemento che, già da solo, presuppone come il legislatore ateniese avesse ridotto, ma non annichilito, il pregresso potere giurisdizionale dei magistrati (e ciò con riguardo alla cognizione sia di illeciti

⁷⁷ Cfr. Dem. 43.75, su cui C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 35 e nt. 72.

⁷⁸ Arist. *Ath. Pol.* 4.4.

⁷⁹ Sulla importanza dell'attribuzione (solonica) al popolo di funzioni giudicanti (connotate dalla incontestabilità delle pronunce), cfr., per tutti, A. MAFFI, *Funzione giurisdizionale e regimi politici nella Grecia arcaica e classica*, in 'Poleis' e 'Politeiai'. *Esperienze politiche, tradizioni letterarie, progetti costituzionali. Atti del Convegno Internazionale di Storia Greca (Torino, 29 maggio - 31 maggio 2002)*, a cura di S. Cataldi, Alessandria, 2004, 305 s.

⁸⁰ Plut. *Sol.* 18.3: ὁ κατ' ἀρχὰς μὲν οὐδέν, ὕστερον δὲ παμμέγεθες ἐφάνη: τὰ γὰρ πλεῖστα τῶν διαφορῶν ἐνέπιπτεν εἰς τοὺς δικαστάς. καὶ γὰρ ὅσα ταῖς ἀρχαῖς ἔταξε κρίνειν, ὁμοίως καὶ περὶ ἐκείνων εἰς τὸ δικαστήριον ἐφέσεις ἔδωκε τοῖς βουλευμένοις.

privati, sia di illeciti pubblici). Nella fonte in parola, infatti, si precisa come anche con riguardo a tutte le cause che i magistrati avevano ancora il potere di decidere, Solone attribuì al nuovo tribunale popolare potere giudicante allorché ‘chiunque lo desiderasse’ (ossia l’attore o il convenuto soccombente in una azione privata; il terzo promotore di una azione popolare nell’interesse dell’incapacitato ad agire; il cittadino colpito da provvedimenti repressivi) esercitasse il ‘diritto di elevare ἔφεσις’, che era stato innovativamente concesso. Da una parte, pare che il dettato configuri, senza ombra di dubbio, l’ἔφεσις come un ‘atto rimesso alla libera disposizione della parte’, e non come un atto, discrezionale o dovuto, del magistrato; dall’altra, dal testo, si potrebbe – seppur solo congetturalmente – intravedere un blando e implicito richiamo a ulteriori, non meglio precisate, funzioni giudicanti di prima istanza proprie del tribunale popolare. Plutarco verrebbe a puntualizzare, in altre parole, che grazie all’intervento di Solone dinanzi al popolo veniva radicata la maggior parte delle controversie, in quanto esso – a seguito dell’ἔφεσις – poteva pronunciarsi ‘anche’ su tutte quelle liti per cui ancora era previsto potere giudicante magistratuale, ossia ‘oltre alle ipotesi in cui esso solo era competente a emanare sentenze’.

Altri connotati della originaria ἔφεσις si possono inferire dall’analisi dei diversi casi di applicazione che le fonti greche testimoniano, seppur con riguardo ad epoche di non poco successive rispetto a quella di introduzione: e ciò, ovviamente, solo nella presupposta convinzione che, in assenza di esplicite modifiche, dalle declinazioni che, nella storia ateniese, l’istituto ha conosciuto, sia possibile far emergere, all’insegna della continuità, un nucleo di regime giuridico comune e, plausibilmente, anche primitivo⁸¹. A voler circoscrivere l’attenzione alle fonti logografiche, nonché alla ‘Costituzione degli Ateniesi’ (con esclusione, quindi, delle epigrafi in cui si rinvengono riferimenti all’istituto in parola), si attesta nel quarto secolo a.C. l’elevabilità dell’ἔφεσις da parte dell’interessato: nei confronti del consiglio del *demos* (quale circoscrizione amministrativa dell’Attica) a seguito o della denegazione, per difetto dei requisiti di legge, dell’iscrizione ordinaria nel registro civico⁸², o della proposta radiazione straordinaria del soggetto già iscritto, ancorché privo dei requisiti⁸³; nei confronti della pronuncia del Consiglio dei Cinquecento (collegio magistratuale anzitutto con potere di governo) con cui si intende escludere dall’ufficio l’arconte eletto non ancora in ser-

⁸¹ È questa anche l’idea che autorevolmente emerge dalla lettura di H.J. WOLFF, *The origin of judicial litigation among the Greeks*, in *Traditio*, IV, 1946, 31 ss.

⁸² Arist. *Ath. Pol.* 42.1.

⁸³ Dem. 57; cfr., altresì, Liban. *hypoth.* Dem. 57; Aeschin. 1.77-8, 86, 114, 2.182; Schol. ad Aeschin. 1.77.

vizio⁸⁴; nei confronti della pronuncia emanata da arbitri pubblici all'esito di un processo privato nel cui alveo viene radicata una causa avente valore superiore alle dieci dracme e, quanto a materia, assorbita nella competenza residuale della magistratura dei quaranta⁸⁵.

Le fonti, nel tratteggiare tali casi di applicazione dell'ἔφεσις, costringono ad allontanarsi da semplificazioni che connotano quest'ultima, ora in termini di autentico appello della parte soccombente, ora in termini di rinvio, quale atto dovuto dell'autorità pubblica. In verità, l'ἔφεσις – istituto di matrice solonica – è, nelle sue plurime declinazioni pratiche, alquanto più sfumata. Anzi, essa mal si presta ad essere intrappolata in categorie attuali⁸⁶.

Anzitutto, il soggetto che 'eleva' l'ἔφεσις è un 'privato cittadino'⁸⁷ o nella cui sfera giuridica, in assenza di detta ἔφεσις (ossia in presenza di un suo atto di accettazione espresso nelle fonti dal verbo ἐμμένειν)⁸⁸ si produrrebbero gli effetti a lui pregiudizievoli imputabili ad un provvedimento di una pubblica autorità (amministrativa o giudiziale), o che, proprio grazie a detta ἔφεσις, scongiura la inesorabilità della mancata adozione di un provvedimento a lui favorevole: l'ἔφεσις, in altre parole, non pare davvero qualificabile – almeno da quanto emerge dai casi di applicazione del quarto secolo a.C. – in termini di 'rinvio' promosso da magistrati, arbitri pubblici, collegi con poteri amministrativi e quasi-giudicanti.

In secondo luogo, se l'appello è l'atto di parte con cui si promuove – in seconda istanza – la riforma o la cassazione di un precedente giudizio, allora l'ἔφεσις non è qualificabile neppure come tale. Difetta essa sia dell'effetto sospensivo, sia dell'effetto devolutivo, sia dell'effetto sostitutivo. Da una parte, infatti, essa sembra – quale atto contrario all'ἐμμένειν – addirittura o pregiudicare l'integrarsi di un valido ed efficace provvedimento dai contenuti sfavorevoli all'ἐφέσις o impedire la formazione di un provvedimento di denegazione di una misura dai contenuti favorevoli all'ἐφέσις; dall'altra, essa – quale rifiuto formale del privato ad una pronuncia di una autorità pubblica sovrana – non è atto che automaticamente trasferisce il processo al giudice popolare, ma, a seconda dei casi, comporta l'insorgenza di un obbligo (se il provvedimento non perfezionatosi è nell'interesse precipuo dell'ἐφέσις) o di un onere (se il provvedimento non integratosi a causa dell'interposizione dell'ἔφεσις è nell'interesse della collettività e sanzionatorio nei confronti del singolo) di

⁸⁴ Arist. *Ath. Pol.* 45.3, 55.2; Dem. 20.90.

⁸⁵ Arist. *Ath. Pol.* 53.1-2.

⁸⁶ H.J. WOLFF, *The origin of judicial litigation*, cit., 79; così, di recente, anche L. LODDO, *Le moment de la fondation*, cit., 103.

⁸⁷ Arist. *Ath. Pol.* 45.3; Dem. 40.17, 40.31, 40.55; v., inoltre, Poll. 8.54.

⁸⁸ Dem. 23.59; Dem. 40.31; Dem. 57.12; Liban. *hypoth.* Dem. 57; Arist. *Ath. Pol.* 53.2.

promuovere il giudizio in capo all'autorità pubblica sovrana; dall'altra ancora, la pronuncia popolare – a seguito di giudizio a ruoli non invertiti – *ex novo*⁸⁹ ancorché *de eadem re*⁹⁰, o integra o esclude definitivamente il venire in essere del provvedimento sfavorevole o favorevole al privato ἐφείς, implicitamente riconoscendo la fondatezza o meno dell'ἔφεσις. E tutto ciò a voler tacere, del resto, della natura non solo giudiziale delle pronunce i cui contenuti risultano pregiudizievoli all'ἐφείς.

A mente di questi rilievi nonché della considerazione secondo cui, in assenza di riforme modificative del regime originario dell'istituto, è lecito supporre che – pur restando ferma la minor ampiezza del campo di applicazione nel sesto e nel quinto secolo a.C. – quella appena descritta fosse la configurazione dell'ἔφεσις anche in età solonica, è d'uopo ritornare agli enigmi adombrati dalle descrizioni rinvenute in Aristotele e Plutarco: dunque, in cosa consisteva, *sub specie iuris*, il rimedio ateniese introdotto dalle riforme del 594 a.C. e assimilato alla *provocatio ad populum* della *lex Valeria* del 509 a.C.? Se giammai nel periodo attestato da Aristotele e dagli oratori l'omonimo istituto ha rappresentato un 'rinvio *ex officio*' o un autentico 'appello di parte soccombente', credo sia ben plausibile ritenere che, parimenti, l'antico legislatore ateniese non abbia affatto configurato in questi termini la terza delle sue più 'demotiche' riforme. L'ἔφεσις solonica ben potrebbe essersi atteggiata – a prestare fede alla cifra comune che è emersa dallo studio delle sue più tarde manifestazioni – ad 'atto di parte avente efficacia negativa' con cui il privato cittadino, a fronte di una 'pronuncia magistratuale afflittiva' (che, se in epoca pre-solonica era qualificabile tanto in termini di 'sentenza definitiva', quanto in termini di 'provvedimento coercitivo incontestabile', ora si atteggiava solo a 'proposta di atto pubblico'), spingeva l'arconte a promuovere il radicamento di un 'nuovo giudizio', di modo che sulla medesima questione si pronunciasse in modo incontrovertibile il tribunale popolare. Allo stesso modo, in caso di esperimento di una azione privata presso il foro di uno dei magistrati ateniesi, in caso di ἔφεσις o dell'attore soccombente o del convenuto soccombente, il magistrato avrebbe trasmesso la causa al popolo, ossia in conseguenza, e non a mezzo, dell'ἔφεσις si introduceva e si celebrava un 'nuovo giudizio privato' tra le stesse parti, a ruoli non invertiti, sulla medesima questione.

Dopo la riforma solonica (se, ovviamente, è corretta l'interpretazione fin qui proposta), i magistrati *uti singuli* non sono decurtati *in toto* del loro potere giudicante (nel senso che, rispetto al passato, sono ora tenuti solo

⁸⁹ Etym. Mag. voce ἔφεσις; Arist. *Ath. Pol.* 55.2; Dem. 40.55.

⁹⁰ Lex. Seg. voce ἔφεσις.

ad introdurre la causa e definirne gli estremi)⁹¹, né il loro potere multaticio pare valoristicamente compresso (nel senso che, rispetto al passato, hanno ora il potere di irrogare sanzioni pecuniarie solo fino ad un certo limite): essi conservano intatto il loro duplice e indistinto potere di ‘organi di polizia’ e di ‘organi di giurisdizione’ (tanto in ambito privato quanto in ambito pubblico), ancorché – a differenza del regime vigente nel pregresso – le loro pronunce, senza il consenso dell’interessato, non assurgano a provvedimenti validi, immediatamente efficaci ed eseguibili. Così, sin da principio, il rimedio solonico pare di ben più ampia e intensa applicabilità, ferme le superficiali somiglianze di struttura con la *provocatio ad populum* proto-repubblicana (atteso che entrambe non integrano gli estremi dell’appello in quanto presupponenti anche pronunce non qualificabili come sentenze di primo grado; atteso che entrambe, pur quali atti di parte, non hanno effetti devolutivi e non introducono un giudizio di seconde cure). Λ’ἔφεσις, infatti, è elevabile anche a fronte di una sentenza magistratuale in un giudizio privato (e non solo, come per la *provocatio*, con riferimento a processi criminali), nonché a fronte di provvedimenti multatici⁹² (e non, come per la *provocatio*, a fronte di provvedimenti capitali o, più tardi, di coercizione non capitale, ma pur sempre implicante sanzioni corporali)⁹³; essa, inoltre, sin da subito

⁹¹ Questo è il regime, invece, che risulta consolidato in epoca più avanzata (quarto secolo a.C.): cfr., sulla fase di ἀνάκρισις presieduta dal magistrato (ora privo, di regola, di poteri giudicanti), A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens: Procedure*, Oxford, 1971, 94 ss.; G. THÜR, *The Principle of Fairness in Athenian Legal Procedure: Thoughts on ‘Echinos’ and ‘Enklema’*, in *Dike*, VIII, 2008, 51 ss.; E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford, 2013, 211 s.

⁹² Va infatti precisato che, escluse talune rarissime ipotesi (cfr. E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 50 ss.; ma v., altresì, C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 19 ss. e nt. 25), diritto ateniese – sia arcaico che classico – subordinava al solo processo giurisdizionale (ora ordinario, ora straordinario e sommario) la messa a morte di un cittadino (cfr. Lys. 19.7, in una con E. CARAWAN, ‘Akriton Apokteinein’: *Execution Without Trial in Fourth-Century Athens*, in *GRBS*, XXV, 1984, 11 ss.) e concentrava nella sfera di competenza di soli taluni magistrati, ossia gli Undici, il potere di attuare la sanzione capitale irrogata (cfr. Arist. *Ath. Pol.* 52.1): non era, quindi, immaginabile l’esercizio da parte degli arconti ateniesi di un potere coercitivo parificabile a quello proprio dei magistrati romani lungo tutto il corso dell’età repubblicana (v., ancora, sul potere coercitivo solo multaticio dei magistrati ateniesi nel quinto e nel quarto secolo a.C., E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action*, cit., 38 ss.).

⁹³ Sulla progressiva estensione della gamma di fattispecie rilevanti ai fini della *provocatio ad populum*, cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 32, 34, 52 ss., 71 ss., che ricorda oltre alla *lex Valeria* del 509 a.C. e alle XII Tavole, la *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. (che vieta la creazione di magistrature *sine provocatione*), la *lex Valeria* del 300 a.C. (che rinnova l’antico divieto di mettere a morte il cittadino e introduce una espressa sanzione per l’ipotesi di trasgressioni da parte del magistrato), le tre *leges Porciae* del secondo secolo a.C. (la prima concessiva della *provocatio* contro la fustigazione come autonoma sanzione,

si atteggia – oltre che a mezzo di censura di una pronuncia giudiziale (come per la *provocatio*) – anche a mezzo proteso a denunciare nel provvedimento del magistrato tanto ‘difetti di competenza’, sia per valore che per materia, quanto ‘eccessi di potere’ in caso di travisamento dei fatti nonché di ingiustizia del provvedimento⁹⁴ (e non, come per la *provocatio*, solo abusi del potere coercitivo sino alla riforma decemvirale)⁹⁵; essa, infine, in conformità ad una concezione più contrattualistica che imperativistica, pare assurgere ad atto di ‘mancata accettazione’ da parte del cittadino dei contenuti di un atto della autorità pubblica, ossia a requisito negativo tale da impedire persino il perfezionarsi della sentenza giudiziale e del provvedimento amministrativo (e non, come per la *provocatio*, ad atto di mera paralisi dell’efficacia di un atto autoritativo già integrato). Ergo, quella del magistrato (così come, in tempi più recenti, quella del collegio demotico o del consiglio buleutico, nonché dell’arbitro) integrerebbe gli estremi, piuttosto che di un atto stesso già perfetto, di una mera ‘proposta di atto’⁹⁶: a prescindere da superficiali e labili corrispondenze formali e funzionali, *provocatio ad populum* ed ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον si profilano, nel concreto dei due ordinamenti di riferimento – la Roma dell’età repubblicana, l’Atene post-solonica – come due rimedi processuali profondamente eterogenei.

la seconda estensiva della applicabilità del rimedio anche fuori Roma nonché a favore dei soldati nei confronti del comandante, la terza intensificante le sanzioni previste per il caso di mancato rispetto delle garanzie civiche).

⁹⁴ C. PELLOSO, *Popular Prosecution*, cit., 34 s.

⁹⁵ Cfr., *supra*, § 9.

⁹⁶ Cfr., *supra*, § 8.