

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS
FACULTAS IURIS CIVILIS

STUDIA ET DOCUMENTA
HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR

✠ HENRICUS DAL COVOLO

REDACTOR

FRANCISCUS AMARELLI

A SECRETIS

FRANCISCA GALGANO



LATERAN UNIVERSITY PRESS

ISSN 1026-9169

STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS

FUNDAVERUNT ET DIREXERUNT

AEMIUS ALBERTARIO ARCADIUS LARRAONA SALVATOR RICCOBONO
GABRIUS LOMBARDI IOANNES ALOISIUS FALCHI

DIRECTOR

✻ HENRICUS DAL COVOLO

REDACTOR

FRANCISCUS AMARELLI

A SECRETIS

FRANCISCA GALGANO

CONSILIUM REDACTIONIS

R. BASILE E. GERMINO G. M. OLIVIERO NIGLIO G. PAPA
L. ATZERI M. V. BRAMANTE D. A. CENTOLA

COMITATUS SCIENTIFICUS

F. P. CASAVOLA

L. DE GIOVANNI G. LUCHETTI

F. J. ANDRÉS SANTOS (Valladolid) – F. ARCARIA (Catania) – C. BALDUS (Heidelberg) – M. BALESTRI FUMAGALLI (Milano) – G. BASSANELLI (Bologna) – E. BIANCHI (Piacenza Cattolica) – M. G. BIANCHINI (Genova) – C. BUZZACCHI (Milano Bicocca) – J. CAIMI (Genova) – G. CAMODECA (Napoli L'Orientale) – M. CAMPOLUNGHINI (Perugia) – J. M. CARRIÉ (Paris EHESS) – P. L. CARUCCI (Napoli Federico II) – C. CORBO (Napoli Federico II) – P. I. CARVAJAL (Santiago de Chile Católica) – J. P. CORLIAT (Paris II) – W. DAJCZAK (Poznań) – G. DE CRISTOFARO (Napoli Federico II) – A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Madrid UA) – F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Madrid UNED) – G. FALCONE (Palermo) – I. FARGNOLI (Milano Statale) – L. FASCIONE (Roma Tre) – L. FRANCHINI (Roma Europea) – E. FRANCIOSI (Bologna) – S. A. FUSCO (Macerata) – P. GARBARINO (Piemonte Orientale) – L. GAROFALO (Padova) – C. GIACHI (Firenze) – S. GIGLIO (Perugia) – F. GNOLI (Milano) – P. GRÖSCHLER (Mainz) – A. GUZMÁN BRITO (Valparaiso Católica) – E. HÖBENREICH (Graz) – R. LAMBERTINI (Modena) – C. LANZA (Seconda Univ. di Napoli) – O. LICANDRO (Catanzaro) – A. LOVATO (Bari) – F. LUCREZI (Salerno) – L. MAGANZANI (Milano Cattolica) – V. MAROTTA (Pavia) – M. MIGLIETTA (Trento) – M. NACCI (Roma Laterano) – M. L. NAVARRA (Perugia) – G. NEGRI (Milano Cattolica) – S. PACIOLLA (Roma Laterano) – A. PALMA (Napoli Federico II) – F. PERGAMI (Milano Bocconi) – L. POLVERINI (Roma Tre) – S. PULIATTI (Parma) – G. PURPURA (Palermo) – R. QUADRATO (Bari) – F. REDUZZI (Napoli Federico II) – E. STOLFI (Siena) – A. TORRENT (Madrid URJC) – G. VALDITARA (Torino) – U. VINCENTI (Padova) – J. G. WOLF (Freiburg i.B.) – L. P. ZANNINI (Torino)

Redactionem ephemeridis *Studia et Documenta Historiae et Iuris* quaecumque attinent, mittenda sunt ad officium ephemeridis *Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 - 00120 Città del Vaticano*

Omnes libri qui accipiuntur in ephemeride nunciabuntur: quorum vero duplex exemplar pervenerit, exarabitur, quo fieri poterit, peculiaris recensio.

Quando non riconducibile ad autori invitati dalla Rivista a collaborare con un loro contributo, la pubblicazione degli scritti che vengono proposti è subordinata alla valutazione positiva espressa (rispettando l'anonimato di autore e valutatori) da due studiosi scelti dalla Redazione, in primo luogo, tra i componenti del Comitato Scientifico; oppure, sentiti i loro vertici, tra i colleghi della *Società Italiana di Storia del Diritto*.

La decisione sulla meritevolezza della pubblicazione è comunque assunta dalla Redazione della Rivista, presso cui viene conservata tutta la documentazione relativa alla procedura di revisione svolta.

Ciò in adesione al comune indirizzo adottato, in tema di regole che governano le pubblicazioni scientifiche, dalle riviste romanistiche italiane (oltre *SDHI*, *AG*, *BIDR*, *Iura*, *Index* ed altre) in séguito alle indicazioni del Gruppo di lavoro promosso dal *Consorzio interuniversitario Boulevert* e a conseguenti delibere del *Consiglio Universitario Nazionale* e del *Consiglio Nazionale delle Ricerche*.

Gli autori, i cui scritti vengano accettati per la pubblicazione, sono pregati di inviare anche un *abstract* in lingua inglese e almeno due parole-chiave in inglese e nella lingua del contributo utilizzando i seguenti indirizzi di posta elettronica: francoamarelli@tin.it - galgano.studia@gmail.com

La rivista ha periodicità annuale.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono contro rimessa dell'importo

Gli abbonamenti possono essere pagati:

– in ITALIA

tramite bonifico bancario o C/C postale a favore della *Pontificia Università Lateranense/Editoria*:

Cin N; Abi 07601; Cab 03200; C/C 000076563030

– all'ESTERO

tramite bonifico bancario a favore della *Pontificia Università Lateranense/Editoria*:

Banco posta – Poste Italiane S.p.a.

IT 23 N 07601 03200 000076563030

BIC BPPIITRRXXX per valuta in Euro

BIC POSOIT22XXX per tutte le altre valute

specificando sempre la causale del versamento.

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per mutamenti di indirizzo e gli eventuali reclami per mancato ricevimento di fascicolo vanno indirizzati a:

Lateran University Press – Ufficio Marketing e Abbonamenti

Piazza S. Giovanni in Laterano, 4 – 00120 CITTÀ DEL VATICANO

TEL. 06/698 95 688 – FAX 06/698 95 501 -

E-MAIL : promozionelup@pul.it

RIVISTA PUBBLICATA NELLA CITTÀ DEL VATICANO

IURA PROPRIETATIS VINDICABUNTUR
PONTIFICIAE UNIVERSITATI LATERANENSI

✻ HENRICUS DAL COVOLO, *Sponsor*

I N D E X

| | |
|--|----|
| – <i>Giovanna Mancini. Un ricordo</i> (Francesco Amarelli) | IX |
| – <i>Il punto, la linea</i> (Francesco Paolo Casavola) | XI |

STUDIA

| | |
|--|-----|
| RAFFAELE BASILE, <i>Una Rivista, un Director, una quaestio scientifico-redazionale</i> | 3 |
| ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, <i>Conformación de las nociones de seguridad ciudadana, orden interno, seguridad exterior y policía política de los vigiles a los agentes in rebus</i> | 39 |
| GISELLA BASSANELLI SOMMARIVA, <i>Leges generales: linee per una definizione</i> | 61 |
| FRANCESCO SITZIA, <i>D. 39.3.24 e opus agri colendi causa factum</i> | 99 |
| FRANCISCO CUENA BOY, <i>La episcopalis audientia de Costantino a Giuliano el apóstata</i> | 117 |
| GIOVANNI PAPA, <i>Multae gentes ... quibus terrae laeticae administrandae sunt. A proposito di CTh. 13.11.10</i> | 177 |
| ROSARIO DE CASTRO-CAMERO, <i>Los escombros abandonados en Roma: Análisis de la problemática jurídica relativa a su titularidad y eliminación</i> | 191 |
| CARLO PELLOSO, <i>Provocatio ad populum e poteri magistratuali dal processo all’Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro</i> | 219 |
| PILAR PAVÓN, <i>La mujer en la legislación de Adriano</i> | 265 |
| LUCIA DI CINTIO, <i>Fonti normative nella lex Romana Visigothorum. Leges et iura</i> | 291 |
| MARIA VITTORIA BRAMANTE, <i>Forme e modi dell’identificazione della persona nei linguaggi tecnici antichi. Le testimonianze formulari di epoca romana</i> | 327 |

NOTAE

| | |
|---|-----|
| LORENZO FASCIONE, <i>Ancora sulla lex Furia de sponsu: ipotesi in tema di exceptio nella legis actio</i> | 363 |
| GIUSEPPINA MARIA OLIVIERO NIGLIO, «Pro discretionesexus». <i>Questioni di genere nei canoni conciliari e nelle leges di Costantino</i> | 387 |
| ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, <i>Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje</i> | 405 |

| | |
|--|-----|
| MARIALUISA NAVARRA, <i>Dal marchio al casellario giudiziario. L'uso del diritto romano in Arnould Bonneville de Marsangy</i> | 451 |
| RAFAEL RAMIS-BARCELÓ, <i>El derecho natural en el 'liber iudiciorum'</i> | 479 |
| VALERIO MASSIMO MINALE, <i>I Valentiniani contro i Manichei: su CTh. 16.5.3 (352) e CTh. 16.7.3 (383)</i> | 497 |
| ANASTASIA ALEMÁN, <i>Periculum y alternatividad de la obligación del accipiens</i> | 523 |

EVENTA

| | |
|---|-----|
| – <i>Economia e società fra IV e V secolo. Le costituzioni imperiali fra IV e V secolo</i> (Federica De Iuliis) | 543 |
|---|-----|

ANTIQUITAS POSTERIOR

| | |
|---|-----|
| [A cura di Salvatore Puliatti, Ulrico Agnati, Federica De Iuliis] | 563 |
|---|-----|

RECENSIONES LIBRORUM

| | |
|--|-----|
| GIUSEPPE VALDITARA, <i>Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana</i> , G. Giappichelli, Torino 2015, pp. 112 (Oliviero Diliberto) | 621 |
| LAURENT WAELKENS, <i>Anne adverso. Roman legal heritage in European culture</i> , Leuven University Press, Leuven 2015, pp. 424 (Francesca Galgano) | 623 |
| ALICE CHERCHI, <i>Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico</i> , Jovene Editore, Napoli 2012, pp. 292 (Sebastiano Tafaro) | 625 |
| <i>De Roma a las provincias: las élites como instrumento de proyección de Roma</i> , a cura di Antonio Caballos Rufino, Enrique Melchor Gil, Universidad de Sevilla-Universidad de Córdoba, Sevilla 2014, pp. 674 (Silvia Schiavo) | 630 |
| JULIA MARIA GOKEL, <i>Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cereidius Scaevola</i> , Duncker & Humblot, Berlin 2014, pp. 424 (Alessia Spina) | 637 |
| STEFANIA RONCATI, <i>Emerere Vendere Tradere. La lunga storia della regola I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica</i> [«Centro di eccellenza in diritto europeo 'Giovanni Pugliese'»], Jovene Editore, Napoli 2015, pp. XI+397 (Lucia Di Martino) | 645 |

- Civitas, Iura, Arma. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III.VIII)*, a cura di Fabio Botta e Luca Loschiavo, Edizioni Grifo, Lecce 2015, pp. 304 (Pierluigi Romanello) 649

CHRONICA

- «*Texte regenerieren, kontexte rekonstruieren*». Seminario metodologico internazionale, introduttivo del progetto «*Palingenesie der Römischen Senatbeschlüsse (509 V.CHR. – 284 N.CHR)*» (Salvatore Marino) 657
- *Giovani studiosi a Trento* (Maria Vittoria Bramante) 663
- *Ravenna Capitale. Codice Teodosiano e tradizioni giuridiche in Occidente. La Terra, strumento di arricchimento e sopravvivenza* (Giorgia Maragno) 665
- *Omaggio a Giuliano Crifò (1934-2011). A proposito del carteggio Betti-La Pira* (Marilena Casella) 671

GRATA RERUM NOVITATIS

- *Cultura giuridica e diritto vivente* (Francesca Galgano) 677

IN MEMORIAM

- *Carlo Venturini (1943-2014)* (Federico Procchi) 681
- *José María Coma Fort* (Christian Baldus) 699

EPISTULAE AD REDACTIONEM MISSAE

- BERNARDO SANTALUCIA, *Foro e comizio. Tra topografia e diritto* 707

LIBRI IN EPHEMERIDE ACCEPTI

- [a cura di Donato Antonio Centola, Giovanni Papa, Giuseppina M. Oliviero Niglio, Raffaele Basile, Lorena Atzeri] 717

CARLO PELLOSO

PROVOCATIO AD POPULUM E POTERI MAGISTRATUALI
DAL PROCESSO ALL'ORAZIO SUPERSTITE
ALLA MORTE DI APPIO CLAUDIO DECEMVIRO

«*Malo* I would rather be...
Malo in an apple tree...
Malo than a naughty boy...
Malo in adversity»

(B. BRITTEN, *The Turn of the Screw. An Opera in a Prologue and Two Acts. Op. 54. Libretto by Myfanwy Piper based on the story by Henry James*, London 1955, 111).

SUMMARIUM. – Il saggio concerne il rapporto tra il *ius provocationis*, i poteri magistratuali e i processi dinanzi al popolo in diritto romano arcaico. Una volta riassunte le principali ricostruzioni dottrinali del problema, si cerca di gettare nuova luce sulle origini monarchiche della *provocatio*, di delineare le regole vigenti in età protorepubblicana, nonché di definire le novelle introdotte dai *decemviri* nel quinto secolo a.C.

Parole chiave: *Provocatio ad populum* – *leges Valeriae* – magistratura – giudizi capitali.

ABSTRACT. – The essay focuses on the relationship existing between *ius provocationis*, magisterial powers and judicial trials before the *populum* in archaic Roman law. After summarizing the main scholarly reconstructions of the topic, it tries to shed some light to the monarchic origins of the *provocatio*-institute, to sketch the statutory rules in force during the early Republican age, and then to point out the changes enacted in the fifth century BC by the *decemviri*.

Key words: *Provocatio ad populum* – *leges Valeriae* – magistrates – capital trials.

1. – *Il problema della 'provocatio ad populum'*

All'anno 125 a.C. risale un interessante *denarius* fatto coniare da M. Porcio Laeca: nell'obverso, a sinistra della legenda 'Laeca', era stata stilizzata una testa di Roma protetta da elmo e nel reverso era stata raffigurata, sovrastante la legenda 'M. Porc Roma', la dea *Libertas* che, incoronata dalla *Victoria* alata e alla guida di una quadriga, teneva redini e *vindicta* in una mano e *pileus* nell'altra. Un nesso implicito e sottile, ma al contempo saldo e potente, suggerito da immagini e lettere, veniva così codificato in quella moneta della tarda *libera res publica*, la quale nel torno di poche decadi sarebbe stata trasfigurata nei suoi elementi fisiologici e fisionomici: la libertà dei Romani non è solo – in negativo e in una ottica

individualistica e privatistica – lo *status* di colui che, per nascita o meno, non è assoggettato al *dominium* personale altrui (come è simbolizzato dal *pileus* e dalla *vindicta*); la libertà dei Romani è altresì – in positivo e sul piano pubblicistico – limitazione del potere magistratuale esercitabile nei confronti dei singoli *cives* e volontà incontrovertibile del *populus Romanus* nella sua interezza (come allude il nome *M. Porc[ius]* e, con esso, il rimando alle *leges Porciae de provocatione* collocabili agli inizi del II secolo a.C.)¹.

La tradizione, per come affiora nelle opere ciceroniane e nei dati storiografici sui primi secoli di Roma, con non celata enfasi e voluta genericità, presenta la *provocatio ad populum* non solo come *patrona* della *civitas*, ma altresì come *vindex*, *praesidium* e *arx* della *libertas* repubblicana². Tuttavia, se dall’altezza rassicurante di queste suadenti e rarefatte declamazioni si intende scendere sul piano delle proiezioni pratiche dell’istituto in oggetto, il terreno si fa limaccioso e malsicuro: in cosa consistette davvero, tanto al livello della ‘procedura criminale’, quanto al livello della ‘costituzione’ della *res publica*, il *ius* – costantemente citato nelle fonti in termini di tutela fondamentale della libertà del singolo e della collettività – di invocare il popolo come proprio supremo giudice? Il materiale a disposizione non si segnala per esaustività, coerenza, e sistematicità, di talché l’opera di esegesi degli storici del diritto antico (esitante in una corposa molteplicità di disparatissime soluzioni più o meno plausibili, più o meno fantasiose, più o meno conciliabili l’una con l’altra) assume sovente i connotati di una congetturale palingenesi che – è quasi inevitabile a fronte dei silenzi, delle oscurità, delle contraddizioni dei testi – imprime anche eccessiva modernità e finitezza a forme giuridiche (di pensiero, di organizzazione,

¹ Sulla moneta descritta nel testo, cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Republican Coinage*, 1, Cambridge 1974, 270, nonché, per altri riferimenti sulla connessione *libertas* – *provocatio* in età repubblicana, H.-W. RITTER, *Zu ‘libertas’ und den Tabellargesetzen in der republikanischen Münzprägung*, in P. KNEISSL, V. LOSEMANN (hrsgg.), *‘Imperium Romanum’? Studien zu Geschichte und Rezeption (Festschrift für K. Christ)*, Stuttgart 1998, 608 ss. Sull’ideale di *libertas* (e sulle sue plurime declinazioni), vd., *ex plurimis*, C. WIRSZUBSKI, *‘Libertas’ as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*, Cambridge 1960, 133 ss.; V. ARENA, *‘Libertas’ and the Practice of Politics in the Late Roman Republic*, Cambridge-New York 2012, 41 ss., 50 ss.; di recente, con ulteriore ragguaglio bibliografico, cfr. A. MURONI, *Sull’origine della ‘libertas’ in Roma antica: storiografia annalistica ed elaborazioni giurisprudenziali*, in *D@S* 11 (2013), che propone una singolare rilettura della consueta ‘antitesi’ *regnum* – *libertas*; cfr., infine, E. STOLFI, *Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio*, in *BIDR* 108 (2014) 139 ss.

² Cfr. Cic. *or.* 2.199; Liv. 3.45.8, 3.55.4: cfr., sulla connessione *libertas*–*res publica*–*provocatio*, M. JEHNE, *Die Geltung der Provocation und die Konstruktion der römischen Republik als Freiheitsgemeinschaft*, in G. MELVILLE, H. VORLÄNDER (hrsgg.), *Geltungsgeschichten: über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen*, Köln 2002, 55 ss.; in particolare, vd., 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* 9 (2009) 89 ss.

di disciplinamento) invero sfumate e sfuggenti nella loro arcaica ‘alterità’ rispetto all’oggi³.

Una previa rassegna dottrinale che, pur nella sua rapidità, permetta al lettore di comprendere l’articolata frammentazione dello *status quaestionis* non sarà inutile premessa al tentativo – fonti alla mano – di un personale contributo volto alla perimetrazione concettuale e operativa di quell’istituto che, affondando le sue profonde radici nello strato più remoto del diritto romano, *post reges exactos* si stabilizza a pilastro processuale della *libera res publica*: circoscriveranno cronologicamente ed emblematicamente l’estensione di questo lavoro i poli rappresentati, rispettivamente, dal primo caso di graziosa concessione, da parte del re Tullo Ostilio, di *provocatio ad populum* a favore dell’eroe Orazio, nonché dalla prima disapplicazione, da parte del tribuno Virginio, del novellato regime duodecimtabulare a scapito dell’esecrabile ex decemviro Appio Claudio.

2. – *Le tesi della ‘provocatio ad populum’ come autentico atto di appello*

Non si può che partire dagli inizi della moderna storiografia sulla *provocatio ad populum*. Non si può che partire dal Mommsen. La ricostruzione della giustizia criminale romana operata dallo studioso per eccellenza nel secolo diciannovesimo del diritto penale e ‘statuale’⁴ con riguardo alla prima fase della storia repubblicana si impernia, in uno spirito di radicata fiducia nei confronti della tradizione, sull’idea di *imperium* quale fattore di genesi dello Stato nonché quale fondamento di ogni potere punitivo: 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) non può essere altro che 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 – conforme al principio di legalità – di una eccezione confermativa della regola più antica rappresentata dalla giustizia magistratuale in unica istanza. A fronte di tali premesse, il processo comiziale si delinea

³ Mi permetto, sul punto, di rimandare a C. PELLOSO, ‘*Ius*’, ‘*nomos*’, ‘*ma’at*’. ‘*Inaturalità*’ e ‘*alterità*’ delle esperienze giuridiche antiche, in *Lexis* 30 (2012) 17 ss.

⁴ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 31, 41 s., 56, 151, 163, 477 s.; *Römisches Staatsrecht*⁶, 1, Leipzig 1887, 110, 137, 141, 163 s.; *Römisches Staatsrecht*⁶, 2, Leipzig 1887, 117, 539 s.; *Römisches Staatsrecht*⁶, 3, Leipzig 1888, 302, 351 s., 354. Cfr., conformemente, P. F. GIRARD, *Histoire de l’organisation judiciaire des Romains*, 1, 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.

nel pensiero di Mommsen come un processo esclusivamente di secondo grado e l'ordinaria *provocatio ad populum* (ossia la *provocatio* dell'«*eigentliches Strafrecht*» e non quella del «*Kriegsrecht*») è presentata come «*Berufung*» del *civis* «an die Bürgerschaft»: essa assume i connotati di un atto, posto in essere dal cittadino destinatario della misura sanzionatoria irrogata sul terreno della giurisdizione dal magistrato, diretto all'instaurazione di una istanza di giustizia ulteriore amministrata dalle centurie (o, dalle tribù, allorché l'appello, in epoca solo predecemvirale ossia prima dell'implicita soppressione dei tribunali rivoluzionari, si innesti a seguito di un provvedimento capitale tribunizio). Il processo dinanzi al popolo («*der Capitalprozess*» dinanzi ai «*Centuriatcomitien*»), dunque, radicato sempre e solo in virtù di quello che viene al contempo descritto in termini di vero «appello» nonché di «domanda di grazia» (ferme sia la natura sospensiva di tale atto con riguardo all'esecuzione capitale, sia l'integrazione del reato di omicidio da parte del magistrato in caso di inosservanza della *provocatio*), si atteggia a giudizio discrezionale e non rescissorio, in quanto culminante esclusivamente in un provvedimento confermativo o caducatorio – ma mai modificativo – della sentenza capitale emanata in primo grado; 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 della «prassi costituzionale» (diretta alla sterilizzazione di potenziali dissidi tra popolo e suprema magistratura patrizia) costituita dall'esclusione del consolato dalla giurisdizione in una con la «rappresentanza forzata» dei questori.

Sotto molti aspetti si discosta dal quadro mommseniano l'ipotesi ricostruttiva proposta dal Brecht, ancorché, sotto molti altri, essa risulti ancora intimamente legata all'impianto emergente dallo «*Strafrecht*» e dallo «*Staatsrecht*»⁵: se rimane ferma, oltre alla tendenziale fiducia nei confronti della tradizione, 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 (idoneo a ricomprendere tanto provvedimenti di natura disciplinare, quanto provvedimenti di carattere autenticamente giudiziario), infatti, è concepibile – quale espressione, particolare o generale, dell'*imperium* riconosciuto ai consoli e, altresì, ai pontefici e ai *duumviri* – una pronuncia magistratuale che, qualificabile come «*echtes Urteil*», non appare dotata del crisma della incontrovertibilità, potendo infatti essere impugnata dal condannato (tanto per reati comuni, quanto per condotte di insubordinazione) e, quindi, confermata

⁵ C. H. BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren*, in *ZSS* 69 (1939) 261 ss.

o meno dal giudice popolare. Sul terreno della *iudicatio*, invece, è presente un tipo di processo che – sostanzialmente irrelato al giudizio di appello dinanzi al popolo – viene messo in moto 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, gli edili) e, previa *anquisitio*, si conclude con una sentenza popolare che, in via definitiva, si pronuncia sulla richiesta, promossa dall'accusa, di pena. In altre parole, per il Brecht, il processo comiziale è ben lungi dall'identificarsi sostanzialmente 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*⁶.

3. – *Le tesi della natura politica della 'provocatio ad populum'*

L'equazione tra *provocatio ad populum* e 'Berufung' non rimane a lungo incontrastata. Durante gli anni del secondo conflitto bellico mondiale, lo Heuß⁷ si fa portavoce di una tesi che mina alle basi l'intera costruzione del Mommsen e supera la proposta di Brecht, negando in primo luogo la connessione ancestrale tra giurisdizione criminale e *imperium*. Se la prima viene associata alla vendetta, il secondo, da potere onnicomprensivo, viene innovativamente ridotto a semplice comando militare e bellico dei cui limiti funzionali la stessa *provocatio ad populum* (intesa precedentemente come istituto civico legato alla *iudicatio*) si riteneva non partecipasse. Inoltre, per l'autore, non sarebbe il processo instaurato a seguito di *provocatio* a imporsi quale modello del *iudicium populi*, bensì – a tutto concedere – il contrario: già in epoca regia, infatti, dal processo questorio – ossia da quel processo in cui i *quaestores* sono chiamati ad accertare 'vor dem Volk' l'elemento soggettivo dell'omicidio, nonché a presiedere la fase esecutiva di 'vendetta privata' – si origina un processo fondato sulla *anquisitio* magistratuale e

⁶ Similmente il Grosso distingue due tipi di processo comiziale, l'uno instaurato a seguito di *provocatio* (in principio sfida a un duello ordalico da svolgersi dinanzi al popolo) e connesso all'incriminazione direttamente esecutiva da parte dei *duumviri* del reato di *perduellio*; l'altro indipendente dalla *provocatio* e teso alla repressione di illeciti di indole non politica (già in epoca monarchica ad instaurazione e istruttoria questorie); secondo lo studioso il *processus* storico avrebbe condotto, da un lato, alla traslazione al popolo (prima riunito in curie, poi in centurie) della decisione sulla fondatezza o meno dell'imputazione, dall'altro, all'intervento dei tribuni (prima *a latere* e poi in sostituzione dei *duumviri*) nel campo della repressione della *perduellio*; infine la legge delle XII Tavole avrebbe sancito la riserva al popolo di competenza per crimini capitali e consolidato la natura della *provocatio* quale mezzo di opposizione e sospensione del potere di *coërcitio*: G. GROSSO, *Monarchia, 'provocatio' e processo popolare*, in *Studi in onore di F. De Francisci*, 2, Milano 1956, 3 ss.; *'Provocatio' per la 'perduellio', 'provocatio sacramento' e ordalia*, in *BIDR* 63 (1960) 213 ss.; *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino 1965, 148 ss., 177.

⁷ A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten*, in *ZSS* 64 (1944) 114 ss.

culminante in un provvedimento popolare, pur in assenza di qualsivoglia *provocatio* (processo, va precisato, che nel prosieguo sarà teso alla generale repressione capitale dei reati comuni, come il parallelo processo tribunizio concernerà illeciti pubblici di indole politica)⁸. Di contro, la *provocatio* – secondo lo 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*⁹.

Sviluppando alcuni spunti già presenti nella ricostruzione dello Heuß (quali quello della natura bellica dell'*imperium* e quello della, pur non originaria, competenza questoria non giudicante, ma di mera introduzione del popolare 'Anklageprozess'), Bleicken¹⁰ 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 'Rechtsmittel'. La *provocatio*, infatti, viene descritta in termini di rivoluzionaria 'Urform' dell'ausilio dei tribuni contro gli abusi del potere magistratuale patrizio e, dunque, in termini di a-formale 'Hilferuf' avverso la coercizione in direzione di uno *scitum* del *concilium plebis* qualificabile come privilegio. Secondo lo studioso, inoltre, è con la prima *lex de provocatione* autentica, ossia quella del 300 a.C., che si consolida definitivamente uno *status quo* già parzialmente delineatosi a partire dalle XII Tavole (che, 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

⁸ Cfr. K. LATTE, *The Origin of the Quaestorship*, in *TAPA* 67 (1936) 24 ss.

⁹ In adesione all'impostazione dello Heuß, il Bauman conclude, con riguardo alle *leges de provocatione*, per l'autenticità della *lex Valeria* del 300 a.C. e di una sola (contro la triplicazione ciceroniana) *lex Porcia* (R. A. BAUMAN, *The 'lex Valeria de provocatione' of 300 B.C.*, in *Historia* 22 [1973] 34 ss.). Ancora più radicale è il Cloud, secondo cui la *lex Valeria* del 300 a.C. sarebbe (al pari delle due precedenti) una elegante finzione annalistica, rimanendo la *lex Porcia* (i cui contenuti sono attribuiti a Catone il Censore) il solo provvedimento *de provocatione* fededeigno (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.; *The Origin of 'provocatio'*, in *Revue de Philologie* 72 [1998] 27 ss.): così ritenendo, la *provocatio* viene evidentemente ad essere estromessa dalla gamma delle garanzie civiche repubblicane. A favore dell'inizio della giuridicizzazione della *provocatio* nell'anno 300 a.C. sono pure J. A. C. THOMAS, *The Development of Roman Criminal Law*, in *LQR* 79 (1963) 229, nonché J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La 'provocatio ad populum' como garantía jurídica del ciudadano romano y manifestación de cohesión social*, in *Helmantica* 45 (1994) 177 ss.

¹⁰ J. BLEICKEN, *Kollisionen zwischen 'Sacrum' und 'Publicum'*, in *Hermes* 85 (1957) 455 ss.; *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, in *ZSS* 76 (1959) 356 ss.; *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*², München 1968, 110 ss.

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 ‘Hilferuf’ con limitato riguardo alle multe pontificali¹¹.

Le ricerche del Kunkel – nel generalizzato clima di sfiducia circa l'autenticità delle prime due autonome *leges de provocatione* –, pur accogliendo talune sollecitazioni rinvenute in Brecht, Heuß e Bleicken, attuano un ripensamento dalle fondamenta dei rapporti intercorrenti tra potere magistratuale, giudizio popolare e *provocatio*. Quest'ultima ('Einschränkung der Koercitionsgewalt'), nella visione dell'autore, si impone come mezzo politico di lotta rivoluzionaria, ossia come strumento (non cogente) di forza plebea che si contrappone di fatto agli abusi del potere coercitivo della magistratura patrizia investita dell'*imperium*; dal 300 a.C. 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

¹¹ Sul punto vd., altresì, il Magdelain, il quale, diffidando della tradizione sulla *lex Valeria* del 509 e su quella *Valeria Horatia* del 449 a.C. (nonché con riguardo ai giudizi rivoluzionari tribunizi), ascrive alla *lex* del 300 a.C. l'effetto di aver corroborato l'*auxilium* tribunizio e indotto la suprema magistratura patrizia a rinunciare all'esercizio del potere coercitivo capitale in materia di crimini politici (sostituendosi così alla *provocatio*, prima corrispondente all'*auxilium*, il processo comiziale per *perduellio* instaurato e condotto dai tribuni): cfr. A. MAGDELAIN, 'Jus', 'Imperium', 'Auctoritas'. *Etudes de droit romain*, Rome 1990, 539 ss. (*De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in *Labeo* 33 [1987]). Secondo il Martin – che, fondamentalmente, si riconnette al pari del Magdelain, alla proposta ricostruttiva avanzata dal Bleicken – anche dopo la *lex Valeria* del 300 a.C. la *provocatio* avrebbe mantenuto il suo carattere originario, ossia quello di appello informale teso all'emanazione di una sentenza da parte del concilio plebeo (reputando poco probabile una piena istituzionalizzazione della *provocatio*, ovvero una sua abolizione in assenza di un contestuale divieto di coercizione capitale): cfr. J. MARTIN, *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes* 98 (1970) 74. Lo stesso Amirante recepisce, pur non svalutando *in toto* le notizie offerte dalla tradizione con riguardo alle più antiche *leges de provocatione*, dal Bleicken la tesi della natura informale dell'originaria *provocatio* (sia quale istituto invero il principio della responsabilità dei magistrati dinanzi, almeno sino alle XII Tavole, alla plebe, sia quale figura assimilabile all'appello al console collega, giusta il principio della *par potestas*, ai fini della *intercessio*): e ciò nel tentativo ulteriore di negare ogni legame tra quest'ultima e il processo comiziale stesso (L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum' fino al 300*, in *Iura* 34 [1983] 1 ss.). In una prospettiva pur lontana dal rigore estremo dell'ipercriticismo, lo stesso Humbert, da una parte, ha identificato la originaria *provocatio* nell'*auxilium* tribunizio; dall'altra, ha connesso alla *lex Valeria* del 300 a.C. l'automatismo dell'appello popolare in una con l'emersione del diritto civico di sospendere l'esecuzione capitale o la fustigazione previste dal console in forza del suo potere coercitivo; dall'altra ancora, ha ipotizzato l'affermarsi di un processo popolare tribunizio, a latere di quello questorio, indipendente dalla *provocatio* (M. HUMBERT, *Le tribunal de la plèbe et le tribunal du peuple. Remarques sur l'histoire de la 'provocatio ad populum'*, in *MEFRA* 100 [1988] 468 ss.).

capitali di carattere privatistico tese alla sospensione o alla sterilizzazione dell'esercizio della vendetta da parte del gruppo familiare della persona asseritamente lesa (forme entro cui i questori vengono inquadrati o come inquirenti o, in alternativa, addirittura come giudici)¹².

4. – *Le tesi della 'provocatio ad populum' come istituto 'giuridico' di opposizione alla 'coercitio' magistratuale*

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 polare tra *iudicatio* popolare e *coercitio* magistratuale è stata proposta, in Italia, dal Santalucia¹³ nonché – con notevoli spunti di originalità – dal Garofalo¹⁴: al primo, peraltro, si deve una recente messa

¹² 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.); piena persuasività alla tesi di Kunkel contro il modello mommseniano 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; 'Provocatio'. *From the Struggle of the Orders to the Principate*, in *ANRW* 1.2 (1972) 227 ss.; 'Provocatio' e 'Iudicium Populi' dopo Kunkel, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 15 ss. (il quale muove dall'identificazione della *provocatio* con l'appello a-giuridico alla plebe e conclude sia negando l'automatica applicazione della stessa anche dopo il 300 a.C., sia attribuendo alle pronunce popolari la natura, non di sentenza, ma di decisione politica).

¹³ 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 36, Milano 1987, 318 ss.; *Pena criminale [diritto romano]*, in *ED* 37, Milano 1982, 734 ss.); *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 7 ss., 20 ss., 29 ss., 36 ss., 40 ss., 47 ss.; *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 A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE [a cura di], *Storia di Roma*, 1, Torino 1988, 427 ss.; *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura* 35 [1984], 47 ss.; *Sacertà e processi rivoluzionari plebei: a proposito di un libro recente*, in *Studi per G. Nicosia*, 8, Milano 2007, 255 ss.; *Sulla legge decemvirale 'de capite civis'*, in M. HUMBERT [a cura di], *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 401 ss.). Cfr., per una connessione stretta tra *provocatio* e *coercitio* magistratuale, L. RODRIGUEZ-ENNES, *Algunas cuestiones en torno a la 'verberatio'*, in *RIDA* 69 (2012) 177 ss.; 'Verberatio' y 'provocatio ad populum', in *Direito romano: poder e direito*, Coimbra 2013, 811 ss.

¹⁴ Il sistema concepito dal Garofalo si presenta, per come emerge in numerose sue pagine, sotto diversi profili analogo a quello elaborato dal Santalucia (e, al contempo, ben distante da quello delineato dal Mantovani): cfr. L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova 1989, *passim*; *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI* 50 (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.); *La competenza a promuovere 'iudicia populi' avverso donne*, in *SDHI* 52 (1986) 451 ss. (nonché in *Appunti cit.* 89 ss.); *In tema di 'provocatio ad populum'*, in *SDHI* 53 (1987) 355 ss. (nonché in *Appunti cit.* 43 ss.); 'Aediles' e 'iudicia populi', in A. BURDESE (a cura di), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, 45 ss. (nonché

a punto in cui – seppur con finalità primariamente divulgative – sono state ribadite e chiarite alcune delle tesi più significative dell’orientamento dottrinale in questione¹⁵. La *provocatio*, sconosciuta come *ius* in epoca monarchica (dovendosi respingere come mere anticipazioni le notizie traibili dalle fonti sul punto), una volta caduto il regno dei Tarquini, assurge legislativamente – e ciò in conformità a una tradizione ritenuta sostanzialmente fededegna – a suprema garanzia civica, di natura eminentemente patrizia, contro gli abusi e gli arbitri dell’esercizio, in autotutela, del potere coercitivo consolare esplicantesi come declinazione dell’*imperium*: si nega così, in modo reciso, la natura di giudizio di secondo grado ad

in *Appunti* cit. 121 ss.); *Ancora sul processo comiziale ‘de capite civis’ (A proposito di un recente studio)*, in *SDHI* 54 (1988) 285 ss. (nonché in *Appunti* cit. 167 ss.); *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *SDHI* 56 (1990) 366 ss. (nonché in *Appunti* cit. 241 ss.); *Il pretore giudice criminale in età repubblicana? In margine a una risposta*, in *SDHI* 57 (1991) 402 ss. (nonché in *Appunti* cit. 287 ss.). Segnalo qui, anticipatamente, alcune macroscopiche divergenze di pensiero tra i due autori. Garofalo si dimostra fiducioso nella veridicità delle testimonianze attestanti (non un *ius*, bensì) plurime e singole ipotesi di *provocationes* in età regia, sicché il processo comiziale e quello per *provocatio*, pur non identificandosi l’uno nell’altro, risulterebbero coevi; il console in età repubblicana, privo di potere giudiziale capitale, ben difficilmente avrebbe lasciato ai soli questori il potere di promuovere l’accusa criminale; i questori (magistrati di origine antichissima con funzioni verisimilmente già istruttorie e di designazione solo monarchica: cfr., nello stesso senso, P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, 618 ss.; G. GROSSO, *‘Provocatio’ per la ‘perduellis’* cit. 218; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione Romana*², 1, Napoli 1972, 285; v., altresì, C. VENTURINI, *Sanzione di crimini e principio di colpevolezza nell’assetto decemvirale: alcuni rilievi*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli 2008, 123 s.), in età proto-repubblicana (dal 509 a.C. al 477 a.C.), sarebbero stati nominati dal popolo su iniziativa dei consoli *ad hoc* (ossia caso per caso) con competenza al livello di istruzione e di instaurazione del processo popolare capitale; di contro, la magistratura del duumvirato si sarebbe esaurita in età regia. Dinanzi alle centurie già prima delle XII Tavole (e su sollecitazione della plebe) si sarebbero svolti alcuni processi. La disposizione decemvirale sull’*homo indemnatus* sarebbe rivolta a tutti (magistrati patrizi, cittadini, tribuni, edili); la *provocatio* non solo verrebbe ribadita come *ius* (implicandoci 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 atti coercitivi dei tribuni: concorde, implicitamente, è R. LAMBERTINI, *Aspetti ‘positivo’ e ‘negativo’ della ‘sacrosancta potestas’ dei tribuni della plebe*, in *D@S* 7 (2008) § 3; in modo esplicito, cfr. P. CERAMI, *Diritto al processo e diritto ad un ‘giusto’ processo: radici romane di una problematica attuale*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova 2008, 40 e nt. 21; C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, 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. (che si richiama direttamente a C. H. BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren* cit. 290 ss.); A. MAGDELAIN, *‘Jus’* cit. 514 (*Remarques sur la ‘perduellio’*, in *Historia* 22 [1973]); E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocazione*. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 2008, 205, 216; contrario parrebbe pure B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 42, benché – almeno da questa singola pagina – non sia cristallino se il pensiero dell’autore (che nega la sperimentabilità della *provocatio* contro i tribuni) attenga, o meno, al solo periodo predecemvirale.

¹⁵ B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna 2013, 19 ss., 23 s., 25 ss., 30 ss., 39 ss.

ogni processo popolare¹⁶. 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 era affermata per via di prassi, sulla base di originarie concessioni graziose del monarca, una autentica sfera di repressione di esclusiva competenza dell'assemblea curiata, dinanzi alla quale si celebrava 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, al contempo, confermato ed innovato dai decemviri attraverso plurime disposizioni che attribuiscono (a patrizi e plebei) il *ius provocationis*, 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), attraverso la norma (filo-plebea) sulla competenza *de capite civis*, la quale, pur ribadendo l'esclusiva competenza capitale del popolo, determina l'implicito passaggio dalle curie alle centurie del potere giudicante capitale.

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 Mantovani¹⁷. Secondo lo studioso, infatti, le *res capitales*

¹⁶ In Italia (come in Germania lo Heuß, il Bleicken, e il Kunkel, benché in una prospettiva 'extra-giuridica'), già il Pugliese aveva limitato la *provocatio* alla sola sfera della *coërcitio* magistratuale (G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium' nella repressione penale*, Torino 1939, 6 ss., 23 ss., 32, 36 s.): secondo il grande studioso, infatti, prima della *lex Valeria* del 300 a.C. (la prima delle *leges de provocatione* ad essere ritenuta storicamente autentica), il console, nell'esercizio del suo *imperium*, era legato da un mero vincolo 'morale-giuridico' (ossia, *sub specie iuris*, aveva 'facoltà') di chiamare a consulto i comizi in relazione a una infrazione ritenuta meritevole di sanzione capitale da eseguirsi a mezzo della *securi percussio* e della previa *verberatio* (cfr., similmente, E. S. STAVELEY, 'Provocatio' during the Fifth and Fourth Centuries B.C., in *Historia* 3 [1956] 414 ss., che, oltre a ribadire la storicità della sola *lex Valeria* del 300 a.C., ritiene che il console, dopo le XII Tavole, fosse libero di promuovere un giudizio dinanzi al popolo o provvedere a infliggere direttamente una sanzione *sine iudicio*); nel 300 a.C., come accennato, tale vincolo venne pienamente giuridicizzato, mentre con la *lex Porcia* esso si estese anche ai provvedimenti irroganti la sola fustigazione, così come venne imposto in Roma un processo promosso e condotto dai tribuni.

¹⁷ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova 1989, 9 ss.; *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum* 78 (1990) 19 ss.; *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, in *Athenaeum* 79 (1991) 611 ss. (sulla locuzione '*iniussu populī*' interpretata nel senso di 'in assenza di un previo provvedimento legislativo', vd., 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, vd. C. VENTURINI, *Pomponio, Cicerone e la 'provocatio'*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, 2, Napoli 1997, 527 ss., 530 e nt. 8).

sarebbero 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 attergerebbe 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* incriminatrice¹⁸.

5. – *Le sentenze capitali dei supremi magistrati e la ‘provocatio ad populum’*

Una volta illustrate nei precedenti paragrafi le principali posizioni espresse in letteratura – ancorché tale sintesi sia il frutto di una inevitabile semplificazione –, la prima osservazione che intendo proporre concerne 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 voler qui soffermarmi sulla oramai pacifica infondatezza di quell’orientamento che, programmaticamente, svaluta (se non annichilisce addi-

¹⁸ Pur riconnettendo l’originaria *provocatio* (interpretata come ‘appello’ i cui fondamenti monarchici sarebbero schiettamente religiosi) al terreno della *iudicatio de capite civis*, invero, molto mutua dalla singolare ricostruzione proposta dal Mantovani il tentativo operato dalla Tassi Scandone di risistemazione della intera materia (E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’ cit. 39 ss., 61 ss., 105 ss., 153 ss.). 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, il ricorso alla *provocatio ad populum* presuppone l’esistenza di una norma incriminatrice che attribuisce altresì al magistrato potere giudicante capitale (*ius dicere, animadvertere*); infine, propone un’interpretazione della norma decemvirale *de capite civis* in termini di ‘norma sulla competenza legislativa esclusiva delle centurie in materia capitale’ (nel tentativo di inficiare alla base la tesi dell’esclusiva competenza giudiziale in materia capitale delle centurie: contro di essa, cfr. C. PELLOSO, *Sacertà* cit. 123, nt. 93; N. SPADAVECCHIA, *Gli enigmi della ‘provocatio ad populum’*, in *Politica antica* 2 [2012] 195 s.; per ulteriori note critiche vd. N. DE LUCA, ‘*Praesidium libertatis*: le *leges Valeriae de provocatione*’, in *Index* 38 [2008] 89 ss.).

rittura) 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 – almeno per come ci è stato tradito – 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*.

Cicerone scrive che P. Valerio Publicola²⁰ *‘maxime legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret’*²¹. Valerio Massimo, parimenti, riferisce che quegli *‘legem etiam comitiis centuriatis tulit, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem verberare aut necare vellet’*²². Dionigi di Alicarnasso vanta addirittura di riprodurre testualmente la legge del

¹⁹ Sulla storicità della legge, rimando alle ampie e persuasive argomentazioni di E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione* cit. 39 ss.; vd., inoltre, L. GAROFALO, *Appunti* cit. 50 s., 65, 84, 177; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 31. Contro un atteggiamento ipercritico, in generale, v., seppur con qualche dubbio circa le origini regie della *provocatio*, L. RODRIGUEZ-ENNES, *La ‘provocatio ad populum’ como garantía fundamental del ciudadano romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano 1983, 73 ss.; *Nuevas perspectivas en torno a la evolución histórica de la ‘provocatio ad populum’*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, 46, 1989, 12 ss. Addirittura, secondo Develin «if we are to deny any law on *provocatio*, surely it should be that of 300, which repeats that of 509 and is omitted by Cicero» (R. DEVELIN, *‘Provocatio’ and plebiscites*, in *Mnemosyne* 31 [1978] 55). Cfr., altresì, tanto M. HUMBERT, *Le tribunaux de la plèbe* cit. 433, 457, quanto C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 80 s.; *Variazioni in tema di ‘provocatio ad populum’*, in *Index* 37 (2009) 79 s. (sebbene scettici in merito all’autenticità della *lex Valeria* del 509 a.C.). E tutto ciò contro non solo chi tenta addirittura di eliminare dall’assetto della costituzione repubblicana l’istituto della *provocatio* (J. D. CLOUD, *The Origin of ‘provocatio’* cit. 27 ss.), ma altresì contro coloro che ascrivono alla sola *lex Valeria* del 300 a.C. storicità (v., per tutti, A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums* cit. 114 ss.), a coloro che (esplicitamente) prestano fede solo alla *lex* del 449 a.C. (F. DE MARTINO, *Storia* 1 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.), o alle 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.).

²⁰ La storicità del personaggio è confermata dal *lapis Satricanus* (in genere e sul suo ritrovamento, vd. E. LUCCHESI, *Vecchie e nuove [in]certezze sul ‘Lapis Satricanus’*, Pisa 2002): cfr., in particolare, L. ARCELLA, *L’iscrizione di Satrico e il mito di P. Valerio Publicola*, in *SMSR* 16 (1992) 219 ss.; C. DE SIMONE, *Ancora sull’iscrizione satricana di P. Valerio*, in *Studi Etruschi* 56 (1995) 247 ss. Con il Colonna si può ricordare come «nell’iscrizione i suoi donatori, membri di una *gens* sul cui nome possono farsi solo congetture (per esempio **Laiuei* o **Iuniei*), si dichiarano con enfasi ‘sodali di Publio Valerio nel nome di Marte’, ossia in un’accezione marcatamente guerriera»; per l’autore il luogo di rinvenimento dell’iscrizione insieme alla presenza di espressioni non romane, quali elementi ellenizzanti nella paleografia, «farebbe pensare a un gruppo di dedicanti legati sì da un legame personale di ‘eteria’ con Poplicola, ma satricani, animatori in loco di un eventuale partito filo-romano» (G. COLONNA, *Le iscrizioni di ‘Satricum’*, in M. GNADE [a cura di], *‘Satricum’. Trenta anni di scavi olandesi*, Amsterdam 2007, 98 s.). Sulla attività legislativa e militare del Publicola con ampia raccolta di fonti cfr. M. BLASI, *Il caso controverso degli onori funebri di Publio Valerio Publicola*, in G. BARTOLINI, M. G. BENEDETTINI (a cura di), *Sepolti tra i vivi. Evidenza ed interpretazione di contesti funerari in abitato (Università degli Studi di Roma ‘La Sapienza’, 26-29 Aprile 2006)*, Roma 2007, 1048 s.

²¹ Cic. *rep.* 2.31.53 (v. Cic. *rep.* 1.40.62, nonché *acad. pr.* 2.5.13).

²² Val. Max. 4.1.1.

509 a.C.: ἕάν 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' ἐν τῷ μεταξὺ χρόνῳ μηδὲν ὑπὸ τῆς ἀρχῆς, ἕως ἂν ὁ δῆμος ὑπὲρ αὐτοῦ ψηφίσῃται; quindi precisa che detta legge 'τὰς τῶν ὑπάτων γνώμας ἀκύρους ἐποίησε, μὴ τιμωρεῖσθαι Ῥωμαίων τινὰ πρὸ δίκης, ἐπιτρέψας τοῖς ἀγομένοις ἐπὶ τὰς κολάσεις ὑπ' αὐτῶν προκαλεῖσθαι τὴν διάγνωσιν ἐπὶ τὸν δῆμον, καὶ τέως ἂν ἡ πλῆθὺς ἐνέγκῃ ψῆφον ὑπὲρ αὐτῶν σώμασί τε καὶ βίοις τὸ ἀσφαλὲς ἔχειν'²³. Infine, Pomponio conferma che agli inizi della repubblica, una volta *exacti* i *reges*, venne emanata una *lex* (seppur non qualificata espressamente come *Valeria*)²⁴ con cui '*factum est ut ab eis [i.e. a consulibus] provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*'²⁵. Questi au-

²³ Dion. Hal. 5.19.4 e 5.70.2. Lo storico continua in questi termini: τὸν δὲ παρὰ ταῦτά τι ποιεῖν ἐπιχειροῦντα ἵπποισι τεθῶναι κελεύων; ma la notizia ivi contenuta circa l'attribuzione dello *status* di *sacer* al magistrato che non rispetti la *provocatio ad populum* ha da 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*, cfr. S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, 1, 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 provocazione*, attesta la caduta in sacertà del violatore del precetto: cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², 2, 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*, 1 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. sv. '*Peculatus*' (Lindsay 232, 233, 268, 269); Paul.-Fest. sv. '*Ovibus duabus*' (Lindsay 220); Paul.-Fest. sv. '*Maximam multam*' (Lindsay 129); Gell. 11.1.3.

²⁴ Cfr. L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 16, nt. 25; *Appunti* cit. 65, 84, 270, 298.

²⁵ D. 1.2.2.16 (Pomp. *l.s. ench.*): *lege lata factum est ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*. Il passo del giurista classico, secondo B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 18, riecheggerebbe i termini originali della *lex Valeria* del 509 a.C. (implicitamente conforme è L. GAROFALO, *Appunti* cit. 71 ss.); *contra*, cfr. C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 527 ss.; *Variazioni* cit. 70 s., a cui avviso D. 1.2.2.16 rifletterebbe invece una vulgata convenzionale esplicitata in termini oscuri e di non eccessivo rilievo. Quanto alla struttura sintattica, se da una parte è vero che la coordinata '*neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi*' non può avere valore esplicativo del segmento di periodo immediatamente precedente '*lege lata factum est ut ab eis provocatio esset*', atteso che '*neve*' è congiunzione inidonea a introdurre un chiarimento (così C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 527; *Variazioni* cit. 70 s., contro un orientamento risalente al Mommsen stesso [T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 38, nt. 1]), altrettanto vero è che mediante '*neve*' si può introdurre una conseguenza logica (come è, ad esempio, nella *lex Valeria Horatia* del 449 a.C. di cui a Liv. 3.55.4-5), di modo che Pomponio verrebbe 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 D. 1.2.2.23 (Pomp. *l.s. ench.*) milita contro la tesi della permanenza *post reges exactos* di un potere capitale dei consoli, in quanto, benché qui Pomponio si limiti a precisare che non era permesso ai consoli di '*ius dicere de capite civis iniussu populi*' (sembrando quindi credere nell'esistenza di un divieto di messa a morte assoluto), è grazie alla parentetica '*ut diximus*', la quale rimanda ai contenuti di D. 1.2.2.16, che è lecito concludere nel senso, anche in tale contesto, di una menzione da parte del giurista di un divieto solo relativo

tori, a quanto mi pare, sono cristallini sul punto: la *provocatio* non assurge a ricorso contro l'esercizio da parte del console di un potere sanzionario a monte inesistente, bensì viene configurata come rimedio che, se e solo se fatto valere (v'è da credere secondo a noi ignote formalità) dal cittadino²⁶, sospende l'esecuzione di un provvedimento capitale emanato dal

(sul significato di *animadvertere* e di *ius dicere* cfr., *infra*, nel testo): *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 praesent: hi appellabantur quaestores paricidii, quorum etiam meminuit lex duodecim tabularum.* Va qui ricordato come Giovanni Lido, precisando di citare testualmente 'Γάτος τοί νυν ό νομικός έν τῷ επιγραφόμενῳ παρ' αὐτοῦ *Ad legem XII Tabularum*, οίον Είς τόν Νόμον τοῦ Δυοκαϊδεκαδέλτου' (per la plausibile derivazione da Gaio, cfr. J. D. CLOUD, 'Paricidium': from the 'lex Numa' to the 'lex Pompeia de paricidiis', in *ZSS* 88 (1971), 19 ss.; *contra*, cfr. *Motivation in Ancient Accounts of the Early History of the Quaestorship and its Consequences for Modern Historiography*, in *Chiron* 33 [2003] 99 ss.; C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 532 s.), attestati una connessione proto-repubblicana tra magistrature patrizie e questura analoga (ma non perfettamente identica) a quella cui si fa cenno in Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.23: *ἐπειδή δὲ περὶ κεφαλικῆς τιμωρίας οὐκ ἔξῃν τοῖς ἄρχουσι κατὰ Ῥωμαίου πολίτου ψηφίσασθαι, προεβλήθησαν κυαίστωρες παρρικιδίου, ὡς ἂν εἰ κριταὶ καὶ δικασταὶ τῶν πολιτας ἀνελόντων* (Lyd. *mag.* 1.26). Tuttavia, lo storico bizantino si riferisce non a 'consoli', ma, genericamente, a 'magistrati'; inoltre non cita né alcuna *lex* fonte del divieto in questione, né si sofferma sull'elezione popolare dei questori; infine, non discorre di un 'divieto di giudicare senza *iussus populi*', ma, semplicemente, menziona un 'divieto di *ψηφίσασθαι περὶ κεφαλικῆς τιμωρίας*', attribuendo, addirittura, ai questori una competenza, in ambito criminale, parificabile a quella di 'κριταὶ καὶ δικασταὶ'. Vero è che, secondo un autorevole filone di pensiero, Giovanni Lido ha citato erroneamente Gaio, in luogo di Pomponio, non accorgendosi della cesura tra due distinti frammenti del Digesto, D. 1.2.1 e D. 1.2.2, il primo riprodotto uno stralcio del commentario gaiano alle XII Tavole, il secondo tratto dalla monografia pomponiana (H. E. DIRKSEN, *Die historische Glaubwürdigkeit der Berichte des Johannes Lydus, in dessen Schrift 'de magistratibus reipublicae Romanae'*, in *Vermischte Schriften*, Berlin 1841, 50 ss.; M. BRETONE, *Linee dell'Enchiridion' di Pomponio*, Bari 1965, 52 ss.; 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), laddove altri hanno ritenuto che il referente di Lido fosse rappresentato da redazioni manualistiche assai tarde diffuse sotto il nome di Gaio e di Pomponio (A. D'ORS, 'Varia Romana' 4. *Las citas de Gayo en Juan Lido*, in *AHDE* [1951-1952] 1276 ss.). Se, dunque, si accoglie la tesi secondo cui la lettura che il Lido ha compiuto di Pomponio è stata alquanto affrettata, non è stupefacente rinvenire nella traduzione greca proposta macroscopiche differenze rispetto all'originale latino (ben potendo essere caduti i riferimenti alla *lex*, al *iussus populi* e all'elezione popolare, ben potendo, per di più, la perifrasi 'κριταὶ καὶ δικασταὶ' corrispondere – con travisamento semantico – al latino pomponiano '*praesent capitalibus rebus*'). Parimenti assai poco attendibile risulta il passo di Giovanni Lido ove si sposi l'idea del sunto manualistico come sua fonte. In aggiunta, sulla *lex Valeria* del 509 a.C., più generici sono i dati evincibili da Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15. Da Liv. 2.18.8, 2.29.11, 3.20.7-8, Dion. Hal. 5.75.2, 6.58.2, Lyd. *mag.* 1.37, Zon. 7.13 emergono alcuni limiti cui era sottoposta la *provocatio* istituita nel 509 a.C.

²⁶ 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,

console in conformità ed entro i limiti di una sfera di potere a lui, invero, attribuita: Dionigi, peraltro, è ancora più preciso rispetto agli autori latini, specificando che la *lex Valeria* del 509 a.C. – lungi dall’abolire un potere capitale dei supremi magistrati patrizi – semplicemente ‘τὰς τῶν ὑπάτων γνώμας ἀκύρους ἐποίησε’, ossia rese i provvedimenti dei *consules* ‘non definitivi’, ossia ‘controvertibili’, in quanto assoggettabili ad ἔφεσις (vale a dire, secondo la lessicografia greca, a μεταγωγή, ossia a ‘traslazione’ da un tribunale a un altro tribunale)²⁷. In altre parole, secondo l’unanime ricostruzione degli autori antichi, non viene previsto legislativamente il divieto assoluto di fustigare e mettere a morte (*verberare* e *necare*), bensì si scolpisce il (più limitato) divieto di proseguire nell’esecuzione suprema a seguito dell’esercizio da parte del cittadino, destinatario della misura sanzionatoria, del *ius* di *provocare*.

A sussidio di tale lettura delle fonti, va sottolineato come non sembri sufficientemente supportata la tesi della negazione – a far tempo dai primordi dell’era repubblicana in continuità, peraltro, con l’ultima fase della monarchia, durante la quale si delineerebbe «accanto alla giurisdizione del popolo, la *coërcitio* del re»²⁸ – di qualsivoglia potere di carattere giudiziale in ambito criminale in capo alla suprema magistratura patrizia, titolare – come è noto – di un potere direttamente derivato da quello regio²⁹. Se, da un lato, credo meritevole di adesione quella corrente di

l’immediato esplicitarsi ai propri danni della *coërcitio* magistratuale» (C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 549), «non essendo pensabile la rinuncia dell’interessato ad un diritto suscettibile di sottrarlo ad un non lieto destino» (*Variazioni* cit. 83).

²⁷ Cfr., altresì, Plut. *Publ.* 11.3, che attribuisce all’accusato il diritto di provocare dai consoli (μετὰ δὲ ταῦτα νόμους ἔγραψεν, ὧν μάλιστα μὲν ἰσχυροὺς ἐποίησε τοὺς πολλοὺς ὁ τὸν δῆμον ἀπὸ τῶν ὑπάτων τῷ φεύγοντι δίκην ἐπικαλεῖσθαι διδούς); 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), nonché Dion. Hal. 7.41.1 (ἔξεῖναι τοῖς κατισχυομένοις ὑπὸ τῶν πατρικίων δημόταις προκαλεῖσθαι τὰς κρίσεις ἐπὶ τὸν δῆμον), ove si configura la *provocatio* come una traslazione del giudizio originariamente magistratuale (cfr. Harp. *lex* sv. ἔφεσις; Diogenian. *Paroem.* 4.70.1). Sulla non sovrapponibilità tra il rimedio processuale dell’ἔφεσις e quello dell’appello’, vd. (benché con riguardo esclusivo all’esperienza giuridica attica) M. JUST, *Die ‘Ephesis’ in der Geschichte des attischen Prozess. Ein Versuch zur Deutung der Rechtsnatur der ‘Ephesis’*, Würzburg 1965, *passim*; U. E. PAOLI, *La ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον en droit attique*, in *RIDA* 5 (1950) 325 ss.; C. PELLOSO, *Ἐφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: Remarks and Speculations on the Legal Nature of the Solonian Reform*, in G. THÜR, D. LEÃO (ed.), *Symposion 2015*, Wien 2016 (forthcoming).

²⁸ Così, recisamente, B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 23; più sfumata la posizione di L. GAROFALO, *Appunti* cit. 174 s.

²⁹ Cfr. 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* 30 (1952) 3 ss.; A. GIOVANNINI, *Il passaggio dalle istituzioni monarchiche alle istituzioni repubblicane*, in M. A. LEVI (a cura di), *Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e repubblica: in memoria di F. Castagnoli*, Rome 1993, 75 ss.; vd., inoltre, K. GIRARDET, *Die Entmachtung des Konsulates im Übergang von der Republik zur Monarchie und die Rechtsgrundlagen des augusteischen Prinzipats*, in W. GÖRLER, S. KOSTER (hrsgg.), *Pratum*

peniero 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 solo embrionali) per concessione graziosa del re³⁰, dall'altro, nulla mi pare nei testi antichi dimostri il graduale affermarsi di una autentica 'consuetudine' consistente nel riservare regolarmente al popolo la competenza di decidere *de capite civis* (con corrispondente e contestuale abrogazione di siffatto potere in capo al *rex* e, per il console, originaria inesistenza dello stesso).

In primis, in tal senso non ritengo determinante il dato archeologico della pavimentazione, ai piedi dell'arce capitolina, di uno spazio destinato a riunioni del popolo, vuoi già a fare tempo dall'età di vita dello stesso fondatore (intorno alla metà dell'VIII secolo a.C.), vuoi a fare tempo dal regno di Tullo Ostilio (nell'ultimo quarto del VII secolo a.C.). E ciò in quanto tale dato, a parte segnalare la arcaicità di possibili riunioni popolari, nulla dice di preciso, *sub specie iuris*, circa supposte generali funzioni – di carattere deliberativo – esercitabili originariamente dal popolo presso il Comizio³¹. Né, del resto, è così pacifico che la celeberrima sigla

Saraviense: *Festschrift für P. Steinmetz*, Stuttgart 1990, 89 ss.; G. URSO, *The origin of consulship in Cassius Dio's Roman History*, in H. BECK, A. DUPLA, M. JEHNE, F. PINA POLO (ed.), *Consuls and 'Res Publica'. Holding High Office in Roman Republic*, 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; Liv. 43.16.11; cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit. 49, nt. 8), per indicare i consoli (cfr. Cic. *leg.* 3.3.8; Varro *ling.* 6.88; Liv. 3.55; Gell. 11.18.8; Plin. *nat. hist.* 18.3.12; Non. sv. '*consulum et praetorum*' [Lindsay 23]; Paul.-Fest. sv. '*Porta praetoria*' [Lindsay 249]): sul punto, cfr., ampiamente, G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati* cit. 20 ss.

³⁰Per un 'processo popolare' instaurato a seguito di *provocatio* (contro pronuncia regia o duumvirale), cfr. 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. sv. '*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.; *Altri studi* cit. 20 ss.; *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* 1 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) non specifica affatto l'esatto ruolo che, in ambito di repressione delle *res capitales* e disatteso dal re etrusco, il popolo avrebbe giocato.

³¹Secondo una recente, suggestiva (ma, certamente non incontrastata) scuola di pensiero, al Comizio sarebbe attestata una prima colmata di sabbia e di ciottoli a testimonianza della prima frequentazione stabile dell'area intorno al 750-700 a.C. (anche se a tali tracce di attività, vanno aggiunti diversi materiali residuali o in giacitura secondaria dell'età del bronzo finale e dei

calendariale *Q.R.C.F.* (*quando rex comitiavit fas*)³² rimandi – come invece si è

periodi successivi dell'età del ferro, senza alcuna soluzione di continuità nella frequentazione del luogo); la prima pavimentazione risalirebbe al 700-675 a.C. circa (di talché la figura del fondatore stesso viene connessa al Comizio, quale uno dei più illustri siti entro i confini dell'abitato); la nuova pavimentazione si collocherebbe dopo il 630-580 a.C. circa. Il sito sarebbe stato già impiegato come centro di riunione delle curie nell'VIII secolo a.C.: il Comizio sarebbe consistito in «un piano asciutto e solido», interpretabile come «pavimentazione di un'area scoperta» e identificabile «con il luogo di riunione delle curie romulee» – anche se «solo un breve tratto di questa possibile prima pavimentazione si è conservato, a causa delle modifiche successive» – per l'esercizio di funzioni giudicanti, sulla scorta di Varr. *l.L.* 5.155 quale «prerogativa del luogo fin dalla prima età monarchica» (P. CARAFA, *Il Comizio di Roma dalle origini all'età di Augusto*, Roma 1997, 114, 120, nonché 75 ss., 84, 96 ss.; *I contesti archeologici dell'età romulea e della prima età regia*, in A. CARANDINI, R. CAPPELLI [a cura di], *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città*, Milano 2000, 69). La ricostruzione congetturale dell'autore, tuttavia, è stata successivamente acconciata, armonizzando il dato archeologico con la tradizione riportata da Cic. *rep.* 2.17.31 che attribuisce al re Tullo Ostilio la creazione del Comizio: i reperti del sito sono stati letti, dunque, come tracce solo culturali e l'utilizzazione politica del sito è stata avanzata da Romolo al suo secondo successore (P. CARAFA, *Il Volcanal e il Comizio*, in *Workshop di Archeologia Classica* 2 [2005] 139 s.). Per una diversa datazione delle pavimentazioni del Comizio (il cui primo pavimento sarebbe contemporaneo al prosciugamento della pianura del Foro e alla sistemazione della sua prima copertura in terra battuta), nell'ultimo quarto del VII secolo a.C., e per una più prudente e neutrale lettura delle testimonianze (tendenti a identificare parzialmente il *Comitium* con l'area *Volcani* e questa con l'area del *lapis niger*, fatta esclusione per Gell. 4.5.1), cfr. F. COARELLI, sv. 'Comitium', in *Lexicon Topographicum urbis Romae*, 1, Roma 1999, 309 ss.; *Il Comizio dalle origini alla fine della Repubblica*, in *PdP* 32 (1977) 166 ss.; *Il Foro Romano*, 1, Roma 1983, 119 ss., ripreso da C. AMPOLO, *Il problema delle origini di Roma rivisitato: concordismo, ipertradizionalismo acritico, contesti*, 1, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia* 5.1 (2013) 262 ss. Cfr., inoltre, per l'idea secondo cui il Comizio era fin dalle origini della città, nell'ultimo quarto del VII secolo a.C., il luogo di riunione delle assemblee del popolo, senza dover credere a Plut. *Rom.* 19.9-10 (che retrodata a Romolo e Tito Tazio), M. HUMM, *Le Comitium du Forum Romain et la réforme des tribus d'Appius Claudius Caecus*, in *MEFRA* 111.2 (1999) 625 ss.; *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 Enrico Corti, Firenze 2014 69 ss.; *Espaces comitiaux et contraintes augurales à Rome pendant la période républicaine*, in *Ktema* 39 (2014) 315 ss. La regolare presenza di assemblee deliberanti in Roma monarchica va tendenzialmente esclusa: né è «anacronistico ammettere che i combattenti, distribuiti nelle loro sezioni, si riunissero sulla piazza presso la reggia, convocati dal re per ricevere le sue comunicazioni e presenziare riti, gare, processi e simili», cosicché «la presenza della moltitudine, quando non aveva lo scopo pratico di assicurare la più larga divulgazione possibile alla comunicazione che il re intendeva fare, serviva ad amplificare e rendere più solenne la parola e l'operato del re» (U. COLI, 'Regnum', in *SDHI* 17 [1951] 65).

³² Cfr., sulla sigla, da ultimi: 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.; F. COARELLI, *Il Foro Romano* 1 cit. 186 ss.). Forse già in età monarchica in due *dies fissi*, il 24 Marzo e il 24 Maggio, indicati dalla sigla *Q.R.C.F.* (Varr. *l.L.* 6.29-30, 53), il *rex* (ancora non ridotto ad *sacra*) *comitiabat*, sicché, solo una volta terminata questa operazione, il *dies* da *nefastus* diveniva *fastus*. Secondo la lettura più accreditata, infatti, *Q.R.C.F.* sarebbe stato l'acronimo di 'quando rex comitiavit fas': tesi suffragata sia da Varr. *l.L.* 6.31, sia da Paul.-Fest. sv. 'Signum' (Lindsay 311), sia da Verrio Flacco in base a quanto ricaviamo dalle note al Calendario di Preneste (Fast. Praenest. Inscr. XIII.2.17 [24 Marzo]: *C VIII [q(uando) r(ex)] c(omitiavit) f(as) hunc diem plerique perperam / int[e]r[r]p[re]tantes putant appellari / quod eo die ex Comitio fugerit / [rex n]am neque Tarquinius abiit ex Comitio / [in exilium] et alio quoque mense eadem sunt / [idemque] significant qu[are] sacris peractis] / [iudici]a fi[re] indica[ri] iis magis putamus]; vd. *CIL* I.12, 289 n. 3). L'altra lettura, ossia 'quando rex <ex> comitio fugit', era sostenuta da chi, erroneamente*

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 sacrificio³³: pur a fronte del medesimo testo, infatti, ben Varrone può aver interpretato

secondo Verrio Flacco, riteneva che il *dies* fosse così detto ‘*quod eo die comitio fugerit rex*’ (cfr. *Ov. fasti* 5.727; *Fest. sv. ‘Regifugium’* [Lindsay 346]). Il regio *comitiare*, dunque, già all’epoca di Verrio Flacco (se non a quella di Varrone), era un’operazione il cui rito, invero, la larva repubblicana del ‘monarca’, il *rex sacrorum*, progressivamente sempre più esautorata anzitutto dal collegio pontificale (CIL I¹, 234, 289) degli antichi poteri, aveva cessato di porre in essere già da tempo, se è vero che molti dubbi allora circondavano il senso primitivo dell’antica sigla calendariale denotativa dei due *dies fissi* testé rammentati (soprattutto circa la decifrazione delle ultime due lettere). Ora, se è vero che in Varrone (*l.l.* 6.31), secondo la *lectio facilior* (codici seriori: cfr. LI, 5 / 1427), i giorni in questione erano così chiamati in quanto ‘*eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe*’ (mentre secondo la ricostruzione dell’*editio princeps* di Pomponio Leto, questa in luogo di *sacrificio ius* avrebbe *sacrificulus*, e F^v, manoscritto monachense di Petrus Victorius e Iacobus Diacetus, insieme verisimilmente al codice F, il più antico, ma mutilo sul punto, che i due umanisti avevano tuttavia visionato quando ancora integro nel 1521, secondo la *lectio difficilior*, ha *sacrificulus*; vd., altresì, *Paul.-Fest.* [Lindsay 311]), altrettanto vero è che da Gaio sappiamo che i *comitia calata* erano tenuti due volte l’anno di certo, almeno, per i testamenti comiziali (cfr. *Gai* 2.101, 103; vd., inoltre, *Tit. Ulp.* 20.2; *I.* 2.10.1; *Par. Theoph.* 2.10.1; *Gell.* 15.27.1-3). Di qui, il collegamento, secondo la geniale intuizione mommseniana tra i due *dies fissi* e la notizia gaiana circa le due date stabilite per i testamenti *calatis comitiis*, pare del tutto convincente (anzi estendibile – credo – anche alla *detestatio sacrorum*, che richiedeva la medesima procedura seguita per il testamento e a questo era associata: v. *Gell.* 15.27.1-3, nonché *Gell.* 13.16.1-3): cfr. T. MOMMSEN, *Die römische Chronologie*, Berlin 1858, 241 ss.; più recentemente vd. J. RUPKE, *The Roman Calendar from Numa to Constantine: Time, History and the Fasti*, engl. trans., Oxford 2012, 26 ss.; contro tale associazione, vd. M. FIORENTINI, *La città, i re e il diritto*, in A. CARANDINI (a cura di), *La leggenda di Roma*, 3, *La Costituzione*, Torino 2011, 291, ma – a mio credere – sull’errata convinzione che i *comitia calata* si svolgano solo presso il Campidoglio, *iuxta curiam Calabram* e non, come i *comitia curiata* nel *Comitium*; in verità *Macr. Sat.* 1.15.10 si limita a precisare che il *pontifex* può *calare*, ossia convocare, la *plebs* presso la *curia Calabra*, non che presso di essa si svolgono tutti i *comitia* (detti) *calata*; inoltre, da *Gell.* 15.27.1-2, mi pare pacifico che i *comitia calata* – *genus* di *comitia* indicativo dell’adunanza convocata formalmente – si tenessero tanto fuori che dentro l’Urbe, a seconda che fossero, con differenze circa il tipo di riunione e le modalità di espressione del *suffragium*, *curiata* oppure *centuriata* (v., sul punto, G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit. 262 s.).

³³ Con riguardo alla *lectio facilior* di Varr. *l.l.* 6.31, secondo il Blumenthal, la lettura del passo correrebbe così: *rex <ex> sacrificio ius dic<eb>at. Ex sacrificio* sarebbe un complemento di tempo («unmittelbar nach dem Opfer»), di cui il copista del manoscritto seriore, per aplografia, avrebbe omesso la preposizione, mentre il verbo impiegato dovrebbe spiegarsi come imperfetto di *dicere* e non di *dicare* (A. VON BLUMENTHAL, *Zum römischen Religion der archaischen Zeit*, in *Rhein. Mus.* 87 [1938] 271 ss.; cfr., inoltre, R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell’actio*, in *AUPA* 41 [1991] 296 ss., 300 ss.; M. FIORENTINI, *La città, i re e il diritto*, cit. 304). Già solo per l’eccesso di correzioni, ritengo scarsamente plausibile che il *comitiare* indicasse, in origine, la condotta da parte del *rex* consistente non solo nel ‘tenere un comizio’ (cfr. A. MAGDELAIN, *Jus* cit. 272, in corrispondenza del saggio ‘*Quando rex comitiavit fas*’, in *RHD* 57 [1980]), bensì 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 (dopo il sacrificio). Analogamente, v. B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 15 ss.; *Diritto e processo* cit. 26 ss.: lo studioso, tuttavia, ritiene *dicat* congiuntivo di *dicere*.

l'acronimo in questione come allusivo della formula rituale pronunciata solennemente dal *rex sacrorum* (e non dal *rex*) nei pressi del sito del Comizio (e non dinanzi all'adunanza del popolo curiato), in contesto sacrificale (e non dopo il sacrificio)³⁴.

In *secundis*, non va taciuto che, entro una mole variegata di dati tra loro concordanti e tendenzialmente univoci³⁵, 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 concessione³⁶. Nel

³⁴ Ove si aderisse alla tesi di Santalucia, sarebbe giocoforza ritenere che il comizio con funzione di *iudicium populi* avesse luogo in tempo nefasto (il che mi pare giuridicamente e religiosamente insostenibile alla luce, non tanto di Varr. *l.l.* 6.31, ma di Liv. 1.19.7, che attesta come i *dies comitiales* siano creazione più recente dell'originaria antitesi *dies fasti* e *dies nefasti*, imponendosi non come *tertium genus*, ma come *species* dei *dies fasti*). Di poi, se si compara l'acronimo *Q.R.C.F.* con *Q.St.D.F.* ('quando stercus delatum fas ab eo appellatus quod eo die ex Aede Vestae stercus everitur': Varr. *l.l.* 6.32; Ov. *fasti* 6.711-714; Fest. sv. 'Q.S.D.F.' [Lindsay 310]; Paul.-Fest. sv. 'Quandoc stercus delatum fas' [Lindsay 311]), si evince che *dicat* (come *everitur*) non è congiuntivo presente di *dicere*, ma indicativo presente di *dicare*, e *ius*, quale oggetto del *dicare* (come *stercus* è oggetto del *deferre/everere* da parte delle Vestali), riferendosi Varrone direttamente alla figura del *rex sacrorum* (come fanno Festo e Paolo Diacono che in Varrone hanno la propria fonte), non può richiamare la 'giurisdizione criminale regia', ma verisimilmente qualche 'formula rituale': per questo senso vd. 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.; *Origini indoeuropee*, Firenze 1962, 325; ID., sv. *giure*, in *Dizionario etimologico. Avviamento alla etimologia italiana*, Firenze 1968 190 s.; C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna 2005, 146 s.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 39 ss.; S. TONDO, 'Vindicatio' primitiva e grammatica, in *Labeo* 16 (1970) 77 ss.; per una valorizzazione dell'aspetto 'processuale' nelle attestazioni più antiche di *ius*, cfr., tra gli storici del diritto, G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 1, *Le origini*, Torino 1986, 63 ss., 73 ss., nonché, tra i linguisti, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, 2, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino 2001, 367 ss. (ma v., contro tale impostazione, C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in *Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di 'Tab.' 1.8*, in L. GAROFALO [a cura di], *Il giudice privato nel processo civile romano*, 1, Padova 2012, 62 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* e per *comitatus* (Paul.-Fest. sv. 'Comitium' [Lindsay 38]; Varr. *l.l.* 5.155; v. F. GRELLE, voce 'Comitia', in *MSD* 3, Torino 1959, 602; cfr., inoltre, la voce *Comitium*, in *TLL*, 3, Lipsiae 1906-1912, 1802).

³⁵ 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.

³⁶ D. 1.2.2.1 (Pomp. *l.s. ench.*): *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*; D. 1.2.2.14 (Pomp. *l.s. ench.*): *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse* (ma cfr., altresì, D. 1.2.2.16).

de re publica di Cicerone, inoltre, il *rex*, da una parte, è elevato a custode stesso della *interpretatio iuris*; dall'altra, in sé assommando la funzione di magistrato e di giudice, è definito quale *arbiter* e *disceptator* unico, competente a definire le controversie con pronuncia sul merito in ogni materia (ossia come colui che, tanto per fattispecie di natura privatistica, quanto per fattispecie di natura pubblicistica, è il solo legittimato a '*iura dare*')³⁷. 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 private³⁸, 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 pubblica³⁹. Del resto, come scrive il Coli «il più arcaico esempio di *iudicium populi* ci è... presentato come un caso eccezionale e anzi ci viene detto che il re non era affatto tenuto a rimettere la decisione al popolo e, se in quel caso lo ha fatto, lo ha fatto di sua iniziativa per evitare di dovere assumere la responsabilità di un'ingrata decisione. In questi termini, purché la pronuncia del popolo sia intesa come manifestazione collettiva e informe del sentimento popolare, prescindente da qualsiasi

³⁷ Cic. *rep.* 5.2.3: <nihil esse tam> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui lati atque uberes definiabantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudicis regis. Sulla locuzione '*iura dare*', o, secondo terminologia alquanto meno frequente, '*iura reddere*' (vd. G. NOCERA, '*Reddere ius*', Roma 1976, 11, 14; E. STOLFI, *Immagini di 'officia' e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in E. STOLFI [a cura di], *Giuristi e 'officium'*. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d.C., Napoli 2011, 7 ss., 14 ss., con opportune considerazioni anche sul *legomenon hapax* '*iura regere*', leggibile in D. 1.2.2.13 [Pomp. *l.s. ench.*], v., *amplius* e con confronto rispetto al '*ius dicere*', C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*' cit. 97 ss., nt. 64 ss.: Liv. 1.8.1, 1.41.4-5, 30.32.2; Virg. *Aen.* 1.507, 5.758, 7.246; Virg. *georg.* 293; Prop. 4.11.18; Ov. *Fasti* 2.492, 3.62; Ov. *metam.* 14.805, 14.823, 15.597; Phaedr. 4.13.8, 30.32.2; Hor. *carmin.* 3.43; Prop. 3.11.46.

³⁸ Cic. *rep.* 2.21.38; Liv. 1.41.4-5, su cui C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*' cit. 98 s.

³⁹ Dion. Hal. 4.25.2, 4.36.2, 10.1.2. Ciò ovviamente non esclude affatto che il *rex*, quale giudice unico e supremo, si potesse avvalere, in ambito criminale, di 'collaboratori' (cfr., per tutti, A. GIOVANNINI, *Les origines des magistratures romaines*, in *Mus. Helv.* 41 [1984] 21 ss.), quali i *quaestores* con funzioni inquirenti in materia di omicidio (Tac. *ann.* 11.22.4; D. 1.13.1 pr.; Lyd. *mag.* 1.24; vd., altresì, implicitamente, Zon. 7.13; Varr. *l.l.* 5.81 [su cui G. URSO, *Cassio Dione e i magistrati* cit. 37 ss.]; Paul.-Fest. sv. '*Parrici<di> quaestores*' [Lindsay 247]; ma cfr., *contra*, Plut. *Publ.* 12.3; D. 1.2.2.22-23, che ascrivono all'età repubblicana l'istituzione della questura: cfr., sul punto, L. GAROFALO, *Appunti* cit. 71 ss.; R. FIORI, '*Homo sacer*' cit. 387 s.; per una più recente messa a punto sullo *status quaestionis*, cfr. V. DEMENTYEVA, *The functions of the quaestors of Archaic Rome in criminal justice*, in *D@S* 8 [2009]; per la differenziazione tra questura regolare e i *quaestores parricidi*, v. P. KOŁODKO, *The genesis of the quaestorship in the ancient Rome. Some remarks*, in *LR* 3 [2014] 269 ss.), o i *duumviri* in materia di *perduellio* (v., *infra*, ntt. 48 ss.).

votazione, si può ammettere l'esistenza di un nucleo di verità in questa leggenda amplificata dalla poesia popolare e deformata dalla speculazione dei tardi eruditi repubblicani»⁴⁰.

Se così è, allora, nulla esclude che i *consules* (o *praetores* o *iudices* che dir si voglia) abbiano mutuato dal *rex* generali poteri tanto 'inquirenti'⁴¹ quanto 'giudicanti' anche *de capite civis*⁴², di talché si appalesano sia l'errore per eccesso della tesi che ascrive ai comizi, con riguardo a crimini capitali, una competenza giudiziale esclusiva sin dai primordi dell'era repubblicana, sia l'errore per difetto della tesi che circoscrive il potere giudicante dei magistrati ai reati di indole non politica. Siffatti poteri, tuttavia, vengono *de iure* compressi 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 – *solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent* (ossia, in capo ai supremi magistrati patrizi, solo il potere coercitivo e quello cautelare rimangono *in toto* autonomi, ossia esenti da controllo popolare *ex post*)⁴³.

⁴⁰ U. COLI, 'Regnum' cit. 124 s., con esplicito riguardo al processo dell'Orazio superstite. L'adesione di chi scrive a tale approccio non è, tuttavia, così salda e ampia da ricomprendere altresì il seguente pensiero dell'autore citato: «non esistono nella monarchia deliberazioni del popolo o del senato. Tantomeno è credibile che risalga alla monarchia la *provocatio ad populum*, che sottrarrebbe all'arbitrio del re la vita del suddito e porrebbe il popolo al di sopra del re».

⁴¹ Cfr. Plut. *Publ.* 3-7; Zon. 7.12 (processo ad iniziativa consolare del 509 a.C. avverso congiurati filo-tarquini; ma v. la differente versione di Liv. 2.5.5-8; Dion. Hal. 5.8-13; Val. Max. 5.8.1); Dion. Hal. 5.57.2-4 (processo ad iniziativa consolare del 500 a.C. avverso congiurati): v. C. MAYNZ, *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*, Paris 1882, 572, nt. 3, 585, nt. 12. Cfr., inoltre, Cassiod. *var.* 6, che attribuisce ai consoli potere giudicante capitale, sempre che *ius dicere capiti* qui non significhi solo 'promuovere l'azione capitale', come talora è per *iudicare*, il quale, se indicativo della 'pronuncia giudiziale definitiva di condanna', si costruisce con l'accusativo della persona condannata, oppure con l'ablativo retto da *de*; se, invece, è accompagnato dal dativo di svantaggio della persona e l'accusativo o il genitivo del complemento di pena, esso non allude affatto a una sentenza, bensì a una 'proposta di pena' da parte del magistrato rogante o ferente (vd. C. H. BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren* cit. 271 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 56, 172, nt. 90; cfr., altresì, C. T. LEWIS, C. SHORT, *A Latin Dictionary founded of Freund's Latin Dictionary. Revised, Enlarged, and in Great Part Rewritten*, Oxford 1879, sv. *iudicare*).

⁴² V. Cic. *rep.* 2.31.53, 1.40.62; Cic. *acad. pr.* 2.5.13; Val. Max. 4.1.1; Dion. Hal. 5.19.4, 5.70.2, 6.58.2, 7.41.1; Plut. *Publ.* 11.2; D. 1.2.2.16; cfr., inoltre, Dion. Hal. 5.72.1-2; Liv. 2.8.2; Flor. 1.9.4; Auct. *vir. ill.* 15.

⁴³ Pomponio, quindi, neppure nella parte finale di D. 1.2.2.16, supporta l'inesistenza originaria di un potere giudicante *de capite civis* in capo ai consoli e, di conseguenza, l'esistenza dell'esclusivo potere di *coercitio* e di imposizione del *vinculum publicum*. A tale convinzione, invece, si perviene sia da parte di chi – come l'Amirante – reputa che la *provocatio ab eis* (ossia il potere di *intercessio* dell'un console verso l'altro) e il divieto di mettere a morte *iniussu populi* siano ipotesi irrelate, come corroborato – sul piano sintattico – dalla stessa congiunzione *neue* che, si ritiene, 'distingue' e 'oppone' le due testé richiamate figure («il *ius* dei consoli per quanto sommo ... fu limitato rispetto alla *potestas regia* sotto un duplice profilo. Anzitutto si volle che essi non avessero

5(bis) – *Il procedimento duumvirale e la ‘provocatio ad populum’: l’episodio dell’Orazio superstite*

Alle argomentazioni contenute nel precedente paragrafo non può non aggiungersi la menzione di un dato – tra i plurimi⁴⁴ – di capitale momento: a prescindere dalla storicità o meno dell’episodio (così come a prescindere dall’epoca della sua eventuale creazione artificiale)⁴⁵, il

in ogni cosa il potere regio epperçì si stabili che da loro si potesse *provocare*; né si volle che essi potessero punire di morte un cittadino romano senza il *iussus populi* ... A loro si lasciò soltanto un generico *coercere* e il potere di trascinare nelle carceri pubbliche il cittadino romano», sia da parte di chi – come il Santalucia – reputa che, avendo peraltro la congiunzione *neve* valore copulativo (e non disgiuntivo), Pomponio delinea esattamente il sistema della repubblica delle origini in cui la *provocatio* assurgeva a rimedio introdotto dal patriato per cautelarsi da possibili abusi dei magistrati esercitanti l’*imperium* così da evitare la morte e la fustigazione (cfr. L. ALMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma. I re, la città*, Napoli 1985, 93 s.; B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 137; *Diritto e processo* cit. 31; vd., inoltre, L. GAROFALO, *Appunti* cit. 77 ss.). Invero, la proposizione *‘solum relictum est illis ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent’* pare a me precisare quanto subito poco prima scritto, ossia che a seguito (e solo a seguito) dell’invocazione della *provocatio*, i consoli non possono senza *iussus* del popolo *animadvertere in caput civis*.

⁴⁴A contraddizione della tesi che riconnette la *provocatio ad populum* al solo terreno della *coercitio* magistratuale, oltre alle considerazioni già svolte in testo circa la traslazione di poteri dal *rex* ai *consules*, va ricordato, altresì, quanto riportato in Cic. *rep.* 2.31.54 (*itemque ab omni iudicio poenaeque provocari licere indicant XII Tabulae conpluribus legibus*): qui si menzionano, infatti, seppur con formula enfatica ed iperbolica, provvedimenti giudiziari contro cui – secondo il tenore del *corpus* normativo decemvirale riproduttivo di pregresse discipline – opporre la *provocatio*. Va, infine, citato un passo liviano, ossia Liv. 3.33.10, ove lo storico patavino, nel descrivere – con riguardo al primo decemvirato legislativo e, quindi, ancor prima dell’entrata in vigore del precetto *de capite civis* e del connesso ‘micro-sistema’ criminalistico incluso nelle XII Tavole (v., *infra*, all’ultimo paragrafo) – il potere della magistratura straordinaria istituita *legibus scribundis*, permette al lettore di evincere, *a contrariis*, come la *provocatio* ben possa sospendere l’efficacia di provvedimenti magistratuali di carattere schiettamente giudiziale, quale una sentenza di condanna per omicidio (*C. Iulius decemvir diem Sestio dixit et accusator ad populum exstitit, cuius rei iudex legitimus erat, decessitque iure suo, ut demptum de vi magistratus populi libertati adiceret*; v., altresì, Cic. *rep.* 2.36.61, che riferisce il caso al secondo decemvirato; sulla sottrazione alla *provocatio* dei decemviri, cfr., infine, Liv. 3.32.6, 3.33.9; Cic. *rep.* 2.31.54; D. 1.2.2.4). Vd., in questo senso, con riguardo ai due ultimi passi citati, E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione* cit. 113 s., 118 s.

⁴⁵Per la completa inautenticità, oltre a T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 918, nt. 1 (che pensa ad una leggenda) e a C. H. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung zum römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München 1938, 131, 149, 189 (che discorre di «einmalige Fiktion eines alten Scribenten»), vd. W. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. 22, nt. 50, 43, nt. 102, per il quale «unhistorisch ist der Horatier-Prozess, nicht nur, – was sich von selbst versteht –, als individueller Vorgang, sondern auch als Specimen des Perduellionsverfahrens und der Provokation»; v., inoltre, A. MAGDELAIN, *‘Jus’* cit. 502, 508, 559, 568, a cui avviso «le procès d’Horace est une légende, celui de M. Manlius Capitolinus est douteux, et enfin celui de Rabirius est une comédie» (v., altresì, *‘Jus’* cit. 559, 568 [*‘Provocatio ad populum’*, in *Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias*, Madrid 1988]); nonché J. D. CLOUD, *The Origin of ‘provocatio’* cit. 27, secondo cui «it could be argued that the linkage to the gruesome ritual leading to *provocatio* and Horatius the sorocicide is a very late invention, perhaps composed to provide Julius Caesar with the justification for the procedure employed in trying Rabirius for *perduellio* in 63 BC». Nel senso della a-storicità più recentemente si è pronunciato anche F. BELLINI, *‘Delicta’ e ‘crimina’ nel sistema quiritario*, Padova 2012, 113.

primigenio caso di *provocatio* che le fonti attestano concerne un atto di *iudicatio* magistratuale e non di *coërcitio*. Durante il regno di Tullo Ostilio, a seguito del duello tra i campioni di Alba Longa (i tre fratelli *Curiatii*) e quelli di Roma (i tre fratelli *Horatii*) si decreta la fine delle ostilità tra le due città nonché la supremazia della seconda sulla prima; il solo superstite, il *princeps Horatius*, di ritorno in patria, *trigemina spolia prae se gerens*, si imbatte *ante portam Capenam* nella propria *soror* la quale, *desponsa uni ex Curiatiis*, si scioglie i capelli in segno di lutto e invoca *flebiter nomine sponsum mortuum* così scatenando il *furor* del giovane eroe che, *stricto gladio, tansfigit puellam*⁴⁶. L’Orazio superstite, ritenuto dal padre non sanzionabile – al livello del diritto gentilizio – per il cagionamento della morte della sorella⁴⁷, viene per tale *atrox facinus* considerato autore – al livello del diritto cittadino – di un illecito lesivo di interessi super-individuali e super-gentilizi⁴⁸ e, quindi, dedotto dinanzi al tribunale del *rex*; benché processabile direttamente da Tullo Ostilio, in applicazione della *lex horrendi carminis* ha inizio un procedimento duumvirale culminante nella proclamazione, da parte dei due ausiliari regi, di *perduellio*; indi l’Orazio, così *iudicatus*, in forza di una clemente interpretazione del testo della legge – che ne supera il tenore lessicale – avanzata dal *rex* stesso, *‘provocat’* per essere quindi assolto, *admiratione magis virtutis quam iure causae*, dal popolo romano suddiviso per *curiae* (popolo, di cui nessuna esplicita menzione si rinviene, invero, nel testo della *lex* riprodotta da Livio): ... *tamen raptus in ius ad regem. Rex ne ipse tam tristis ingrati que ad vulgus iudicii ac secundum iudicium supplicii auctor esset, concilio populi advocato ‘Duumuiros’ inquit, ‘qui Horatio perduellionem iudicent secundum legem facio’. Lex horrendi carminis erat: ‘Duumuiros perduellionem iudicent; si a duumuiris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; verberato vel intra pomerium vel extra pomerium’. Hac lege duumuiros creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condem-*

⁴⁶ Liv. 1.26.1-4.

⁴⁷ Liv. 1.26.9: ... *P. Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patri iure in filium animadversurum fuisse.*

⁴⁸ Il caso dell’Orazio è emblematico di una «translation de pouvoirs de la famille à la cité», imponendosi come «un récit exemplaire de la fondation du droit pénal public» (Y. THOMAS, *‘Parricidium’ I, Le père, la famille et la cité [La ‘lex Pompeia’ et le système des poursuites publiques]*, in *MEFRA* 93 [1981] 685). Più esattamente, il fatto commesso dall’Orazio in teoria appare rilevante su un duplice piano: su quello gentilizio (in quanto l’Orazio ha cagionato la morte di un membro di sesso femminile della stessa *gens* di appartenenza, anche se l’uccisione, in concreto, avviene *‘iure’* e, dunque, egli non è passibile di *animadversio* in conformità al *ius patrium*); su quello cittadino (in quanto col provocare la morte della sorella l’Orazio ha altresì commesso contro la *civitas* di appartenenza il crimine di *perduellio*: cfr., *infra*, ntt. 51 ss.). Evito, intenzionalmente, di impiegare il termine *‘familia’*: contro la tesi bonfantiana, soprattutto circa la poca plausibilità storica di concepire la *familia* come un gruppo pre-gentilizio e pre-civico, e il pregiudizio di vedere nella *gens* uno ‘Stato’ prima dello ‘Stato’, cfr. G. FRANCIOSI, *Preesistenza della ‘gens’ e ‘nomen gentilicium’*, in *Ricerche sull’organizzazione gentilizia romana*, 1, Napoli 1984, 14 ss.; *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*⁶, Napoli 1999, 276.

nassent, tum alter ex iis 'Publi Horati, tibi perduellionem iudico' inquit. 'I, lictor, colliga manus'. Accesserat lictor inciebatque 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 causae⁴⁹.

Anche a voler intendere i dati emergenti dalla lettura del patavino come non conformi a verità storica, ma come oggetto di una tarda falsificazione annalistica (vuoi con riguardo all'intera sequenza narrativa, vuoi con particolare riguardo o alla figura criminosa ascritta al campione romano, o al tipo di rituale seguito o al solo tenore della *lex horrendi carminis*), tale versione dei fatti non può che essere stata elaborata in modo quantomeno verisimile, così da essere percepita dal lettore come (anche a-temporalmente) autentica⁵⁰.

⁴⁹ Liv. 1.26.5 ss. (v., altresì, Auct. vir. ill. 4: ... et cum spoliis onustus rediret, sororem obviam habuit, quae viso paludamento sponsi sui, qui unus ex Curiatius erat, flere coepit. Frater eam occidit. Qua re apud duumvros condemnatus ad populum provocavit): la tradizione attestata in Livio non è univoca e concorre con quella del processo comiziale per *perduellio* e con quella del processo duumvirale per *paricidium* (vd., 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. sv. 'Sororium tigillum' [Lindsay 380], in una con Flor. 1.1.3.7). Orazio, a seguito della flagrante *caedes* della sorella (rea di piangere il nemico promesso sposo), portato dinanzi al re, 'auctore Tullo clemente legis interprete' provoca al popolo contro la pronuncia dei *duumviri* (cd. *perduellionis*) previamente nominati *ad hoc* per il caso specifico: va precisato, a tal ultimo riguardo, che il testo liviano nel tratto 'Duumvros ... qui Horatio perduellionem iudicent secundum legem facio' si presta a due diverse letture: la prima implica la 'nomina regia dei *duumviri* in conformità alla *lex*' affinché essi giudichino Orazio; la seconda implica la nomina regia dei *duumviri* 'affinché essi giudichino Orazio in conformità alla *lex*'. Alla seconda si potrebbe aderire per la superfluità di una menzione della *lex* da parte del *rex* per l'esercizio di un suo potere di nomina, nonché per i contenuti stessi della *lex* riprodotta da Livio (la quale, appunto, non prescrive o autorizza la nomina regia dei *duumviri*, ma attribuisce agli stessi poteri di *iudicatio*); alla prima, invece, si potrebbe aderire per il successivo richiamo liviano alla *creatio* dei *duumviri* avvenuta 'hac lege' (cfr. C. H. BRECHT, 'Perduellio' cit. 142 s.).

⁵⁰ «Que le procès d'Horace soit une légende ou un fait historique nous importe d'ailleurs assez peu pour le moment: le procès d'Horace est une fiction, soit! Mais cette fiction, elle, est authentique, en ce sens que le récit s'en est transmis à travers les âges dans la mémoire des Romains. Authentique, même, au point de servir de modèle à un procès bien réel et historique, le procès intenté contre Rabirius en 63 avant J.-C., à l'instigation de Jules César, sous le consulat de Cicéron. Ce qui compte c'est que le procès de Rabirius se conforme constamment au schéma juridique que la tradition rapportait au procès d'Horace. Tout au long de l'affaire Rabirius, l'imitation du procès d'Horace est systématique et délibérée. Par conséquent, lorsqu'on étudie le procès d'Horace, l'important c'est, non pas l'authenticité des faits eux-mêmes, mais le récit qu'on en a fait: les faits sont légendaires, c'est bien entendu, mais la légende, elle, est ancienne et, en tant que légende, authentique» (B. LIU-GILLE, *La 'perduellio': les procès d'Horace et de Rabirius*, in *Latomus* 53.1 [1994] 6). Vd., inoltre, G. GROSSO, 'Provocatio' per la 'perduellio' cit. 213 ss.; G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di 'provocatio ad populum'*, in *SDHI* 29 (1963) 290; 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* 92 (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* 36 (2008) 355, nt. 40; sul punto, vd. J. P. BRISSON, *Mythe, histoire et droit dans le procès d'Horace* (*Titè Live*, 1.26), in *Hommages à H. Bardon*, Bruxelles 1985, 55 ss.; condivisibili considerazioni (almeno nei risultati) sulla complessiva storicità del procedimento duumvirale per *perduellio* contro l'Orazio

E ciò sotto un triplice profilo. Con riguardo al *nomen iuris* della fattispecie integrata in concreto, all'Orazio è, sin da subito e senz'altro, ascritto – nonché proclamato mediante *iudicatio* – il poliforme e variamente declinabile reato a condotta libera di *perduellio*⁵¹, e non, invece, quello

si rinvencono, dopo ampia rassegna di interpretazioni dottrinali dell'episodio, in A. PESCH, *De perduellione, crimine maiestatis et memoria damnata*, Aachen 1995, 71 ss., il quale, tuttavia, sminuisce l'importo innovativo di Tullo Ostilio, ritenendo che questi né abbia introdotto la *provocatio* né abbia emanato *ad hoc* la *lex horrendi carminis*, limitandosi invece ad agire come «Mittelperson» che informa Orazio circa «der für ihn wichtige Teil des Gesetzes» («Gesetz» non 'pubblico', ma «sorgsam von den *pontifices* gehütet») e gli concede eccezionalmente «vor den Komitien das Wort zu ergreifen» (così a pag. 88).

⁵¹ È questo il reato commesso da colui che «si rivolge contro la sua compagine, cioè il rivolgimento interno, quello del *perduellis*, cioè di colui che si rende nemico (*duellis*) della città, o di chi incita lo straniero contro la comunità romana» (C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 10); vd., altresì, U. BRASIELLO, sv. 'Crimina', in *NDI*, 5, Torino 1960, 2, che discorre, sul piano etimologico, di «cattiva guerra», nonché P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis' cit. 276, che traduce l'ipotesi di reato in questione con «alto tradimento» (*contra*, cfr. B. LIOU-GILLE, *Une lecture 'religieuse' de Tite-Live I. Cultes, rites, croyances de la Rome archaïque*, Rome 1998, 231, che – contestando la definizione di *perduellio* in termini di 'alto tradimento' – interpreta la fattispecie come l'atto del «guerrier qui continue la guerre en temps de paix, contre les siens, dans un espace réservé aux activités civiles»). Non hanno riscosso adesione le tesi di chi ha scorto nella *perduellio* antica non una 'figura di reato', ma un tipo di 'rituale' (vd., in questo senso, G. GROSSO, 'Provocatio' per la 'perduellio' cit. 213 ss.), oppure lo *status* in cui verserebbe, quale conseguenza accertata del proprio atto, colui che si pone al di là dell'ordinamento romano (così A. MAGDELAIN, 'Jus' cit. 499 ss., e già P. E. HUSCHKE, *Die 'multa' und das 'sacramentum' in ihre verschiedenen Anwendungen*, Leipzig 1874, 179 s.). Cfr., sulle tipologie di processo e sulle forme di pena previste per la *perduellio*, D. BRIQUEL, *Sur le mode d'exécution en cas de parricide et en cas de 'perduellio'* cit. 97 ss.; *Formes de mise à mort dans la Rome primitive. Quelques remarques sur une approche comparative du problème*, in *Du châtimeut dans la Cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma 1984, 225 ss. (che riconnette il *supplicium more maiorum* alle ipotesi di flagranza di illecito); 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. (che, contraria a una netta distinzione concettuale e terminologica, nonché al livello di pena, tra *proditio* e *perduellio*, vede nella *deictio* il supplizio capitale applicabile per le plurime ipotesi di 'tradimento'); B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 11, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; *Diritto e processo* cit. 14, 22 ss., 54, 76, 78 (che propone una distinzione, quanto a pena, tra *proditio* e *perduellio*, nonché, quanto a pena e giudizio, tra *perduellio* flagrante e non flagrante); per la implausibile tesi secondo cui dal cd. procedimento duumvirale discende la sacertà, cfr. W. BLAKE TYRRELL, *The 'Duumviri' in the Trial of Horatius, Manlius and Rabirius*, in *ZSS* 91 (1974) 107 ss., 122 ss.; per l'altrettanto implausibile tesi che vede nella *perduellio* originaria l'omicidio di un superiore (che poi passa a indicare l'atto incostituzionale) e nella *provocatio* la primitiva pena prevista (duello mortale di due contro uno che poi passa a sfida orale), vd. G. SABBATINI, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino 2012, 217. Quanto al caso concreto, l'integrazione degli estremi della *perduellio* da parte dell'Orazio con il cagionamento della morte della sorella non è pianamente e immediatamente intelligibile: forse, posto che l'uccisione avviene *ante portam Capenam* (sulla cui dislocazione vd. F. COARELLI, *Il sepolcro e la casa di Servio Tullio*, in *Eutopia* 1 [2001] 41 ss., nonché *Il Foro Romano. Periodo arcaico* 1 cit. 111 ss., secondo cui, una volta costruite le mura serviane, la porta Capena sostituisce il *Tigillum Sororium*, porta di accesso all'arcaica comunità palatino-veliese), se si considera il *locus commissi criminis* 'spazio pomeriale', allora «il se peut donc qu'Horace soit coupable de traiter sa soeur en ennemi public, en *hostis*, alors que la paix a été arrêtée entre les deux villes. C'est commettre un acte de guerre violant la paix, et, dans ce sens, le crime d'Horace est bien une *per-duellio*, un acte de guerre injuste, à contre temps» (B. LIOU-GILLE, *La 'perduellio'* cit. 27; vd., analogamente, O. KARLOWA, 'Intra pomerium' und 'extra pomerium', in *Festgabe F. von Baden*, Heidelberg 1896,

di ‘omicidio’, attesa la inqualificabilità della sorella uccisa in termini di *homo liber*, ossia di essere umano che direttamente appartiene al *populus*-esercito: donde la impossibilità di sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta delineata da Numa nella celeberrima *lex* che sanziona chi *dolo sciens* cagioni la morte altrui, purché la persona offesa non sia né un *homo sacer* né un soggetto al potere altrui⁵². Con riguardo alla

63 ss., 68, il quale vede nella condotta dell’Orazio una *perduellio* per violazione del pomerio). Cfr., altresì, per una connotazione militare della trasgressione imputabile all’Orazio, R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶, 1, Leipzig 1907, 257, nt. 159, nonché E. T. MERRILL, *Some Remarks on Cases of Treason in the Roman Commonwealth*, in *CPh* 13 (1918), 34.

⁵²Tra coloro che ritengono l’episodio leggendario, ma costruito in modo verisimile (anche con riguardo al tenore della *lex horrendi carminis*), v’è stato chi – sul piano della sostanza – ha proposto una lettura nel senso di una (benigna ed eccezionale) sussunzione regia della fattispecie concreta nella figura della *perduellio*, invece che in quella (normale) dell’omicidio, allo scopo di rendere invocabile dall’Orazio la *provocatio* (cfr., in questo senso, 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.; in senso non dissimile, v., inoltre, E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeniae de provocatione*’ cit. 120, 129 ss., 143 s., 149 ss., la quale ritiene che l’intervento del *rex* non crei un diritto prima inesistente, ma permetta – giusta una graziosa interpretazione – l’applicazione al caso concreto di un rimedio altrimenti non esercitabile). Cfr., ancora in senso analogo, benché nella convinzione che l’uccisione perpetrata da Orazio già di per sé potesse essere ritenuta lesiva della intera *civitas*, quale usurpazione delle prerogative di un *pater*, A. WATSON, *La mort d’Horatia et le droit pénal archaïque à Rome*, in *RHD* 57 (1979) 5 ss.; *The Death of Horatia*, in *CQ* 29 (1979) 436 ss. Vd., in senso parzialmente diverso, R. M. OGILVIE, *Commentary on Livy. Books 1-5*, Oxford 1965, 114 s., che intende il fatto commesso da Orazio, ossia la messa a morte di una traditrice, come di per sé lesivo della intera comunità quale usurpazione di poteri anzitutto regi (cfr., così, W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig 1844, 467), al pari di J. E. GAUGHAN, *Murder was not a Crime. Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin 2010, 13, a cui giudizio «Horatius’ killing of his sister was an infringement upon the authority of the king not because she had committed treason but because the right to kill ultimately belonged to the king» (analogamente, cfr. A. GIOVANNINI, *Les origines des magistratures romaines* cit. 21 ss.). R. A. BAUMAN, *The duumviri in the Roman criminal law and in the Horatius legend*, in *Historia* 12 (1969) 1 ss., considera la *perduellio* un capo di accusa invocabile contro l’Orazio a seguito dell’assoluzione a diverso titolo (ossia omicidio) per il medesimo fatto (ossia l’uccisione della sorella). In verità, la tesi della integrazione del reato di omicidio (poi, in qualche modo, mutato in *perduellio*) non ritengo sia seguibile. Anzitutto, va precisato che, alla luce della considerazione che dalla fattispecie contemplata nella *lex Numa* (nella quale legge, come risaputo, si individua quale soggetto passivo dell’omicidio il solo essere umano *liber*: Paul. Fest. sv. *Parrici<di> quaestores*’ [Lindsay 247]: ... *ita fuisse indicat lex Numa Pompili regis his composita verbis: ‘Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto’*), ben paiono escludibili i casi di cagionamento doloso della morte di ‘chi non appartiene direttamente al *populus Romanus*’, ossia, data l’originaria identificazione tra ‘popolo’ ed ‘esercito’, di ‘chi non è un maschio pubere atto alle armi’ (cfr., sulla nozione di *liber*, L. GAROFALO, *L’‘homo liber’ della ‘lex Numa’ sull’omicidio volontario*, in F. M. D’IPPOLITO [a cura di], *‘Philia’*. Scritti per G. Franciosi, 2, Napoli 2007, 1031 ss. [nonché in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 5 ss.]; C. PELLOSO, *Sacertà* cit. 132 e nt. 111; su quella di *populus* vd., paradigmaticamente, A. L. PROSDOCIMI, ‘*Populus Quiritium Quirites*’ I, in *Eutopia* 4.1 [1995] 15 ss.; ‘*Curia*’, ‘*Quirites*’ e il ‘sistema di Quirinus’ [‘*Populus Quirites Quiritium*’ II], in *Ostraka* 5.2 [1996] 243 ss.; L. PEPPE, *La nozione di ‘populus’ e le sue valenze*. Con un’indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della ‘*evocatio*’ e della ‘*devotio*’, in W. EDER [hrsg.], *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik*, Stuttgart 1990, 328 ss.). *Homo liber* (essere umano del popolo) non era, in concreto, la sorella dell’Orazio, di talché ipotesi siffatte (uccisione di

vicenda processuale, essa testimonia il primo caso di applicazione (pur connotato da eccezionalità) della ‘*provocatio*’ al popolo romano a fronte di un provvedimento magistratuale (vale a dire quello dei *duumviri*), per quanto *sui generis*, di indole schiettamente ‘giurisdizionale’ e non ‘amministrativa’⁵³. Con riguardo ai contenuti della *lex* invocata come rilevante,

un membro femminile della propria *gens*), escluse dalla sfera di applicabilità della legge di Numa, non potevano che essere giudicate *per se* solo in ambito ‘domestico’ come, in parte, la tradizione mostra di ricordare (cfr. Liv. 1.26.9; Fest. sv. ‘*Sororium tigillum*’ [Lindsay 380]): vd., sul punto, anche M. FALCON, ‘*Paricidas esto*’. *Alle origini della persecuzione dell’omicidio*, in *Sacertà e repressione criminale* cit. 223 s., nt. 67, nonché Y. THOMAS, ‘*Parricidium*’ cit. 681 ss., che, seguito da B. LIOU-GILLE, *La ‘perduellio’* cit. 10 s., nt. 19, è dell’idea sia che la *lex Numae* – comunque ritenuta una falsificazione antiquaria – concerna solo la «meurtre du père» non applicandosi alla «meurtre de la soeur», sia che la tradizione liviana sul caso dell’Orazio elevi l’uccisione del *civis indemnatus* ad «atteinte majeure». In definitiva, non integrando la commissione da parte dell’Orazio del reato sanzionato da Numa, la fattispecie concreta – per ragioni, in realtà, non agevolmente afferrabili (ma v., *supra*, nt. 51) – era per il diritto del *regnum* primitivo latino-sabino sussumibile di per sé (anche) entro la magmatica figura della *perduellio*.

⁵³ Con riguardo alle più significative spiegazioni dell’istituto della *provocatio* in Liv. 1.26.5 ss. fornite in dottrina, va segnalato che secondo B. SANTALUCIA, *Osservazioni sui ‘duumviri perduellionis’ e sul procedimento duumvirale*, in *Du châiment dans la Cité* cit. 439 ss. (nonché in *Studi* cit. 35 ss.) esiste – come già rilevato nella precedente nt. 51 – una distinzione, quanto a pena e giudizio, tra *perduellio* flagrante e non flagrante, l’una forma di reato essendo repressa mediante il procedimento duumvirale, ossia il procedimento condotto da magistrati atti a «proclamare la responsabilità dell’imputato... e metterlo immediatamente a morte», l’altra mediante ordinario giudizio comiziale (*Studi* cit. 11, 48, 78, 152 ss., e ntt. 23 ss.; *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 – oltre a ritenere che il cagionamento della morte dell’Orazio in termini di *perduellio* e non di ‘omicidio’ sia il frutto di una rielaborazione successiva (così anche F. BELLINI, ‘*Delicta*’ e ‘*crimina*’ cit. 113 ss.; W. BLAKE TYRRELL, *The ‘Duumviri’* cit. 107 ss.; A. H. M. JONES, *Criminal Courts* cit. 40 ss.; A. MAGDELAIN, ‘*Jus*’ cit. 508, 559, 568) – assume che il riferimento alla *provocatio ad populum a duumviris* nella ‘*lex horrendi carminis*’ sia una aggiunta posteriore (in questo ultimo senso v. già A. PAGLIARO, *La formula ‘paricidas esto’*, in *Studi in onore di L. Castiglioni*, 2, Firenze 1960, 714 s., mentre, ad avviso di B. LIOU-GILLE, *La ‘perduellio’* cit. 11 ss., 14, 20 ss., la *lex horrendi carminis* era priva, prima di Tullio Ostilio, della clausola sulla *provocatio*). 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, dunque, indurrebbe a concludere per un esito procedimentale *apud duumviros* non ulteriormente controvertibile (v., per la inopponibilità della *provocatio* alla proclamazione duumvirale, W. BLAKE TYRRELL, *The ‘Duumviri’* cit. 107 ss., 122 ss.; J. BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provocation* cit. 337 ss.; B. LIOU-GILLE, *La ‘perduellio’* cit. 11 ss., 14, 20 ss.; *contra*, cfr. T. MOMMSEN, *Staatsrecht* 2 cit. 618; G. GROSSO, ‘*Provocatio*’ per la ‘*perduellio*’ cit. 213 ss.; F. DE MARTINO, *Storia* 1 cit. 288 ss.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 8, nt. 3 s.; E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocazione*’ cit. 129 ss.). Tale spiegazione della compresenza nel testo liviano, da un lato, del riferimento alla *provocatio* nella *lex regia* e, dall’altro, 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* (e ciò, ovviamente, risolvendosi già a monte il problema della datazione di tale *lex* nel senso di una sua emanazione in un momento precedente al caso dell’Orazio, come si inferisce sia dalla notazione che Tullio Ostilio è *clemens interpretes*, e non creatore, sia dal nesso *secundum legem* che nel passo liviano sembra indicare un provvedimento già in vigore). A ben vedere, infatti, l’esatta menzione, nel citato

essa – se ben si osserva la narrazione liviana e si è disposti a negare anche la supposta inautenticità del tratto statuento ‘*si a duumviris provocarit, provocatione certato*’ – solo a seguito della graziosa ingerenza regia (e non in forza di una sua applicazione letterale) viene intesa come concessiva della *provocatio ad populum* a favore dell’Orazio (dichiarato solennemente dai *duumviri* ‘*perduellis*’, o, meglio, proclamato da tali ausiliari regi, *indicta causa*, ‘autore di *perduellio*’, e, in quanto tale, passibile del *supplicium more maiorum* della *suspensio* alla *arbor infelix*)⁵⁴. Se è vero che il testo legislativo difetta di qualsivoglia menzione dei *comitia* popolari, mentre presenta la esplicita menzione dell’istituto della *provocatio* senz’altro (ossia in assenza della precisazione dell’autorità presso la quale celebrare la susseguente fase processuale), quest’ultima pare sia atteggiarsi ad atto sospensivo dell’esecuzione capitale di per sé e, dunque, a prescindere da qualsivoglia *clemens interpretatio*, sia determinare il successivo radicamento della *certatio* tra *iudicatus* e *duumviri* dinanzi al popolo romano in qualità di giudice supremo unicamente in virtù dell’intervento grazioso di Tullo Ostilio (il quale rinunciarebbe così, almeno limitatamente al caso di specie, alla sua competenza)⁵⁵.

testo legislativo, non è di una ‘*provocatio* al popolo’, bensì di una ‘*provocatio* senz’altro’ dalla pronuncia solenne dei *duumviri*. Ergo, il richiamo alla clemenza interpretativa e alla autorità di Tullo Ostilio (*auctore ... clemente interprete*) mi pare suscettibile di essere letto come allusivo di una ‘interpretazione innovativa e integrativa’ della legge (applicabile in ipotesi di ‘fatto certo’ sussumibile – sul piano del diritto della *civitas* e a prescindere da quello gentilizio – nel tipo della *perduellio*) in riferimento al *verbum* ‘*provocare*’ (più che nel senso di una graziosa concessione regia della *provocatio* nonostante la flagranza dell’illecito commesso, come intende E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’ cit. 129 ss., in consentaneità ad una indimostrata tesi che presuppone il giudizio duumvirale anche nel caso di non flagranza della *perduellio*; più che nel senso di una formale novella legislativa come intende B. LIOU-GILLE, *La ‘perduellio*’ cit. 21 s., che non riesce a superare in *toto* l’ostacolo rappresentato dalla presenza della clausola sulla *provocatio* in una con la supposta attività ‘novellatrice’ del *rex*). Il *verbum* ‘*provocare*’, insomma, slitterebbe per la prima volta (cfr. Liv. 8.83.3; Cic. *Mil.* 3.6), anche semanticamente, verso l’istituto del cd. ‘appello’ al popolo, da una primitiva e, ad ora, non esattamente perimetrata accezione (cfr., per ‘*provocare*’ nel senso di ‘sfidare’ a duello ordalico i *duumviri*, G. GROSSO, ‘*Provocatio*’ per la *perduellio*’ cit. 213 ss., sulla scorta di R. DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA* 1 [1948] 55 ss.; dubitativo, ma non contrario all’ipotesi, è F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, 25; a favore della tesi ‘ordalica’ è pure C. S. TOMULESCU, *Les ordalies, le ‘sacramentum’ et la la ‘lex Pinaria*’, in *RIDA* 21 [1974] 325; G. SABBATINI, *Appunti* cit. 201 ss., 213 ss.; per l’originaria valenza di ‘sfidare’ del verbo in questione, cfr. J. D. CLOUD, *The Origin of ‘provocatio*’ cit. 31 ss.).

⁵⁴ Sui rituali di messa a morte, cfr., a titolo solo paradigmatico, C. CASCIONE, *Studi di diritto pubblico romano*, Napoli 2010, 59 ss. (ove si riproduce ‘*Lege agere*’ e ‘*poena capitis*’: qualche spunto ricostruttivo, in ‘*Iuris vincula*’. *Studi in onore di M. Talamanca*, 1, Napoli 2001, 511 ss.).

⁵⁵ A mente dei rilievi esposti nelle ntt. precedenti, si potrebbe anche congetturare una evoluzione siffatta del verbo ‘*provocare*’ in ambito criminalistico, si da giustificare in *complexu* il tenore letterale della *lex horrendi carminis* (senza pensare a inserzioni tarde della clausola *pro reo*) in una con l’apporto innovativo (di tipo interpretativo e non creativo) di Tullo Ostilio. 1) ‘*Provocare*’, originariamente, ossia in tempi più antichi di quelli di Tullo Ostilio e anche della stessa *lex horrendi carminis*, avrebbe significato effettivamente «call forward or forth’ or ‘challenge’ in a literal or metaphorical way» e non si sarebbe riferito, dunque, a un «calling

6. – La ‘provocatio ad populum’ contro atti magistratuali di ‘coercitio’

Quanto rilevato nei precedenti paragrafi, ovviamente, non significa né che la *provocatio* si impone, in età proto-repubblicana, come il fondamento di ogni processo popolare (ben potendo il console o rimettere direttamente egli stesso la causa ai comizi⁵⁶ o designare *ad hoc* un questore per l'istruzione e la conduzione del processo *apud populum*)⁵⁷, né che la

out of the people» (così, in generale, J. D. CLOUD, *The Origin of 'provocatio'* cit. 31 ss., sulla scorta dell'etimo, delle fonti letterarie più antiche, nonché di quelle giuridiche). 2) In un secondo tempo, come attestato dalla *lex horrendi carminis*, che fa menzione del *provocare a duumviris* (e non del *provocare duumviros*), il verbo sarebbe passato ad indicare l'atto con cui il *iudicatus* 'si dissociava dalla condanna', 'si opponeva alla proclamazione di responsabilità' e, al contempo, implicitamente 'chiedeva che si ricorresse a un organo giudiziario diverso e superiore'. Atteso che la *lex horrendi carminis* non precisa affatto presso quale istituzione regia la 'sfida' tra *iudicatus* e *duumviri* dovesse avvenire, si può ipotizzare che con l'invocazione '*provoco*' (non più semplicemente '[vi] sfido', ma 'alla vostra *iudicatio* mi oppongo') si sospendesse l'esecuzione della pena e si aprisse una *certatio* esitante in un 'giudizio regio' (da intendere come 'agone processuale', più che come 'duello': cfr., in particolare, G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus* 11 [1960] 358; C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 550, nt. 70; in generale, vd. M. TALAMANCA, sv. *Processo civile*, in *ED* 36, Milano 1987, 24): in virtù della *iudicatio* duumvirale, al reo flagrante viene formalmente ascritto lo *status* di *perduellis*; il *iudicatus*, quindi, '*provocat* dai magistrati' e, a seguito della *provocatio*, '*certat* (dinanzi al re)'; il re proclama la parte vittoriosa; se vincono i *duumviri* si applica il *supplicium more maiorum* della *suspensio* alla *arbor infelix*, sospeso a seguito della *provocatio* (Liv. 1.26.6). 3) Infine, con la clemente *interpretatio* di Tullo Ostilio, per la prima volta, la *certatio* conseguente alla *provocatio* avverrebbe non *ad regem* (presso il re), bensì *ad populum* (presso il popolo). Donde l'origine di quella prassi ulteriore attestata da Cicerone e Seneca secondo cui durante il *regnum* primitivo si verificarono casi di '*provocationes a regibus*', ossia 'ricorsi al popolo' a seguito di pronunzia non duumvirale, ma addirittura regia (v. Cic. *rep.* 2.31.54; Cic. *Tusc.* 4.1.1; Sen. *ep.* 108.31). Tale soluzione permette di valorizzare il contributo innovativo del re per la *certatio* dinanzi al popolo, considerare la *lex horrendi carminis* anteriore al verificarsi del fatto, mantenere nel testo il riferimento alla *provocatio*.

⁵⁶ Cfr., *supra*, ntt. 41-42.

⁵⁷ 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 vd. L. GAROFALO, *Appunti* cit. 71 ss.; *Il processo edilizio* cit. 20 s. (ma, come mette in luce D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* cit. 32, nt. 46, tale soluzione implica di necessità che il popolo si pronunciasse due volte con riguardo alla medesima *res capitalis*, a prescindere dalla gravità del reato). Inoltre, v. Calp. Pis. *ann. fragm.* 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). Va qui precisato che non mi pare emergere con nettezza dalle fonti un potere questorio di emanare sentenza in ambito criminale (come, invece, ritenuto da D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* cit. 33; *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta* cit. 616, nt. 26). Alle ampie argomentazioni già svolte da L. GAROFALO, *Appunti* cit. 241 ss. a critica di tale orientamento, intendo in questa sede aggiungere alcune rapide osservazioni su due passi che lo studioso, nonostante la valorizzazione del Mantovani, non esamina nel dettaglio. Anzitutto, se è vero che in Zon. 7.13 si trova scritto che i questori 'τὰς θανασίμους δίκας ἐδίκαζον', altrettanto vero è che in tale sede si impiega il verbo δικάζειν con riferimento non ad una

provocatio è tesa a paralizzare esclusivamente atti di natura giudiziale del magistrato. Se il primo punto può ritenersi oggi pressoché incontrovertito⁵⁸, quanto al secondo profilo, meritano di essere rammentati – in quanto recentemente letti nel senso di una conferma della ‘provocabilità’ dei soli atti giudiziari⁵⁹ – i due unici casi di *provocatio* registrati esplicitamente 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 seditionum*, ‘provoca al popolo’ contro l’ordine di arresto (verisimilmente prodromico alla fustigazione e alla messa a morte) emanato *imperio consulari* da Appio Claudio⁶⁰,

‘attività magistratuale di giudizio definitivo’, ma ad una ‘attività inquirente e preparatoria del giudizio’ (οἱ πρῶτον μὲν τὰς θανασίμους δίκας ἐδίκασον, ὅθεν καὶ τὴν προσηγορίαν ταύτην διὰ τὰς ἀνακρίσεις ἐσχῆκασιν καὶ διὰ τὴν τῆς ἀληθείας ἐκ τῶν ἀνακρίσεων ζήτησιν). Il passo, quindi, non credo sia annoverabile tra quelli a sostegno dell’interpretazione patrocinata dal Mantovani. Quanto a *Lyd. mag.* 1.26, è innegabile che il suo contenuto sia formalmente contrario all’impostazione che nega per i questori potere giudicante in ambito criminale là ove si puntualizza che i *κραιστῶρες παρρικιδίου* furono creati ὡς ἂν εἰ κραιτὰ καὶ δικαστὰ τῶν πολιτῶν ἀνελόντων. Tuttavia, come si è avuto modo già di segnalare (cfr., *supra*, nt. 25), il passo appalesa una generale superficialità dell’autore bizantino e una scarsa precisione, di talché la unicità della testimonianza – a fronte di una massiccia mole di dati in senso opposto – non ritengo sia idonea a supportare adeguatamente la tesi qui aversata: peraltro, il riferimento ai *κραιτὰ καὶ δικαστὰ* (fermo restando che i questori sono detti da Giovanni Lido ‘*quasi iudices*’ e non veri e propri ‘*iudices*’) potrebbe essere una versione greca del pomponiano ‘*praesse capitalibus rebus*’ (o di altra espressione rinvenuta nella rielaborazione tarda presa a fonte), espressione che, nonostante il possibilismo manifestato (D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* cit. 32, nt. 47), assai difficilmente può indicare attività giudicante dei questori, atteso che il verbo *praesse* viene impiegato nell’*Enchiridion* nel senso generico di ‘presiedere’ in senso ‘a-giudicante’: basti pensare a D. 12.2.6: ‘*privatis praessel*’, a meno che non si ardisca di sostenere che i pontefici erano, per Pomponio, ‘giudici delle cause tra privati’, come talora ‘eversivamente’ si è, per vero, proposto (cfr., per il sacerdotale ‘monopoly on jurisdiction’, J. H. VALGAEREN, *The Jurisdiction of the Pontiff in the Roman Republic: A Third Dimension*, Nijmegen 2012, 1 ss.; O. TELLEGEN-COEPERUS, *Pontiff, praetor, and jurisdiction in the Roman Republic*, in *TR* 74 [2006] 31 ss.; R. E. MITCHELL, *Patricians and plebeians. The origin of the Roman state*, Ithaca-New York 1990, 170 ss.; v., inoltre, F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 4 ss., e M. SARGENTI, *Riflessioni sull’attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, 3, Milano 1973, 1157 ss.; *contra*, tra i numerosissimi che aderiscono all’ortodossia, sia sufficiente citare per tutti l’autorità di M. KASER, *Das altrömisches Jus* cit. 352 ss.). A mente sia di queste testimonianze, in una con quelle che paiono ascrivere casi di giudizio comiziale – a prescindere dall’esercizio della *provocatio* – già all’ultima età regia (Dion. Hal. 3.22.3-6, 4.4.7, 4.5.3, 4.84.2-3, 5.4.1-3; Val. Max. 6.3.6), sia dell’episodio – risalente al più antico regno di Tullo Ostilio – dell’Orazio sororicida (secondo la versione di Liv. 1.26.5 ss.) e dei richiami a casi di *provocationes* regie contenuti nei libri augurali e pontificali (Cic. *rep.* 2.31.54; Sen. *ep.* 108.31), pare a me che il ‘processo comiziale’ (invero non obbligatorio né in epoca regia, né in epoca proto-repubblicana, in quanto attivato o a seguito della nomina, da parte del console dei questori, o su iniziativa e a discrezione del console stesso) trovi il proprio archetipo formale nel processo al contempo ‘celebrato dinanzi al popolo’ e ‘radicato a seguito di *provocatio*’.

⁵⁸ Sul punto vd. J. BLEICKEN, *Kollisionen* cit. 471 ss.

⁵⁹ E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’ cit. 124 ss., 134 ss.

⁶⁰ 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,*

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 leva⁶¹. 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

arripi unum insignem ducem seditionum iussit. Ille cum a lictoribus iam traheretur provocavit; nec cessisset provocacioni consul, quia non dubium erat populi iudicium, nisi aegre victa pertinacia foret consilio magis et auctoritate principum quam populi clamore. V., per tutti, C. MASI DORIA, *'Spretum imperium': prassi costituzionale e momenti di crisi nei rapporti tra magistrati nella media e tarda repubblica*, Napoli 2000, 100. Secondo l'interpretazione della Tassi Scandone l'ordine di arresto sarebbe giustificato dalla precedente condanna pronunciata da Appio *de credita pecunia* subita dal *dux seditionum* stesso, di talché anche la *provocatio* di quest'ultimo si innesterebbe nel terreno della *iudicatio*. Contro tale lettura, tuttavia, militano le seguenti, non facilmente superabili, considerazioni. In primo luogo, è Livio stesso a precisare che Appio intende gestire la rivolta di plebei e di *nexi* scoppiata in Roma *'imperio consulari'*, attraverso l'adozione di una misura esemplare (Liv. 2.23.7-8, 2.23.15). In secondo luogo, se la *provocatio* fosse davvero 'opposizione a una sentenza giudiziale' (piuttosto che a un atto di coercizione), bisognerebbe assai inverosimilmente postulare – a mente dei probabili contenuti della stessa *lex Valeria* del 509 a.C. (che concerne solo provvedimenti magistratuali capitali e non multatici, purché non si presti fede a Dion. Hal. 5.19.4, come fa S. TONDO, *Profilo* 1 cit. 145 e nt. 53) – che nel quinto secolo a.C. il debitore inadempiente (*nexus*) fosse addirittura condannabile a morte – nell'ambito di un *'modus agendi privato'* – dal console che, mediante decreto, *'ius dicit de credita pecunia'* (cfr., per il processo consolare contro il *nexus*, Liv. 2.23.6, 2.24.6-7, 2.27.8-10; sulla originaria struttura monofasica del più antico processo civile, sempre esitante in una pronuncia magistratuale, v. C. PELLOSO, *'Giudicare' e 'decidere'* cit. 61 ss.). Va da sé, infine, che l'idea qui contestata (non originale, peraltro, in quanto già patrocinata da H. HANISCH ESPÍNDOLA, *Vestigias procesales en Tito Livio y el 'nexus'*, in *Revista de estudios historico-jurídicos* 3 [1978] 65 ss.; *El desarrollo y la evolución del procedimiento ejecutivo en el derecho romano*, in *Revista chilena de historia del derecho* 9 [1983] 9 ss.) mal si armonizza con quanto, seppur poco e controverso, sappiamo del *nexus* (v., in tema, la recente messa a punto di R. CARDILLI, *'Nexus' e 'damnatio'*, in *'Inter cives necnon peregrinos'. Essays in honour of B. Sirks*, Göttingen 2014, 93 ss.). Per l'arresto come misura coercitiva a fronte di sedizione, v., per tutti, T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 562.

⁶¹ 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 provocacione 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 violavit'*); 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; D. 1.2.2.18 (Pomp. *l.s. ench.*); Fest. sv. *'Optima lex'* (Lindsay 216); Lyd. *mag.* 1.37; Zon. 7.13 (cfr., per tutti, F. DE MARTINO, *Storia* 1 cit. 447). Cfr., inoltre, circa la non provocabilità degli atti di *imperium* dei decemviri (attinenti all'arruolamento degli *iuniores*), Liv. 3.41.7 (*silentio patrum edicitur dilectus. Iuniores cum sine provocacione imperium esset ad nomina respondent*): passo che – contraddittorio rispetto alla tesi sostenuta – non è preso in esame da E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocacione'* cit. *passim*.

ai tribuni, *provocat ad populum* (oltre a *implorare* altresì, come *extrema ratio*, la *fides plebis*)⁶², seppur infruttuosamente: ma ciò non 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 ostruzionismi⁶³.

Che la *provocatio* sia opponibile ad atti tanto giudiziali quanto coercitivi pare ricavarsi anche dal lessico pomponiano⁶⁴. 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 – come ritiene la più persuasiva e dominante dottrina⁶⁵ – un 'provvedimento particolare *ex post*' e non una 'previa norma legislativa incriminatrice', allora l'attività del console subordinata al *iussus* non può ritenersi inclusiva di fase inquirente e 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'emanazione nei suoi confronti del provvedimento

⁶² Cfr., sulle invocazioni di aiuto alla massa, A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome* cit. 11 ss.; *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford 1999, 33.

⁶³ Liv. 2.55.4-8 (*ad Volerone[m] Publiliu[m] 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 expediti 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'). Sulla natura 'sussidiaria' della *provocatio* rispetto all'*auxilium* tribunizio (e, dunque, sulla sua distinzione, ancorché i due istituti siano sovente 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), vd. T. MOMMSEN, *Staatsrecht* 1 cit. 277, sulla cui scorta, cfr. B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 132, nt. 59, nonché C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 554, nt. 77; vd., *contra*, M. BIANCHINI, *Sui rapporti fra 'provocatio' ed 'intercessio'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, 1, Milano 1972, 97, 99 ss.; M. HUMBERT, *Le tribunaux 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 *improbus*, R. PESARESI, *'Improbe factum'. Riflessioni sulla 'provocatio ad populum'*, in *'Fides' 'humanitas' 'ius'*. *Studi L. Labruna*, 6, 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, 8.30.2-32.10, 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', vd. 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 *Quaderni Catanesi* 19 (1988) 74 ss.*

⁶⁴ D. 1.2.2.16, 23.

⁶⁵ Vd., per tutti, L. GAROFALO, *Appunti* cit. 242 ss., 289 ss.

sanzionatorio capitale, di suscitare nuovamente l'intervento del popolo: il che manifesta una macchinosa farraginosità procedimentale assai poco plausibile. A mente dei rilievi sopra esposti (che inducono sia a ritenere la *provocatio* un rimedio duofisita, sia a escludere che, nella versione di Pomponio, il *iussus* menzionato si identifichi in una 'previa autorizzazione'), pare plausibile concludere nel senso che l'*animadvertere* e il *ius dicere* consolari vietati, non inglobando in sé attività inquirente e giudicante, si limitino a descrivere neutralmente una 'concreta attività sanzionatoria'⁶⁶ di cui si tace, tuttavia, la natura della fonte (la quale, in teoria, può essere un provvedimento emanato dal console tanto come 'amministratore', quanto come 'giudice')⁶⁷.

7. – *Alcune riflessioni conclusive sulla natura della 'provocatio ad populum' prima e dopo le XII Tavole*

Se il quadro tracciato nelle pagine precedenti si presenta plausibile, allora, è giocoforza ritenere che la *provocatio* si atteggi, ai primordi dell'era repubblicana, 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 (ed è questa l'ipotesi che le fonti illustrano con plurimi esempi concreti), o lamenta l'ingiustizia di una sentenza (per nulla emanata in difetto di competenza) concernente crimini tanto comuni, quanto politici (ed è questa l'ipotesi che le fonti attestano solo al livello di principio). La *provocatio*, dunque, non è un 'autentico appello', innanzitutto in quanto l'atto emanato dal magistrato contro cui essa si invoca non sempre presenta i caratteri di una 'autentica sentenza'⁶⁸. Tuttavia non è questa la sola ragione che induce a escludere tale sovrapposizione. A ben vedere la *provocatio* difetta di un ulteriore requisito proprio del 'mezzo di impugnazione' in parola (sia esso concepito come una *revisio*, sia esso concepito come una *prosecutio prioris instantiae*)⁶⁹. Essa, infatti, non pare produrre effetti devolutivi, ma

⁶⁶ Cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit. 188 ss.; *I principi del diritto penale romano* 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'; vd., altresì, C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*' cit. 97 ss. e ntt. 64 ss., 100 ss.); *contra*, vd., 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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Così, in senso parzialmente analogo, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 36 ss.

⁶⁹ J. W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 2, München 1896, 453 ss.; H. WALSMANN, *Die Ausschlussberufung*, Leipzig 1928, 7 ss.; P. CALAMANDREI, *Appendice alla voce Appello*,

solo sospensivi⁷⁰: è unicamente il magistrato dotato di *ius agendi cum populo* a poter convocare i comizi e, quindi, è solo questi a poter ivi introdurre la causa a seguito della *provocatio* del *civis Romanus*; la sentenza popolare, del resto, lungi dall'essere l'atto finale di una fase giudiziaria rescissoria idoneo a modificare o a sostituire il provvedimento controverso, si limita ad autorizzare o meno (*iussu / iniussu*)⁷¹, a fronte di una richiesta che solo può provenire dal magistrato, l'esecuzione capitale⁷².

Su tale assetto esercita un notevole impatto il 'micro-sistema' criminale scolpito dalle XII Tavole: il divieto generale di *interficere l'homo indemnatus*, il divieto rivolto al magistrato di *ferre de capite civis* se non solamente al *maximus comitiatus*, le plurime disposizioni che ribadiscono ed estendono il diritto civico alla *provocatio ad populum*⁷³.

Quanto alla prima norma, il riferimento, in negativo, al *damnare*⁷⁴

in *Opere giuridiche*, 8, Napoli 1965, 452 ss.; V. TAVORMINA, *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1977) 653; *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano 1990, 81.

⁷⁰ A. BONSIGNORI, *L'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1974) 1331 ss.

⁷¹ Sull'accezione di 'autorizzare' da ascrivere al verbo *iubere*, vd. H. G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*², Jena 1926, 290 ss.; *Thesaurus linguae Latinae*, 7.2, Lipsiae 1956, 575 ss.; cfr., inoltre, M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in *ZSS* 94 (1977) 103, nt. 4, il cui pensiero è seguito e approfondito da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012, 173 ss.

⁷² Cfr., per tutti, F. DE MARTINO, *Storia* 1 cit. 425. La *provocatio* è dunque presupposto, ma non immediato atto introduttivo, del giudizio popolare: solo se il magistrato accoglie la 'sfida' del *civis* e, quindi, ha luogo la *certatio* tra le due parti il popolo si pronuncia accogliendo o meno la proposta del magistrato (sul punto, vd., da ultima, E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocazione'* cit. 142 ss., la quale, nonostante correttamente rimarchi come il comizio popolare sia convocabile discrezionalmente dal solo magistrato, non esita – cadendo in una patente contraddizione interna – a qualificare la *provocatio* in termini di atto di appello). Sull'uso del verbo '*certare*' in contesto processuale, oltre a Cic. *leg.* 3.3.6; Liv. 1.26.6, 8, 40.42.9 (che lo connettono in via diretta a '*provocare*'), cfr. Cic. *Verr.* 2.2.16.39, 2.2.13.32; Cic. *de or.* 1.39.177; Hor. *sat.* 2.1.49, 2.5.27.

⁷³ Cic. *Sest.* 30.65: *cum ... XII Tabulis sanctum esset ut neque ... liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari* (cfr., altresì, Cic. *Sest.* 34.73: *de capite ... iudicari ... nisi comitiis centuriatis*); Cic. *rep.* 2.36.61: *de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui velaret*; Cic. *leg.* 3.19.44: *tum leges praeclarissimae de duodecim Tabulis tralatae duae, quarum altera ... altera de capite civis rogari nisi maximo comitatu vetat; ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt*; Cic. *leg.* 3.4.11: *de capite civis nisi per maximum comitiatum ... ne ferunt* (cfr., altresì, Plaut. *aul.* 200, *truc.* 819, *pseud.* 1232); 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. *rep.* 2.31.54: *ab omni iudicio poenaeque provocari licere indicant XII Tabulae compluribus legibus*. Circa tale sistema e circa il suo impatto sul regime precedente della caduta in sacertà, mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Sacertà* cit. 121 ss.; sulla spiegazione della mancata citazione del principio nelle accuse mosse da Cicerone, ritornato dall'esilio nel 57 a.C., a Clodio, cfr. M. HUMBERT, *Les privilèges, des XII Tables à Cicéron*, in *'Splendidissima civitas': études d'histoire romaine en hommage à F. Jacques*, Paris 1996, 156 ss.; Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunitienne*, in *RHD* 91 (2013) 3 ss.

⁷⁴ Va qui precisato che, secondo una cospicua scuola di pensiero, il significato originario di *damnare* è verisimilmente – in contesto processuale – quello di 'vincolare alle conseguenze negative della condotta tenuta dall'agente': vd., in generale, L. BOVE, sv. *Danno (dir. rom.)*, in *NNDI* 5, Torino 1960, 143 s.; G. CRIFÒ, sv. *Danno (premessa storica)*, in *ED* 11, Milano 1962, 614 ss.; cfr., in

suggerisce che lo scopo perseguito dal decemvirato legislativo è l'abo-

tal senso, P. HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, in *Annales Internationales d'Histoire*, Paris 1901, 45 ss.; M. VOIGT, *Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öconomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke*, in *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaft*, 16, Leipzig 1874, 142 ss.; E. CUOZ, *Les institutions juridiques des Romains*, 1, Paris 1891, 423; G. BESELER, *Bindung und Lösung*, in *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen 1920, 101 ss.; M. KASER, *Das altrömische 'Ius'* cit. 124 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbitere'. Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 148 ss.; R. SANTORO, *'XII Tab.' 12.3*, in *AUPA* 30 (1967) 81 ss. Cfr., per *damnum* (dalla radice *da-) nel senso primitivo di 'Ausgabe' ('ciò che è stato dato', 'ammenda', 'risarcimento'), T. MOMMSEN, *Unterital Dialekte*, Leipzig 1850, 248; L. MITTEIS, *Über das 'nexum'*, in *ZSS* 22 (1901) 113, nt. 1; M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, in *ZSS* 25 (1904) 177, nt. 1; E. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle 'actiones ex delicto')*, in *RISG* 56 (1915) 14 s., nt. 1. Secondo l'odierna *communis opinio* la radice indoeuropea rilevante sarebbe *dap- «da cui deriverebbero il latino *daps*, il greco *δάπτω*, ma anche *δαπάνη*, l'antico islandese *tafn*, il tokario *tap-* e il sanscrito *dapayati*», là dove *daps* «vuol dire 'banchetto offerto nei sacrifici', ma anche 'cibo'; *δαπάνη* indica la spesa» (vd. G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*, Torino 1998, 24; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'*, Padova 2008, 7), ritenendosi da parte di alcuni autori che, già in origine, fosse 'patrimoniale' l'accezione di *damnum* e *damnare* (B. W. LEIST, *Gräko-Italische Rechtsgeschichte*, Jena 1884, 349 s., nt. 1; D. DAUBE, *On the Use of the Term 'damnum'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 93; D. LIEBS, *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS* 85 [1968] 175; A. MAGDELAİN, *Jus'* cit. 591 ss., in corrispondenza del saggio *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA* 27 [1980]; M. KASER, *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgenregress*, in *ZSS* 113 [1983] 114; G. COLONNA, *Etrusco 'ḡapna': latino 'damnum'*, in *Opus* 3 [1984] 311). Contro tale scuola di pensiero, si è rilevato che, anche ammettendo la supposta derivazione etimologica, essa comunque non permetterebbe di stabilire con certezza «se ... il verbo *damnare* debba essere interpretato come 'irrogare una perdita patrimoniale'» (R. FIORI, *'Ea res agatur'*, Milano 2003, 104 s.); di poi, contro l'interpretazione patrimonialistica, è stata riscontrata «una grave difficoltà ad ammettere l'ordine di idee del Liebs», ossia il «sicuro collegamento dell'attività del *damnare* con la persecuzione criminale»; infatti, se il Liebs ritiene certo un 'mutamento' semantico, lo studioso, tuttavia, «non dice cosa abbia potuto provocare questo mutamento di significato per 'astrazione' del termine *damnare*», atteso che «il collegamento del verbo *damnare* con la persecuzione criminale appare ... molto antico» (R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli 1990, 32). Sul solco di tale ultimo filone di pensiero ho creduto, per l'epoca decemvirale, ad un significato di *damnum* quale 'soggezione alle conseguenze negative della condotta tenuta dall'agente', 'sanzione imposta per la condotta anti-giuridica tenuta', 'soggezione alla sanzione' (C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 199 s. e ntt. 146 s., 250 e nt. 266). E ciò sulla scorta: della scarsa utilità dell'etimologia; della omologazione post-aquiliana tra *damnum* e *noxia*; della divergenza semantica tra *noxiam facere* (cagionare effetti negativi) e *damnum facere* (subire una perdita, contro *lucrum facere* che è ottenere un guadagno); di Fest. sv. *'Noxia'* (Lindsay 180), di Paul.-Fest. sv. *'Noxia'* (Lindsay 181) e di Serv. *Aen.* 1.41 (che equiparano il dominio semantico del più antico sostantivo *noxia* al senso recenziore preso da *damnum*), nonché di Gell. 11.18.8 (che si riferisce al *noxiam factam sarciri*, nel senso di 'comporre' le 'conseguenze negative patrimoniali arretrate'); della esistenza di più fonti che riconnettono il *damnum* alla 'sanzione di carattere afflittivo' (Cic. *off.* 3.5.23; Cic. *de or.* 1.43.194; Liv. 4.53.7, 7.4.2; Aug. *ciu. Dei* 21.1; Isid. *orig.* 5.27). Si può dunque concordare con S. GALEOTTI, *'Rupit', 'rupitias', 'noxia', 'damnum': il danneggiamento nella normativa preaquiliana*, in *SDHI* 80 (2014) 267, 270, là ove la studiosa sottolinea come l'etimologia, lungi dal risolvere il problema, lo complicherebbe, mentre non è seguibile là ove ella – sulla scorta di Liebs – pensa a *damnum* e a *damnare* come a categorie 'ad ampio spettro' in cui si concentrano tanto il significato di 'perdita patrimoniale' tanto quello di 'vincolo' o

lizione della messa a morte senza un ‘previo processo (comiziale)’. Il popolo – convocato in qualità di giudice – è tenuto, per l'appunto, a fronte di accusa, istruttoria e dibattimento, a *statuere* e a *iudicare* sul *caput* di un *civis Romanus* (secondo quanto riferisce Cicerone)⁷⁵, o a κρίνειν θανάτου (secondo la versione di Polibio)⁷⁶, vale a dire, ove non si assolvea,

‘soggezione’: infatti, la prima, per le ragioni sopracoste, mi pare doversi escludere dalla sfera semantica originaria dei due *verba* e attribuirsi solo a *noxia*. Per *indemnatus* e *damnum* in Fest. sv. ‘*Parici<di> quaestores*’ (Lindsay 247) e in Serv. *georg.* 3.387, cfr., da ultimo, M. FALCON, ‘*Paricidas esto*’ cit. 246 ss.

⁷⁵ Qui la *damnatio capitis* è espressione della *iudicatio* criminale definitiva del popolo (ancorché, formalmente, il requisito della *damnatio*, senz’altro, ben potrebbe escludere solo atti di natura amministrativa, ossia magistratuali, *de capite*, lasciando aperta una *damnatio* magistratuale conseguente a processo giurisdizionale), in opposizione all’*anquisitio*, quale complessa attività prodromica rispetto alla ‘fase decisoria’ (vd. D. MANTOVANI, ‘*Quaerere*’, ‘*quaestio*’. *Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index* 37 [2009] 25 ss.) e alla *coërcitio* del magistrato, non più ora, capitale: cfr., paradigmaticamente, Varr. *l.L.* 6.90, 92; Liv. 2.52.5, 8.33.17, 26.3.5, 26.3.7, 43.8.9; Cic. *leg.* 3.3.6, 3.3.10, 3.12.27; Cic. *dom.* 17.45. Ciò si ricava esplicitamente da Cic. *Sest.* 34.73 e da Cic. *rep.* 2.36.61, in cui – con riguardo al precetto *de capite civis* – si impiegano i verbi *statuere* e *iudicare* per indicare l’attività giudicante dei comizi centuriati, e non *ferre* o *rogare*, denotativi della attività magistratuale di accusa, come in Cic. *Sest.* 30.65; Cic. *leg.* 3.4.11, 3.19.44. In generale, vd. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 38.

⁷⁶ Cfr. Pol. 6.14.6 (δημος... θανάτου δὲ κρίνει μόνος), su cui vd., in generale, B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 114; L. GAROFALO, *Appunti* cit. 241 ss., 258 s., 287 ss., 291 ss. Il passo dello storiografo greco non riguarda affatto i *concordia tributa plebis* (così, invece, Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunitienne* cit. 48 s.; v., altresì, tra gli altri, R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 95 ss.; R. DEVELIN, ‘*Comitia tributa plebis*’, in *Athenaeum* 53 [1975], 332), ancorché si menzioni il voto delle φυλαί, con riguardo all’ἔθος romano della cd. ἐκούσιος φυγαδεία, ossia dell’esilio volontario, prima della emanazione della sentenza definitiva ma dopo la celebrazione della fase introduttiva, istruttoria e dibattimentale (cfr., in tal senso, D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio [vv. 784-790 M. = fr. XXVIII 29 Ch.]*, in B. SANTALUCIA [a cura di], *La repressione criminale* cit. 55, nt. 112; *contra*, benché implicitamente, vd. G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015, 52 s.): cfr. O. F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London-New York 2007, 185 (nonché EAD., *Polybius on exile*, in *Iura* 51 [2001], 19 ss.), secondo cui «Polybius, writing around 140 BC, tells us that Roman usage allowed those on trial for their lives before an assembly (*iudicium populi*) liberty to depart openly, thus inflicting voluntary exile on themselves, if even only one of the tribes (*recte*, centuries) that pronounced the verdict had yet to vote». Vero è che lo stravagante richiamo alle tribù da parte di Polibio in un contesto riservato ai giudizi capitali ben può essere spiegato accedendosi alle opinioni condivise in letteratura sul punto. V’è, infatti, chi ha sostenuto che, a seguito della riforma dei comizi centuriati con l’introduzione di due tribù ulteriori (forse nel 241 a.C.), Polibio si sia semplicemente confuso (T. MOMMSEN, *Staatsrecht* 3 cit. 357, nt. 4, 423, nt. 4; A. H. M. JONES, *The Criminal Courts* cit. 14; E. G. HARDY, *Some Problems in Roman History: Ten Essays bearing with the administrative and legal work of Julius Caesar*, Oxford 1924, 16; L. R. TAYLOR, *Roman Voting Assemblies: From the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, Ann Arbor 1966, 129, nt. 6; G. W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies from their Origin to the End of the Republic*, New York 1968, 217 e nt. 5); da parte di altri si è precisato che, dopo tale riforma, le stesse unità di voto nei comizi popolari sono state denominate, con macroscopico slittamento semantico, anche tribù (cfr. F. W. WALLBANK, *A Historical Commentary to Polybius*, 1, Oxford 1957, 683 s.). Invero, si potrebbe altresì congetturare che Polibio, riferendo dell’esilio volontario dell’accusato, il quale tuttavia *adest* (ossia non si rende contumace) sino allo stadio conclusivo del processo, confonda la votazione delle centurie chiamate a pronunciarsi *de capite* scaturente nella sentenza definitiva con la votazione delle tribù chiamate, dopo la *damnatio* dell’accusato contumace, ad emanare

ad emanare una ‘sentenza di condanna capitale’ definitiva: donde il conseguente divieto di messa a morte da parte di un magistrato, vuoi giusta l’esercizio di *coërcitio* (ché ciò – al livello di requisiti di natura dell’atto – non integrerebbe l’ipotesi della *damnatio*), vuoi giusta l’esercizio di *iudicatio* (ché ciò – al livello di organo competente – non implicherebbe il necessario e finale coinvolgimento delle centurie).

Quanto alla seconda *lex*, se essa è effettivamente qualificabile come ‘norma sulla competenza’, altrettanto vero è che essa, formulata solo nel senso di escludere la presentazione, da parte dei magistrati repubblicani competenti, di un’accusa capitale ad una assemblea giudicante diversa dal comizio centuriato⁷⁷, senza la coesistente norma sull’*homo indemnatus*

un plebiscito di cd. *exsilium iustum*: in questa ipotesi, infatti, la sentenza veniva di certo emessa, a differenza di quanto accadeva in ipotesi di *absentia* originale dell’accusato dopo la *dictio diei*, atteso che qui il processo presso le centurie si arrestava e, a fronte di *rogatio* tribunitia, si provvedeva, da parte delle tribù, a sancire l’esilio e la *bonorum venditio*, nonché, da parte di magistrato *cum imperio*, a decretare l’interdizione (come è – ad esempio – nei casi di Postumio Pirgense, Fulvio Flacco, Metello Numidico: cfr. Liv. 25.3.8-25.4.10; Liv. 26.3.5-11; Appian. *bello civ.* 1.29.31; Liv. *per.* 69; Cic. *dom.* 82; Plut. *Mar.* 29). Cfr. G. P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 25 ss., 61, 162 ss., 178 s. (che correttamente interpreta il concilio plebeo non come organo giudicante di crimini capitali e che, forse con eccessiva disinvoltura, ritiene pur a fronte del silenzio delle fonti, l’*interdictio aquae et ignis* atto conseguente di necessità ogni plebiscito d’esilio); nonché M. V. LEDNEVA, *La confisca dei beni come effetto dell’*aquae et ignis interdictio**, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale* cit. 69 ss. (che non va, tuttavia, seguita là ove ritiene che il plebiscito di esilio sia ‘verdetto’ e che quest’ultimo sia da intendersi, al contempo, come atto di ‘interdizione’); in generale, vd. M. JOŃCA, *The Scope of ‘exsilium voluntarium’ in the Roman Republic*, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale* cit. 77 ss., 79, 82 (che sottolinea come la dazione di garanti permettesse all’accusato di non adesse nel *dies comitorum* e, quindi, di servirsi dell’esilio volontario).

⁷⁷Che la norma *de capite civis* sia da interpretare come norma che, mutando rispetto all’epoca pre-decenvirale, consente al magistrato di proporre condanne capitali al solo ‘*comitatus maximus*’ (ossia al comizio centuriato: vd., per tutti, Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunitienne* cit. 5 ss.) è sostenuto – sulla scia di T. MOMMSEN, *Staatsrecht* 3 cit. 357 s. e nt. 3 – da B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 163 s.; di recente anche G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit. 155 ss., perviene – ancorché indirettamente – a ribadire la tesi tradizionale. Di contro, v. E. TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione* cit. 186, la quale sostiene che la norma sancisca una riserva legislativa (ma vd., per talune obiezioni, C. PELLOSO, *Sacertà* cit. 123 s., nt. 93), nonché R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 106 ss., 110 ss., che tenta di sostenere la tesi dello svolgimento di processi capitali (volti ad accertare la sacertà) nel *concilium plebis* anche dopo le XII Tavole (*contra*, con argomenti persuasivi, cfr. B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 139 ss.). Il fatto che, per l’età predecenvirale, le fonti discorrono di provocazione al ‘popolo’ (senza specificare il tipo di assemblea: Liv. 2.27.12, 2.55.4-11; Dion. Hal. 9.39), e parimenti nei casi di *iudicia populi* ‘regolari’ attestati non si specifichi esattamente il tipo di assemblea, al più discorrendosi di *comitia* (cfr., da un lato, Calp. Pis. *ann. fragm.* fr. 37 [Peter]; Cic. *rep.* 2.27.49, 2.35.60; Liv. 2.41.11; 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; dall’altro, Liv. 3.13.1-3, 3.24.3-7, 3.25.1-3, 3.29.6, nonché Dion. Hal. 10.7.1-4, 10.8.4), se si aderisce alla tesi della consolidazione ‘non innovativa’ nella cd. *lex Valeria* del 509 a.C. di prassi monarchiche (il che, quindi, non sarebbe in netta contraddizione con la votazione per centurie della stessa *lex*, come invece vuole C. VENTURINI, *Variazioni* cit. 83), e se interpretiamo la *lex sacrata* di cui a Cic. *Sest.* 30.65 (che, appunto, avrebbe previsto una competenza centuriata in materia criminale *de capite civis*) come

non sarebbe, di per sé, idonea a vietare l'uccidibilità del cittadino a seguito di atto diverso dalla sentenza popolare di condanna (invero non prescrivendo essa, per ogni ipotesi di *res capitales*, la competenza esclusiva delle centurie, bensì prescrivendo unicamente, in ipotesi di presentazione magistratuale di accusa capitale, l'obbligo di promuovere il processo dinanzi alle centurie)⁷⁸.

Le due norme, insomma, vanno lette insieme e considerate come parte di un sistema unitario e armoniosamente coeso. In esso non solo si proibiscono provvedimenti di condanna capitale diversi da quelli di indole giudiziale, ma contestualmente si proibiscono provvedimenti condannatori capitali emessi da assemblee diverse da quella centuriata: il che trova solida conferma nella ricca casistica offerta dalla storiografia concernente sia i due secoli immediatamente seguenti l'emanazione del 'codice decemvirale'⁷⁹, sia il periodo compreso tra la fine del III secolo a.C. (atteso

un atto di opposizione al vigente ordine cittadino, credo sia altamente probabile la conseguenza che l'innominata assemblea cittadina del provvedimento ascripto a Valerio Publicola rimanga quella delle curie (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 F. SERRAO [a cura di], *Legge e società nella repubblica romana*, 1, Napoli 1981, 44 ss.). Ergo, da un lato, riterrei curiati – fino al limite della fonte espressamente contraria (contro la originaria e anacronistica antitesi tra tribù e centurie adombrata in Dion. Hal. 7.59.1-2 con riguardo al processo a Coriolano del 491 a.C., v. la versione di Liv. 2.35.6) – tutti i processi pre-decemvirali non rivoluzionari: contro i complici dei figli di Bruto in età pregressa alla *lex Valeria* stessa; contro i congiurati dell'anno 500 a.C.; contro M. Volscio Fittore nel 459-458 a.C.; nei due espliciti casi di *provocatio* registrati, l'una promossa da un *civis* contro Appio Claudio nel 495 a.C., l'altra del 473 a.C., infruttuosamente, da Volerone; forse, a condivisione dell'assunto secondo cui consoli e questori si sarebbero talora attenuti – già prima delle XII Tavole – all'instaurazione di un *iudicium populi* centuriato, «spinti se non altro dal timore delle conseguenze collegate alle violazioni delle leggi *sacrae*» (L. GAROFALO, *Appunti* cit. 180, nt. 52), alle centurie potrebbe essere stato condotto, stando alla versione del processo pubblico questorio per *perduellio*, Spurio Cassio, per l'eccezionalità del caso e il prestigio dell'accusato, che forse viene sottratto alla messa a morte immediata e viene sì processato, ma non davanti alle curie (v. R. FIORI, *'Homo sacer'* cit. 376 ss., 390 ss.).

⁷⁸ Così, persuasivamente, D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* cit. 25; sul rapporto tra le due norme v. A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo* 34 (1988) 327 e nt. 27; L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 47, nt. 7.

⁷⁹ Una volta esclusi dai processi qui annoverabili quelli edilizi, vero è che le fonti registrano, prendendosi a campione l'arco di tempo compreso tra il 451-450 a.C. e il 290 a.C., processi tribuniti, di indole politica, instaurati *apud plebem* solo per multe: 423 a.C. (Liv. 4.40.4, 4.41.10-11); 422 a.C. (Liv. 4.42.3-9, 4.40.6-9); 420 a.C. (Liv. 4.40.6-10); 401 a.C. (Liv. 5.11.4-5.12.1); 391 a.C. (Liv. 5.32.8-9; Dion. Hal. 13.5.1; Diod. 14.117.6; Val. Max. 5.3.2 a; Plut. *Cam.* 12-13; Appian. *Ital.* 8.2; ma v., altresì, Plin. *nat. hist.* 34.7.13); 393 a.C. (Liv. 5.29.6-7); 290 a.C. (Liv. *per.* 11; Dion. Hal. *exerpt.* 17-18.4.5; Dio Cass. 8.36.32). V., *amplius*, C. PELLOSO *Sacertà* cit. 111 s. e ntt. 83-84. Di contro, l'esistenza di processi anche 'capitali' *apud plebem* dopo il 451 a.C. è stata sostenuta da R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 113 ss., 117 ss.: invero, a non voler qui ricordare i casi in cui dubbia è la pena richiesta dai magistrati plebei (C. PELLOSO *Sacertà* cit. 112, nt. 83), nulla autorizza a qualificare come capitali i processi celebrati contro Ambusto e Imperioso, rispettivamente del 389 a.C. e del 362 a.C. (Liv. 6.1.6-7; Cic. *off.* 3.31.112; Liv. 7.4-5; Sen. *benef.* 3.37.4; Val. Max. 5.4.3 [?] e 6.9.1; Appian. *Sam.* 2;

che, secondo la miglior interpretazione della narrazione liviana, anche i processi capitali contro M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco, interrotti per *absentia* degli accusati e seguiti dal procedimento conciliare di dichiarazione di esilio, integrano gli estremi di due *iudicia populi*⁸⁰ e

Auct. *vir. ill.* 28.1-2); del pari, non pare essere un processo plebeo capitale quello contro Letorio Mergo (Dion. Hal. 16.4.2-3); così come Servilio Ahala nel 437-436 a.C. non può pacificamente essere considerato un accusato *apud plebem de capite* (Cic. *dom.* 32.86; Cic. *rep.* 1.3.6; Liv. 4.16.5, 4.21.3-4; Val. Max. 5.3.2 g): v., *amplius*, B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 139 ss.

⁸⁰ Il complesso caso del Pirgense e dei *publicani* dell'anno 212 a.C. (Liv. 25.3.8-25.4.10) non concerne, *de plano*, un processo qualificabile tanto come capitale quanto come celebrato dinanzi alle tribù, come invece pretende, da ultimo, Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 41 ss. (v., altresì, A. H. J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford 1901, 328 s.; R. FEIG VISHNIA, *State, Society, and Popular Leaders in Mid-Republican Rome 214-167 BC*, New York 1996, 74 s.; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 136 ss.). Pur a fronte sia della indeterminatezza di Liv. 25.4.8, che discorre – dopo la riqualificazione dei fatti originariamente ascritti a Postumio – solo di una tribunizia *rei capitalis diei dictio*, sia del generale silenzio dello storiografo sul preciso tipo di assemblea giudiziale convocata per la seconda accusa mossa contro Postumio, se, in definitiva, è la *perduellio* ad assurgere al più probabile dei crimini ascrivibili all'accusato, il processo *de capite* in questione va ritenuto – con assai elevata probabilità (come suggeriscono, tra l'altro, sia il giudizio contro Appio Claudio Pulcro nel 248 a.C., sia quello quello contro Sempronio Gracco e Claudio Pulcro nel 169 a.C.) – un *iudicium* di tipo centuriato (cfr., in tal senso, G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exsilium». L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano 1960, 86 ss. [dall'estratto]; J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik* cit. 111 e nt. 7; L. GAROFALO, *Appunti* cit. 101 s.; E. G. HARDY, *Some Problems in Roman History* cit. 10; M. HUMBERT, *Le tribunal de la plèbe* cit. 500 e nt. 194; G. P. KELLY, *A History of Exile* cit. 25 s.). Estintosi a causa dell'ingiustificata assenza dell'accusato il processo comiziale, esso è seguito da un nuovo e diverso procedimento, ora di natura conciliare, esitante – su previa *rogatio* tribunizia – in un plebiscito (e non in una sentenza di condanna) che, una volta accertata la mancata comparizione addirittura all'udienza successiva, sia dichiarerà lo stato di *exsilium* sia ordinerà la vendita del patrimonio dell'*exsul*, precedendo così tale atto plebeo il diverso provvedimento magistratuale, parimenti oggetto di *rogatio* tribunizia, della *aquae et ignis interdictio* (cfr., sul punto, D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit. 54 ss. e ntt. 110-115). Parimenti, il caso dell'anno immediatamente successivo (211 a.C.), annoverato ancora da Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 44 ss. tra quelli di *iudicia* tribunizi capitali presso i *concilia tributa plebis*, riguarda invero un processo politico multaticio avverso il pretore Gneo Fulvio Flacco dinanzi alla plebe, poi convertito durante la fase dibattimentale dal tribuno Sempronio – il quale *diem ... comitiis ab C. Calpurnio, praetore urbano, petiit* – in un processo popolare con accusa di *crimen perduellionis* (*tum Sempronius perduellionis se iudicare Cn. Fulvio dixit*: Liv. 26.3.9). Anche a seguire Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 45 e, dunque, sia a non ritenere l'uso liviano del sostantivo *comitia* determinante (Liv. 26.3.5-12), sia a voler vedere nell'atto tribunizio del *diem petere* (v. Liv. 43.16.11; Gell. 6.9.9) non un «prêt d'auspice», bensì la sola richiesta rivolta a un magistrato superiore della convocazione dell'assemblea con la fissazione del giorno stesso (così già B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 56, nonché *Altri studi* cit. 171 e nt. 26; ma v., per la concessione degli *auspicia*, *Studi* cit. 170 e nt. 83), pare chiaro che sia il tipo di caso (assai simile alle vicende occorsa a Appio Claudio Pulcro nel 248 a.C., accusato *de capite* dinanzi ai comizi centuriati, dopo una prima fase multaticia, dai tribuni Pullio e Fundanio: v., per tutti, Schol. Bob. [Hildebrandt 27]), sia il tipo di reato (v., oltre all'episodio di Appio Claudio Pulcro, anche i processi instaurati dal tribuno Rutilio, o Popilio, contro i censori Sempronio Gracco e Claudio Pulcro nel 169 a.C.: Liv. 43.16.11; Val. Max. 6.5.3) inducono a ritenere il processo di impostazione comiziale. E ciò, a mio credere, è suggerito anche dalla antitesi liviana (Liv. 26.3.8) tra processo tribunizio con *anquisitio* stabilita *legibus* e quello *moribus*, l'uno di natura capitale, l'altro invece di natura multaticia (v., *infra*, nt. 83).

la fine del II secolo a.C. (atteso che nulla nei resoconti di Asconio e di Cicerone permette di qualificare come capitale il processo celebrato dinanzi alla plebe contro Giunio Silano per *mala gestio*)⁸¹. Le disposizioni decemvirali, dunque, stante la loro formulazione e la loro *ratio*, implicavano, ancorché in modo implicito, sia l'abrogazione dei processi plebei capitali, sia la conferma dei processi plebei multatici⁸², di talché questi

⁸¹ Sui casi, risalenti al 104 a.C., di Giunio Silano, letti come attestazione di un giudizio capitale tribunizio (Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 50 ss., il quale, in fine colloca inspiegabilmente la vicenda nel 146 a.C.), è sufficiente rilevare quanto segue. Il tribuno Domizio è sia *accusator* di Silano che *petit diem* al pretore con riguardo a un capo d'accusa dato dalla commissione di *iniuriae* (Cic. *Verr.* 2.2.118; Cic. *Caec.* 67), sia *accusator* sempre di Silano in quanto quest'ultimo '*rem cum Cimbris iniussu populi gessisse*' (Asc. *Corn.* 80: vd. R. G. LEWIS, '*Asconius*'. *Commentaries on Speeches by Cicero*, Oxford 2006, 288). Se il primo processo, per come è radicato e per il reato imputato, è evidentemente non capitale, il secondo – stando ad Asconio – si celebra *apud populum* (espressione usata in senso a-tecnico per intendere il concilio plebeo) e si conclude con la maggioranza delle tribù che vota nel senso dell'assoluzione (*nam duae solae tribus eum... damnaverunt*): cfr., nel senso di un giudizio conciliare, G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe* cit. 8; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 148 e nt. 86. Ora, dopo le XII tavole, i tribuni conservano il potere di radicare processi multatici per reati politici affini alla *perduellio* che, per opportunità contingenti o per la dinamica concreta dei fatti, essi preferivano far sanzionare senza l'intervento delle centurie con pene pecuniarie (vd., paradigmaticamente, Liv. *per.* 11; Dion. Hal. 17-18, Schol. Bob. [Hildebrandt 27]; Plut. *Cato mai.* 19.2; Liv. 26.3.8-9; Liv. 43.8.9-10). Ciò precisato (a mente di B. SANTALUCIA *Diritto e processo* cit. 82 s.), non si può condividere l'assunto per cui se pur «il n'est pas assuré qu'en 146 av. J.-C. [sic], la procédure conduit contre Silanus était capitale», tuttavia «la présomption est très forte» (Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 52; *contra*, vd. E. G. HARDY, *Some Problems in Roman History* cit. 26). Silano, infatti, viene accusato non tanto di aver provocato la sconfitta con i Cimbri nel 109 a.C., quanto di aver gestito la campagna militare senza l'autorizzazione e, quindi, senza il rispetto delle istruzioni del popolo Romano: un caso, questo qui in considerazione, analogo a quello del 137-136 a.C. che vede il console Lepido – per aver intrapreso una campagna contro i Vaccei senza rispettare le istruzioni senatorie – processato su iniziativa tribunizia e, infine, solamente multato (Appian. *Hisp.* 80.348-383, 358; Liv. *per.* 56; Oros. 5.5.13): cfr., sul punto, N. S. ROSENSTEIN, *Imperatores Victi: Military Defeat and Aristocratic Competition in the Middle and Late Republic*, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1990, 47 s., 180 s.; M. C. ALEXANDER, *Trials in the Late Roman Republic, 149 BC to 50 BC*, Toronto 1990, 8 s., 32; C. F. KONRAD, '*Vellere signa*', in C. F. KONRAD (ed.), '*Augusto augurio. Rerum humanarum et divinarum commentationes in honorem Jerzy Linderski*', Stuttgart 2004, 189 s. (che, tuttavia, ritiene frutto di un errore da parte di Asconio il riferimento alla multa irrogata a Lepido). Alla luce di tali dati, è tendenzialmente da escludere, quindi, che Domizio abbia fatto richiesta di pena capitale, dinanzi alla plebe, per la *perduellio* di Silano (cfr., in tal senso, invece, A. W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der Römischen Republik*, 1.2, Berlin 1865, 351 s.; W. REIN, *Das Criminalrecht* cit. 493, 649; A. H. J. GREENIDGE, *The Legal Procedure* cit. 351; A. H. M. JONES, *The Criminal Courts* cit. 4 e nt. 13, 17 e nt. 113; L. THOMMEN, *Das Volkstribunat* cit. 149 s.; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 148; Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne* cit. 51), così come va esclusa l'ipotesi di un processo capitale, originariamente radicato presso il popolo centuriato, e poi convertito in multatico.

⁸² Nei due secoli successivi alla emanazione delle XII Tavole, emergono dalle fonti processi questori *de capite civis* radicati unicamente *apud populum*: 391 a.C. (Plin. *nat. hist.* 34.7.13; Cic. *dom.* 32.86; Flor. 1.22.4; Eutr. 1.20); data successiva al 242 a.C. (Varr. *l.L.* 6.90-92). Altri sono attestati taluni processi capitali tribunizi di tipo comune *apud populum*: 326 a.C. (Dion. Hal. 16.5); fine del quarto secolo a.C. (Dion. Hal. 16.4.2-3; Val. Max. 6.1.11). Infine, una non esigua gamma di processi tribunizi di indole politica, sempre celebrati dinanzi alle

ultimi *iudicia*, in opposizione alla repressione capitale dinanzi al popolo *per comitiatum maximum* ora fondata *legibus* (ossia sulle disposizioni consacrate nel testo decemvirale), da Livio erano detti *moribus* (ossia su una tradizione indirettamente ribadita attraverso l'elevazione del comizio centuriato a giudice unico in materia capitale)⁸³.

Ergo, l'ulteriore 'set' di norme decemvirali concernenti la *provocatio ad populum* configura un istituto che risulta, rispetto al regime pregresso, dotato di ben più intensa efficacia⁸⁴: a fronte della norma sull'*homo indemnatus*, la *provocatio* si atteggia a mezzo di opposizione contro atti

centurie, affiora: 449 a.C. (Liv. 3.56-58; Dion. Hal. 11.46); 437-436 a.C. (Cic. *dom.* 32.86; Cic. *rep.* 1.3.6; Liv. 4.21.3-4; Val. Max. 5.3.2 g); 384 a.C. (Liv. 6.19.5 ss.; ma v. Liv. 6.20.12, nonché Diod. 15.35.3, e Plut. *Cam.* 36); 248 a.C. (Pol. 1.52.2-3; Cic. *nat. deor.* 2.3.7; Cic. *div.* 1.16.29, 2.8.20, 2.33.71; Liv. *per.* 19; Val. Max. 8.1 *absol.* 4; Suet. *Tib.* 2.2; Flor. 2.2.29; Eutr. 2.26.1; Serv. *Aen.* 6.198; Schol. Bob. [Hildebrandt 27]).

⁸³Cfr. Liv. 22.3.8: *nam cum bis pecunia acquisisset, tertio capitis se anquirere diceret, tribuni plebis appellati collegae negarunt se in mora esse quo minus, quod ei more maiorum permissum esset, seu legibus seu moribus mallet, anquiret quoad vel capitis vel pecuniae iudicasset privato*. Per Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunitienne* cit. 45 s., il passo contrappone il processo per *perduellio* fondato sulle *leges sacratae* al processo fondato sui *mores*: si tratta di una tesi, per quanto diffusa (cfr. C. H. BRECHT, '*Perduellio*' cit. 193; A. MAGDELAIN, '*Jus*' cit. 518; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort* cit. 223), priva di fondamento, atteso che sia la legge del 494 a.C. non istituisce alcun processo tribunizio, ma determina la automatica caduta in sacertà, sia la *lex Icilia* (o *Sicinia*) del 492 a.C. (Dion Hal. 7.17.5; Cic. *Sest.* 37.79), punendo chi turba il concilio plebeo interrompendo od ostacolando il tribuno nell'atto di rivolgersi alle tribù, è sì *lex sacrata* (in quanto giurata), ma certo non è *lex* che comporta la sacertà o che reprime casi, lesivi di interessi cittadini e non 'particolari', di *perduellio* (cfr. F. ZUCCOTTI, *Giuramento collettivo e 'leges sacratae'*, in *Studi per G. Nicosia*, 8, Milano 2007, 511 ss.). A mente della fattispecie concreta che interessa Fulvio Flacco (ossia violazioni di natura militare), nessuna delle due leggi citate da Rivière – in una con le condotte da queste represses, le sanzioni da queste previste, le modalità di irrogazione – pare, in definitiva, invocabile. La più persuasiva lettura del passo liviano rimane quindi quella che ascrive a *leges*, in opposizione a *mores*, il significato di 'leggi decemvirali' (vd. J. BLEICKEN, '*Lex Publica*'. *Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin 1975, 369 s.; B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 170 ss. e nt. 86; *Altri studi* cit. 173; L. GAROFALO, *Appunti* cit. 142, 232 s.).

⁸⁴Il 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.; vd., inoltre, R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit. 106 ss., secondo cui dopo le XII Tavole i *concilia tributa plebis* avrebbero avuto ancora competenza giudiziale capitale, atteso che la sfera di applicazione della norma statuente 'il divieto di *ferre de capite civis* se non dinanzi al comizio centuriato' sarebbe stata determinata solo con riguardo all'*imperium* magistratuale nel campo della repressione penale. Né, del resto, è corretto ritenere che l'una disposizione è doppiamente dell'altra (D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* cit. 25), in quanto sia il processo comiziale *de capite* non necessariamente presuppone sempre una *provocatio*, sia in quanto la prima (quale divieto rivolto al solo 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 ricostruzione proposta da R. E. MITCHELL, *Patricians and Plebeians* cit. 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 (vd., in merito, K. HACKL, *Gab es eine 'provocatio ad populum' auch im Zivilprozess?*, in *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège 1999, 179 ss.).

magistratuali, non più solo consolari, ma addirittura tribunizi⁸⁵, posti in essere per ‘difetto di potere’, mentre in forza della norma *de capite civis*, essa si può rivolgere al solo comizio centuriato (e può essere invocata non solo allorché il magistrato intenda esercitare, o sul piano della *coërcitio*, o su quello della *iudicatio*, un ‘potere capitale’ ora inesistente, ma altresì allorché il magistrato intenda radicare il processo *de capite civis* dinanzi a un organo giudicante incompetente)⁸⁶. 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 elevi formale opposizione e, così, richieda la promozione di un processo popolare; 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

⁸⁵ L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 13 s., 49, 53 ss.

⁸⁶ Cfr. Salv. *gub.* 8.5; Cic. *rep.* 2.31.54; Cic. *Sest.* 34.73. 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 *cum imperio* sono detti essere titolari del potere coercitivo di multare, di incarcerare, di fustigare coloro che – pur non commettendo un reato – violano gli ordini impartiti, potere comunque sterilizzabile o dal popolo o dal collega di pari o superiore *potestas* (ora per mezzo della *provocatio* del trasgressore, ora in virtù dell’esercizio della *intercessio*), laddove essi non sono qualificati come titolari del potere giudiziario di sanzionare penalmente in via definitiva, sicché debbono chiamare il popolo a tal scopo: *iusta imperia sunt, isque cives modeste ac sine recusatione parento. Magistratus nec oboedientem et <in>noxium civem multa vinculis verberibusve coerceto, ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. Cum magistratus iudicasset inrogassitve, per populum multae poenae certatio esto* (cfr. T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 474; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 38 e ntt. 27 s., 49, nt. 8; L. GAROFALO, *Appunti* cit. 218 s.; C. VENTURINI, *Pomponio* cit. 556 ss.). In Cic. *leg.* 3.3.10 (*omnes magistratus auspiciū iudiciūque habent, exque is senatus esto. Eius decreta rata sunt. At potestas par maiore prohibessit, perscripta servanto*) e 3.12.27 (*deinceps igitur omnibus magistratibus auspicia et iudicia dantur: iudicia <ita> ut esset populi potestas ad quam provocaretur, auspicia ut multos inutiles comitiatus probabiles impedirent morae*), passi parimenti di difficile valutazione rispetto alla terminologia e agli istituti del diritto criminale repubblicano (cfr., per tutti, J. KUNKEL, *Untersuchungen* cit. 20 ss.), i magistrati sono detti titolari solo di *auspicium* e di *iudicium* mentre il popolo è titolare della *potestas* alla quale si provoca, non si ascrive affatto a questi ‘giurisdizione criminale’ (come, paradigmaticamente, ritengono sia A. MAGDELAIN, ‘*Jus*’ cit. 556, 586, sia E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’ cit. 114 ss.), ma solo il potere di promozione dell’accusa, attraverso la proposta di una sentenza (L. GAROFALO, *Appunti* cit. 79, nt. 24; P. CERAMI, *Diritto al processo* cit. 42 s.), o il potere di tenere i comizi (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 38, nt. 29).

della sanzione suprema: l'inesistenza del potere magistratuale, a monte, viene così denunziata a valle a mezzo della *provocatio ad populum*.

Ciò puntualizzato, è d'uopo mettere in luce come il caso di Appio Claudio, risalente al 449 a.C., ossia a un momento storico immediatamente successivo all'entrata in vigore del 'micro-sistema' criminalistico delle XII Tavole⁸⁷, si imponga come efficace emblema del nesso tra l'istituto della *provocatio*, nella sua novellata configurazione, e l'appartenenza del provocante alla *libera res publica Romanorum*. Livio narra, infatti, come il tribuno della plebe Virginio, sprezzante del divieto di *ferre* accuse capitali dinanzi ad assemblee diverse da quella centuriata, '*diem dicit*' per la comparizione dinanzi al concilio plebeo (o dinanzi al popolo, secondo Dionigi) dell'ex decemviro Appio Claudio⁸⁸, il quale si presenta scortato da un cospicuo manipolo di giovani patrizi; indi, mutati gli originali capi di imputazione (che ora vengono limitati all'*unum crimen* di *ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse*), Virginio incarica un *viator* di prelevare l'accusato e dedurlo in carcere, in vista del futuro processo – ovviamente di carattere rivoluzionario – la cui celebrazione viene di necessità differita⁸⁹. Appio Claudio, allora, a fronte dell'inutilità dell'*appellatio* d'ausilio ai tribuni, non esita a opporre *provocatio* e a lanciarsi in una estemporanea arringa di indole schiettamente retorica: chiede, quale titolare dei diritti propri del cittadino romano, di essere ammesso, a seguito della *dictio diei*, a difendersi, nonché di essere processato dinanzi a tutto il popolo, e non alla sola

⁸⁷ Liv. 3.56.1-13: cfr., in generale, C. MASI DORIA, '*Spretum imperium*' cit. 102 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 37 s. e nt. 24, con letteratura; L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 56 s.

⁸⁸ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 84 e nt. 48, ove si precisa che il processo popolare si promuove con una *diei dictio* in cui il magistrato intima la comparizione dell'accusato a una certa data «specificando l'imputazione e la pena che intende proporre».

⁸⁹ Liv. 3.56.1-4: *fundata deinde et potestate tribunicia et plebis libertate tum tribuni adgredi singulorum tutum maturumque iam rati accusatorem primum Verginium et Appium reum deliquit. cum diem Appio Verginius dixisset et Appius stipatus patricius iuvenibus in forum descendisset, redintegrata extemplo est omnibus memoria foedissimae potestatis, cum ipsum satellitesque eius vidissent. tum Verginius 'oratio' inquit, 'rebus dubiis inventa est; itaque neque ego accusando apud vos eum tempus teram a cuius crudelitate vosmet ipsi armis vindicatis, nec istum ad cetera scelera impudentiam in defendendo se adicere patiar. omnium igitur tibi, Ap. Claudii, quae impie nefarieque per biennium alia super alia es ausus, gratiam facio: unius tantum criminis nisi iudicem dices, te ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse, in vincla te duci iubebo'. Vd., per il radicamento del processo dinanzi alla plebe (cioè ricavandosi dall'espressione '*in Forum*'), B. SANTALUCIA, *Diritto e processo* cit. 79, nonché P. CERAMI, *Diritto al processo* cit. 41; v., pure, L. GAROFALO, *Appunti* cit. 67 e nt. 73, con rinvio a Dion. Hal. 11.46.3, ove si precisa che Appio Claudio venne citato davanti al 'tribunale popolare' a seguito delle accuse mossegli da Virginio nel corso di un'assemblea: εἰσαγγέλλεται δὴ μετὰ τοῦτο εἰς τὸν δῆμον Ἄππιος ὑπὸ τοῦ Οὐδεργινίου κατηγορηθεὶς ἐπὶ τῆς ἐκκλησίας καὶ αἰτεῖται χρόνον εἰς ἀπολογίαν. ἀπαρχεῖς δ' εἰς τὸ δεσμοκτήριον, ἵνα φυλάττηται μέχρι δίκης-οὐ γὰρ ἐδόθη διεγγύησις αὐτῷ-πρὶν ἐπιστήναν τὴν ἀποδειχθεῖσαν ἡμέραν τῆς κρίσεως ἐν τοῖς δεσμοῖς ἀποθνήσκει, ὥς μὲν ἡ τῶν πολλῶν ὑπόληψις ἦν ἐξ ἐπιταγῆς τῶν δημάρχων, ὥς δ' οἱ τὴν αἰτίαν ἀπολύσασθαι βουλόμενοι διεφίμιζον, αὐτὸς ἑαυτὸν ἀναρτησάμενος βρόχῳ.*

plebe; stigmatizza con calcolata forza elocutiva la condotta tribunitia (che, invero, viene tacciata di imitare in tutto gli abusi patrizi tanto odiati dalla plebe); insiste nell'invocare le *leges de provocatione et consulares et tribunicias, eo ipso anno latas*; sottolinea l'inopportunità, anche politica, di disattendere la sua *appellatio* e la sua *provocatio*; configura i possibili due alternativi sviluppi del proprio caso personale come paradigma o di *dominatio* o di *libertas*; si interroga, infine, sul destino dell'istituto della *provocatio ad populum*, ove il *ius* civico ad essa corrispondente venga negato a chi, *indicta causa*, è – come lui stesso – ancora *indemnatus*⁹⁰. Nonostante gli sforzi persuasori profusi, la *provocatio* di Appio Claudio non sortisce alcun effetto nei confronti dell'intransigente magistrato plebeo, il quale, di contro, si dà ad una densa e incalzante rassegna che enumera dettagliatamente tutte le nefandezze commesse dall'ex decemviro negli anni precedenti e conclude con una *prodictio diei* ai fini della promozione del giudizio presso i *concilia tributa plebis*; Appio Claudio viene, dunque, condotto in carcere (dove, invero, a seguire la versione liviana, si darà la morte prima del giudizio), ancorché tutto ciò susciti nella plebe stessa, convinta che il sottoporre a *supplicium* un uomo così importante assurga a un eccesso nell'esercizio della libertà conquistata, un profondo senso di turbamento⁹¹.

⁹⁰ Liv. 3.56.5-6: *nec in tribunicio auxilio Appius nec in iudicio populi ullam spem habebat; tamen et tribunos appellavit et, nullo morante arreptus a viatore, 'provoco' inquit. audita vox una vindex libertatis, ex eo missa ore quo vindiciae nuper ab libertate dictae erant, silentium fecit*; Liv. 3.56.10-13: *in praesentia se communi iure civitatis civem Romanum die dicta postulare ut dicere liceat, ut iudicium populi Romani experiri ... quod si indicta causa in vincula ducatur, iterum se tribunos plebei appellare, et monere ne imitentur quos oderint. quod si tribuni eodem foedere obligatos se fateantur tollendae appellationis in [quod] <quam> conspirasse decemviros criminati sint, at se provocare ad populum, implorare leges de provocatione et consulares et tribunicias, eo ipso anno latas. quem enim provocaturum, si hoc indemnato indicta causa non liceat? cui plebeo et humili praesidium in legibus fore, si Ap. Claudio non sit? se documento futurum utrum novis legibus dominatio an libertas firmata sit, et appellatio provocatioque adversus iniuriam magistratum ostentata tantum inanibus litteris an vere data sit.*

⁹¹ Liv. 3.57.1-6: *contra ea Verginius unum Ap. Claudium et legum expertem et civilis et humani foederis esse aiebat: respicerent tribunal homines, castellum omnium scelerum, ubi decemvir ille perpetuus, bonis, tergo, sanguini civium infestus, virgas securesque omnibus munitans, deorum hominumque contemptor, carnificibus, non lictoribus stipatus, iam ab rapinis et caedibus animo ad libidinem verso virginem ingenuam in oculis populi Romani, velut bello captam, ab complexu patris abreptam ministro cubiculi sui clienti dono dederit; ubi crudeli decreto nefandisque vindiciis dextram patris in filiam armaverit; ubi tollentis corpus semianime virginis sponsum avumque in carcerem duci iusserit, stupro interpellato magis quam caede motus. et illi carcerem aedificatum esse quod domicilium plebis Romanae vocare sit solitus. proinde ut ille iterum ac saepius provocet, sic se iterum ac saepius iudicem illi ferre nisi vindicias ab libertate in servitutem dederit; si ad iudicem non eat, pro damnato in vincula duci iubere. ut haud quoquam improbante sic magno motu animorum, cum tanti viri supplicio suamet plebi iam nimia libertas videretur, in carcerem est comiectus. tribunus ei diem prodixit*; Liv. 3.58.6: *itaque spe incisa, priusquam producta dies adesset, Appius mortem sibi consciuit* (ma vd., altresì, Dion. Hal. 11.46.3-4, per la tradizione che imputa al tribuno Lucio Virgino la morte in carcere di Appio Claudio, su cui vd. M. RAIMONDI, *L'amnistia tra patrizi e plebei nelle 'Antichità romane' di Dionigi di Alicarnasso*, in M. SORDI [a cura di], *Amnistia, perdono e vendetta nel mondo antico*, Milano 1997, 105).

L'episodio, nella sua eccezionalità⁹², mi pare doppiamente interessante. Anzitutto, esso attesta, sotto il profilo oggettivo, come la legislazione decemvirale abbia ampliato la gamma di atti paralizzabili dalla *provocatio*: non più solo provvedimenti magistratuali, di *coërcitio* o di *iudicatio*, immediatamente sanzionanti *de capite* il cittadino romano, ma altresì la sequela di atti (l'uno principale, come la *dictio diei*, l'altro accessorio, come l'ordine di custodia) con cui il magistrato (qui il tribuno Virginio) radica – in spregio del precetto *de capite civis* – un processo capitale dinanzi al concilio plebeo. In secondo luogo, esso attesta, sotto il profilo soggettivo, come l'inefficacia della *provocatio* da parte di Appio Claudio si giustifichi non tanto per l'ufficio ricoperto dal destinatario dell'opposizione (essendo, dopo l'intervento decemvirale, anche la *potestas* tribunizia deficitaria a monte del *ius* di *interficere* il cittadino *indemnatus*, ed essendo i tribuni stessi vincolati a proporre accuse capitali solo dinanzi alle centurie)⁹³, quanto per l'essere il provocante '*legum expers et civilis et humani foederis*', '*omnibus sceleribus impie nefarieque ausus*', '*sanguini civium infestus*', '*deorum hominumque contemptor*', ossia un *homo* parificabile, *de facto*, a un *sacer*⁹⁴, un *homo* che, come tale, non è coperto dalle fondamentali garanzie civiche, le quali – solidificate, intensificate, composte a sistema attraverso la riscrittura decemvirale – derivano direttamente dalla *libertas* del sistema repubblicano. *Libertas* che, anzitutto, si identifica positivamente nell'appartenenza del singolo *civis* al *populus* e, negativamente, nell'esclusione di ogni, pur umbratile, *vestigium* dell'odiato *regnum* (quale è, appunto, l'iscrizione ai magistrati, patrizi e plebei, di

⁹² Il caso è segnalato per la sua unicità dalla dottrina: B. SANTALUCIA, *Studi* cit. 170, nt. 82 (vd., altresì, *Altri studi* cit. 24, 136 e nt. 76, 166 s. e nt. 8; *Diritto e processo* cit. 37), pone l'accento sull'irritualità sia della procedura *apud plebem* (vietata dalle XII Tavole), sia della *provocatio* (qui esplicitamente detta non opponibile ad atti dei tribuni della plebe); l'inefficacia singolare della *provocatio* è evidenziata anche da L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit. 56; infine, F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 6, Milano 1987, 227 ss. (e, parimenti, P. CERAMI, *Diritto al processo* cit. 41), mette in risalto come dal testo liviano si possa evincere l'esclusione per il decemviro di ogni guarentigia prevista per il cittadino romano (compresa, dunque, quella di essere sottoposto a 'processo', e non solo quella di essere sottoposto a 'processo popolare').

⁹³ Cfr. E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*' cit. 139 ss., che recentemente ha letto a sostegno del collegamento normale ed esclusivo tra *iudicatio* e *provocatio* il caso di infruttuosa opposizione di quest'ultima da parte di Appio Claudio a Virginio (avverso il quale, in quanto tribuno, secondo la studiosa la *provocatio* non potrebbe, comunque, produrre effetti neutralizzanti).

⁹⁴ Contro la tesi che postula la copertura anche a favore dell'*homo sacer* dei tre precetti decemvirali qui discussi, ossia quelli contemplanti, rispettivamente, il divieto di mettere a morte l'*homo indemnatus*, la norma statuente la competenza centuriata *de capite civis*, il *ius provocationis* previsto in *plures leges* (L. GAROFALO, *Appunti* cit. 79, 189; *Il processo edilizio* cit. 45 ss.; B. SANTALUCIA, *Altri studi* cit. 134 ss.; R. FIORI, '*Homo sacer*' cit. 498 ss.; L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di 'homo sacer*', in *SDHI* 73 [2007] 431), mi permetto di rinviare, per una più ampia argomentazione, a C. PELLOSO, *Sacertà* cit. 110 ss., 121 ss.

iudicatio e *coërcitio* capitali)⁹⁵. *Libertas* che, di conseguenza, è considerata tale da comportare il diritto del singolo (tanto patrizio quanto plebeo), purché *liber* e *civis*, a essere privato della propria ‘vita’ (*caput*)⁹⁶ solo in forza di una pronuncia condannatoria dell’intero *populus*⁹⁷.

Univ. Verona

carlo.pelloso@univr.it

⁹⁵ 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* 71 (2005) 254, nonché C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna 2005, 39 s.; vd., inoltre, L. GAROFALO, ‘*Homo liber*’ et ‘*homo sacer*’: deux archétypes de l’appartenance, in *RHD* 87 (2009) 317 ss.

⁹⁶ Fondamentale, ancora, è T. MOMMSEN, *Strafrecht* cit. 897 ss. Con G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena* cit. 52 ss., va tuttavia sottolineato come la pena capitale fosse divenuta negli ultimi quattro secoli della repubblica (o, più esattamente, dopo l’esecuzione di Marco Manlio avvenuta nel 384 a.C.) «solo virtuale», e come nell’ultimo secolo l’espressione *poena capitalis* avrebbe oramai alluso unicamente all’esilio.

⁹⁷ Sulla scorta di Cic. *dom.* 13.33 (*nego potuisse iure publico, legibus iis, quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eius modi calamitate adfici sine iudicio; hoc iuris in hac civitate etiam tum, cum reges essent, dico fuisse, hoc nobis esse a maioribus traditum, hoc esse denique proprium liberae civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum, qui de quaqua re constituti iudices sint, detrahi possit*), con il Cerami si può rimarcare che «in base ai principi dell’ordinamento costituzionale della *libera res publica*, il diritto al processo, sotteso al *ius provocationis*, poteva ritenersi soddisfatto in tutti i casi in cui, al di fuori dell’esercizio arbitrario dei poteri coercitivi del magistrato, la condanna costituisce il ‘risultato’ rituale di un effettivo procedimento giurisdizionale» (P. CERAMI, *Diritto al processo* cit. 44), purché con ‘al di fuori dell’esercizio arbitrario dei poteri coercitivi del magistrato’ si intenda implicitamente negare, per i *magistratus* della *civitas*, altresì ogni forma di *coërcitio* (oltre che di *iudicatio*) capitale. Assai suggestive sono le conclusioni cui è giunto R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in *ZSS* 131 (2014), 172 ss., sul piano della connessione tra la libertà popolare in materia legislativa e l’introduzione del diritto di ciascun *civis* a *provocare ad populum*: ai primordi della *libera res publica Romanorum* (e, per lo studioso, già prima delle secessioni plebee), la perimetrazione della riunione dei comizi centuriati tra la linea del pomerio e il primo miliario dalle mura in una con la originale insensibilità del magistrato *cum imperio* alla *provocatio* solo al di là di quest’ultimo, comporta «un passaggio fondamentale nella storia della *lex*», risolvendosi nella «liberazione del *populus* dal potere assoluto del magistrato», il quale, per l’appunto, diversamente «avrebbe potuto proibire la libera discussione nelle *contiones* preparatorie al voto, avrebbe potuto far rivotare le proprie proposte finché non fossero state approvate, avrebbe potuto far mettere a morte o fustigare gli oppositori». Il che sarebbe condivisibile, anche a voler ritenere che le curie, e non le centurie, fossero state l’originaria unità votante dei *iudicia populi* proto-repubblicani a condizione di assumere che l’*imperium* magistratuale, in sede legislativa (centuriata) e in sede giudiziaria (curiata o centuriata), avrebbe potuto – in assenza del limite determinato indirettamente dalla *provocatio* – dispiegarsi in modo del tutto discrezionale e arbitrario.

