

Gerardo Brogginì

«Iudex arbiterve» (*)

1. La ricerca delle origini – 2. *Iudex* e *arbiter* alle origini – 3. Le azioni divisorie – 4. Le fonti ciceroniane – 5. *Arbiter ex compromisso*; *arbitrium boni viri* – 6. Riflessioni conclusive.

1. Al momento della conclusione dell'insegnamento, iniziato quale libero docente ad Heidelberg nella primavera del 1956 con un corso di «Digestenexegese» e continuato nell'autunno dello stesso anno a Friburgo in Svizzera, quale titolare della cattedra di diritto romano, mi sono doverosamente riletto gli studi e le ricerche che mi hanno aperto la strada universitaria ed alla quale ho dedicato il successivo decennio, in primo luogo la ricerca su «*Iudex Arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*». Al termine della rilettura vorrei farvi partecipi delle mie riflessioni.

Anzitutto come giustificare l'inesauribile passione per la ricerca delle origini? La risposta è duplice; la prima è generale: perché siamo convinti di poter chiudere il cerchio della conoscenza di noi stessi con la conoscenza degli inizi, di ritrovare in tal modo la nostra stessa natura, come dice il Vico; la seconda è caratteristica dello studioso di diritto romano, perché l'epoca arcaica oltre ad essere decifrabile, è particolarmente illuminante; i «*Primordia civitatis*», malgrado tanti *intervalla et spiramenta temporum*, ci aprono il varco per una interpretazione appagante delle fonti preclassiche e classiche, ci permettono di tracciare una linea di sviluppo coerente.

Per quanto riguarda il processo romano arcaico, non si può fare a meno di riflettere brevemente sulla distinzione tra *iudicium publicum* e *privatum*. Nella visione delle origini la divisione c'è, ma è molto sfocata. La linea di demarcazione si è spostata col tempo, l'elemento pubblico e di comando è molto più pronunciato in epoca arcaica ed è impregnato di caratteristiche rituali e divinatorie.

L'elemento distintivo fra il procedimento pubblico, essenzialmente penale, e quello civile consiste nell'unità fra accusatore e giudice – parte lesa e accusatore si identificano – nel giudizio pubblico e nella distinzione fra il soggetto privato, che assume l'iniziativa del processo, il promotore del procedimento, ed il titolare del potere giudicante, *consul*, *praetor*, *iudex datus*, nel secondo.

Il primo processo è in questo senso unilaterale, perché assoggetta fin dall'inizio una parte all'altra, la quale finisce con il giudicare, il secondo è fin dall'inizio bilaterale, perché istituisce un contraddittorio, pone su un piano di uguaglianza le parti coinvolte, sotto la guida del potere giudicante.

Sul piano istruttorio e sul piano decisorio non è facile individuare confini. Si pensi alla sopravvivenza del sistema ordalico delle prove e del giudizio, dalle ipotesi di duello giudiziario (ordalia violenta e bilaterale) a quella dell'assoggettamento unilaterale ad un procedimento probatorio di natura ordalica (la vestale Tuccia accusata di aver violato il voto di castità e che dopo una breve preghiera a Vesta, afferra il setaccio, lo affonda nel Tevere e lo porta fino al tempio di Vesta senza che l'acqua ne esca). Si pensi al giuramento purgatorio, di cui vi sono molteplici sopravvivenze a proposito del

*) *Lectio magistralis* tenuta il pomeriggio del 15 maggio 2002 nella «Sala Negri da Oleggio» dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, in occasione della presentazione – con l'intervento di Giovanni Negri e Mario Talamana – del volume «*Cumabula Iuris*». *Scritti storico-giuridici per Gerardo Brogginì*, offerto all'autore per la conclusione del suo insegnamento accademico [ndr].

furtum, ed al giuramento decisorio: invocazione agli dei perché abbiano a testimoniare la verità dell'affermazione, accompagnata dalla formula di automaledizione in caso di spergiuro. Nel campo del processo civile è soprattutto la centralità del *sacramentum* a ricordarcelo. L'ordinamento della *civitas* può accontentarsi dell'offerta di testimonianza divina. Ma può andare egli stesso, con lo strumento dell'oracolo nel senso più vasto del termine, alla ricerca della verità. Quanto accennato nel campo delle prove vale anche per la conclusione del procedimento, per il giudizio: i due momenti si integrano e quasi si sovrappongono. L'*addictio* che attribuisce il *fur manifestus* alla parte lesa è la conseguenza immediata e diretta dell'accertamento del fatto. Determinante è il rito. Anche il taglione è un rito. La crescente laicizzazione conduce ad una maggior diversificazione fra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*, così come ad una maggior distribuzione fra la fase istruttoria e la fase decisoria. Per quanto attiene al processo privato, sarà la bipartizione il momento qualificante, con la fase *in iure* concentrata nella identificazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla situazione di fatto alternativamente ipotizzata, e la fase *apud iudicem*, intesa a verificare le ipotesi espresse nella formula.

L'approfondimento delle regole di comportamento dei *cives* di fronte alle realtà sociali è opera dei cultori del diritto. La *iurisprudentia*, si incentrerà sull'elaborazione della prima fase del processo, sulla elaborazione della formula, dove opera in prima persona il *praetor*, assistito dai *iuris periti*, lasciando al *iudex privatus*, da lui scelto, con la partecipazione dei contendenti, la raccolta e l'analisi delle prove, l'accertamento del *factum* e quindi e soprattutto il giudizio di corrispondenza, l'inquadramento del *factum* nel *ius*.

Tuttavia ci si deve guardar bene dall'escludere la *iurisprudentia* dall'*officium iudicis*: la definizione celsina di '*ius*' quale '*ars boni et aequi*' (D. 1.1.1.pr.) coinvolge anche il giudice privato, soprattutto quando è chiamato a concretizzare, ad «*aestimare*» la conseguenza della decisione sull'*an*. La valutazione equilibrata, equitativa del *quantum* costituisce il secondo capitolo, altrettanto fondamentale del primo, dell'attività del *iudex*. E ancora non va dimenticato il ruolo determinante della conoscenza della realtà sociale e dei fatti specifici in tutta la loro concretezza. Per giudicare bene occorre conoscenza della realtà e competenza nel valutarla, capacità di ripercorrere i processi operativi (fattuali) oggetto del conflitto. Anche oggi come allora (e siamo tentati di aggiungere, mai come oggi) la *notitia rerum* è elemento intrinseco e determinante della *iurisprudentia*.

2. Vengo ora al tema «*iudex arbiterve*». Anche qui il problema delle origini è onnipresente. L'impostazione dominante di fronte alla quale mi confrontavo al momento delle mie ricerche era quella di Moriz Wlassak e cioè di una svalutazione totale dell'alternativa «*iudex arbiterve*» nella prospettiva dell'origine privata e contrattuale – in questo senso arbitrale – del processo civile romano.

Non sarebbe stato l'ordine cosmico voluto dai celesti ed interpretato dai *pontifices* prima e dai *iuris periti* poi, che assistono i titolari del potere nella *civitas*, a voler imporre le regole di comportamento tra i *cives* (al di fuori del campo penale), ma i *cives* stessi a rendersi conto della opportunità di organizzare un metodo di soluzione razionale dei loro conflitti, abbandonando la difesa privata, la «Selbsthilfe».

Il metodo sarebbe stato dunque quello del componimento volontario, della scelta in comune di un terzo, di un cittadino onorevole ed autorevole, incaricato di risolvere il conflitto, un *arbiter privatus*.

Alle origini del processo privato starebbe dunque una esplosione di razionalità e di buon senso.

«Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozess hat seinen Ursprung im Schiedsgericht»¹. Per Wlassak il ruolo dell'*arbiter* nell'antichità romana è dunque la chiave di accesso alla formazione di un processo veramente privato, svincolato da ogni conferimento al *iudex*, da parte del magistrato, di una *potestas iudicandi*.

Quando la *civitas* si è impadronita della giurisdizione privata, l'arbitrato arcaico, voluto dai *cives* come soluzione autonoma e pattizia delle loro controversie, si sarebbe convertito nelle *legis actiones*: l'*arbiter* diventa un '*iudex*', '*iudex*' e '*arbiter*' sono oramai sinonimi.

¹) *Iudex Arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 4 nt. 11.

La contestazione della tesi del Wlassak si snoda attraverso l'esame delle fonti e la ricognizione delle funzioni originarie del *iudex privatus* e dell'*arbiter*, accanto a quella del magistrato. Mi sia permesso ricordare almeno i tre testi decemvirali che richiamano «*iudex arbitere*»:

Festus, sv. '*reus*' (L.² p. 376): *Si quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo die diffissus esto.* (Tab. II.2): se sussiste un motivo di impedimento per uno di loro, giudice, arbitro o parte convenuta, sia rinviato il giorno di comparizione.

Gellio, *noct. Att.* 20.1.7 (Tab. IX.3): *duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem iudicandam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?*

Consideri forse dura la legge, che condanna alla pena capitale il giudice o l'arbitro, regolarmente nominato, per il quale sia accertato di aver ricevuto danaro per giudicare?

Il primo testo mette in luce la distinzione delle tre figure di giudice, arbitro, parte convenuta; il secondo le strette relazioni fra due di esse, della loro funzione (*iudicare*) e della loro designazione (*iure datum*).

Il terzo testo è il più difficile ma altrettanto e forse ancor più rilevante; difficile perché paleograficamente incompleto, rilevante perché identifica una funzione specifica dell'arbitro.

Festus, sv. '*vindiciae*' (L.² p. 465): *Si vindiciam falsam tulit, si velit is, praetor arbitros tres dato, eorum arbitrio rei et fructus duplione damnum decedito* (Tab. XII.3).

Se colui che detiene l'oggetto della lite, la presenta (dopo che il magistrato ha attribuito la proprietà alla parte che non la possiede) diversa o difettosa (falsa), se egli vuole (sottrarsi alla *manus iniectio*) il pretore nominerà tre arbitri affinché stabiliscano il risarcimento valutato al doppio del valore della cosa e dei suoi frutti

Il testo mette in luce la funzione arbitrale tipica e cioè la valutazione discrezionale dell'oggetto della lite, il '*damnum decidere*'.

L'evoluzione del procedimento delle *legis actiones*, soprattutto attraverso la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, finisce con l'includere la funzione arbitrale in quella giudiziale, l'*arbitrium litis aestimandae* entra a far parte dell'*officium iudicis*, chiamato a decidere non solo sull'*an*, ma anche sul *quantum*.

Nel processo formulare, attraverso la *condemnatio*, la funzione del giudice si estende oramai necessariamente alla *aestimatio*, alla valutazione, alla quantificazione pecuniaria del dovuto.

2. Due riflessioni complementari. La prima riguarda i procedimenti divisorii ed i regolamenti di confine, ma anche altre specifiche azioni, come l'*actio aquae pluviae arcendae*.

Molti testi richiamano l'attribuzione del compito decisionale ad arbitri, penso a Gaio, *inst.* 4.17a in fine: '*Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur*'.

Perché nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, se si tratta di giudicare sull'esistenza o sul valore di una *sponsio*, viene nominato un *iudex*, mentre la *lex Licinnia* indica l'arbitro come incaricato del giudizio? Di arbitro o di *tres arbitri* si parla anche in presenza dell'*actio familiae herciscundae* e dell'*actio aquae pluviae arcendae*; numerosi riferimenti di commentatori classici² lo confermano. Quale può esser stata la ragione che ha spinto il legislatore decemvirale a affidare ad un *arbiter* la funzione giudiziale in questo tipo di azioni? Ho creduto e credo ancora oggi di poterla individuare nell'ampiezza del potere discrezionale necessaria e strettamente correlata con l'acquisizione di conoscenze specifiche, frutto di istruttorie complesse: conoscenza dei beni ereditari, indagini locali: '*in rem praesentem ire*'. L'*arbiter* non è soltanto un «*bonus vir*», ma è anche un esperto. Mi si permetta almeno un richiamo fatto da Cicerone alle XII Tavole a proposito dell'*actio finium regundorum* (Cic., *leg.* 1.21.55): '*controversia nata est de finibus, in qua ... e XII tres arbitri fines regemus*'. La natura arbitrale della contro-

²) *Iudex arbitere*, cit., p. 168.

versia *de finibus* è messa in evidenza dal fatto che la identificazione dei *fines* non è frutto di una contrapposizione di pretese, di conflitti di proprietà dei confinanti, ma di una volontà comune di accertamento dei *fines*, anche se il giudizio finisce con l'esprimersi in una *adiudicatio*. Accanto all'*actio finium regundorum* dell'*ordo iudiciorum privatorum*, non va poi dimenticato l'arbitrato pubblico usato dai Romani per risolvere le controversie di confine fra comunità statali poste al di fuori della sovranità romana, ma non sottratte alla influenza politica di Roma, comunità statali legate a Roma da vincoli federali, oppure quelle insorte tra comunità locali all'interno dello stato romano che per considerazioni di natura politica vengono risolte mediante l'intervento di organi pubblici romani che a loro volta si servono dello strumento dell'arbitrato.

La concezione che sta a fondamento di simile arbitrato pubblico non si differenzia da quella che sta alla base dell'*actio finium regundorum*.

Osserviamo che anche dagli scritti degli agrimensori desumiamo la frequente nomina di un *arbiter* che si inserisce nel procedimento dell'*ordo iudiciorum privatorum* e cioè quale procedimento statale e non compromissorio. Tali funzioni arbitrali sono svolte da un conoscitore della tecnica della misurazione e della limitazione del suolo, *ensor*, *agrimensor*, *inspector*, *artifex*, secondo la terminologia delle fonti.

4. La seconda riflessione riguarda il mio debito verso Cicerone.

Dalla intensa schiera di richiami ciceroniani al binomio «*iudex arbiter*» estraggo due testi, esemplari per la loro complementarità o se si preferisce anche per la loro contraddittorietà, simboli quindi dell'arte retorica.

Dalla *pro Murena* (27) estraggo una frase volutamente provocatoria e che lo stesso Cicerone ci dice di non prendere troppo sul serio.

Iam illud mihi quidem mirum videri solet tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuerent non potuisse utrum diem tertium an perendinum, iudicem an arbitrum, rem an litem dici oporteret.

Gellio (*noct. Att.* 10.24.9) ci ricorda che i '*sacerdotes populi Romani cum condisunt in diem tertium, diem perendini dicunt*'. Dopodomani è infatti '*perendinum*'. Altrettanto '*iudex*' vale '*arbiter*'.

Dall'orazione per l'attore comico Q. Roscio (10 s.) traggio la seconda:

... propterea quod aliud est iudicium aliud est arbitrium. Iudicium certae pecuniae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: 'si paret HS ICCC dari'. Hic nisi plenum facit HS ICCC ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: 'quantum aequius et melius est dari'.

Due procedimenti distinti, due figure di giudici, due mondi giuridici.

La funzione valutativa dell'arbitro, l'utilizzazione da parte sua di criteri discrezionali fondati sul *bonum et aequum* investono anche il giudice formulare; capovolgendo il discorso possiamo ben dire che la figura e la funzione dell'arbitro hanno finito per confluire in quella del giudice formulare.

5. In epoca imperiale l'uso della terminologia '*arbiter*' finisce con il confinarsi nell'*arbiter ex compromisso*. Con questo significato, '*compromissum*' non lo troviamo nelle fonti prima di Cicerone e la «*similitudo*» ricordata da Paolo all'ingresso del titolo ottavo del libro quarto del Digesto (D. 4.8.1.10: '*compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*') ne evidenzia la contestualità con il processo formulare.

L'*arbiter ex compromisso* non dispone di *potestas iudicandi*, della *potestas condemnandi absolvendive* del giudice di cui parla Gaio, *inst.* 4.43-46. La sua sentenza è *extra necessitatem iurisdictionis posita* (Ulp. D. 4.8.3.1).

A ciò aggiungo un commento provocatorio di Ulpiano a proposito dell'*officium arbitri (ex com-*

promisso) che al tempo stesso sottolinea l'assenza di controllo della sentenza arbitrale, quanto meno in epoca classica (Ulp. D. 4.8.27.2): *'stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet qui compromisit'*! (Proc. D. 17.2.76): *'arbitrorum enim genera duo sunt, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est) alterum eiusmodi ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratum fiat'*.

La ben nota distinzione di Proculo ci conferma da una parte il carattere strettamente contrattuale dell'arbitrato stragiudiziale, il cui fondamento sta dunque nella individuazione comune della persona chiamata ad istituire e a decidere la vertenza, secondo il suo libero arbitrio, non soggetta a condizionamenti e a controlli successivi, ad impugnazioni di sorta.

Dall'altra parte ci conferma la tradizione dell'affidamento ad un terzo, amico, esperto, vicino di casa, in ogni caso *«bonus vir»*, chiamato ad esprimere un parere vincolante per le parti, il cui fondamento sta nella scelta concordata della persona.

L'*arbitrium boni viri* è al tempo stesso un procedimento informale, estraneo alle strutture procedurali vigenti, ed un criterio di valutazione e di comportamento, del quale fa parte imprescindibile l'*aequum bonum*.

Il risultato di tale valutazione stragiudiziale, ci dice Proculo, può essere soggetto a correzioni da parte del giudice ordinario, soprattutto quando si tratta di materia che rientra in un *iudicium bonae fidei*, come è il caso dell'*actio pro socio*: Paul. D. 17.2.79, *'unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius apparet, corrigi potest per iudicium bonae fidei'*.

Il contrasto può apparire stridente: da una parte una *sententia arbitri* al di fuori di ogni possibilità di controllo e di correzione, perché il compromesso dava all'arbitro un potere pienamente discrezionale (*arbitrium merum*); dall'altra la soggezione a correzione di una valutazione affidata ad un terzo, chiamato a decidere come *vir bonus*, ad utilizzare cioè il parametro dell'equità.

6. Concludo con il pensiero rivolto al presente. Un collega ginevrino, Pierre Lalive, da tempo considerato uno dei giuristi più impegnati e più autorevoli nel campo dell'arbitrato internazionale, soprattutto quale arbitro, concludendo un'importante relazione ha scritto: «Le rôle de l'arbitrage n'est pas de faire progresser la science juridique».

Il significato dell'affermazione è chiaro e condivisibile; funzione precipua dell'arbitro è quella di affrontare nell'inquadramento giuridico designato, normalmente secondo le regole della scelta del diritto applicabile, ma non di rado attraverso il richiamo ai principii generali del diritto dei contratti o addirittura semplicemente *ex aequo et bono*, l'esame dell'operazione commerciale e della causa della divergenza tra le parti e delle conseguenti pretese. La comprensione dei fatti, della realtà, impone all'arbitro capacità tecniche ed esperienze del mondo del commercio e dell'economia che finiscono con l'offuscare o comunque porre in secondo piano l'interpretazione della norma.

I fatti, la realtà dell'operazione economica sembrano includere già essi stessi la norma; una volta chiariti ed interpretati i primi, il giudizio sembra ridursi all'applicazione di poche e fondamentali regole giuridiche che si esprimono di solito con il termine evasivo di *lex mercatoria*, principii generali del diritto commerciale internazionale.

A questa semplificazione del compito giuridico dell'arbitro contribuisce l'uso assai diffuso della redazione iniziale – in occasione della prima udienza arbitrale – dell'*«acte de mission»*, come si esprime l'art. 13 del regolamento della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, e cioè di un documento elaborato e sottoscritto dall'arbitro e dalle parti che espone i termini della controversia, il programma del procedimento. La comparazione fra questo mandato a decidere e la *formula actionis* mostra analogie sorprendenti, non soltanto perché essa è redatta in collaborazione fra il giudice e le parti e da tutti è approvata, ma perché identifica l'oggetto della domanda e le condizioni ipotizzate per la condanna: *intentio, demonstratio, condemnatio*.

L'unica differenza sostanziale consiste nella redazione della formula romana ad opera del magistrato, che inserisce nella stessa il nome dell'*iudex privatus*, designato con il concorso eventuale del-

le parti, mentre l' «acte de mission» moderno viene redatto dall'arbitro stesso, quale suo primo atto istruttorio.

Che la funzione arbitrale moderna comporti un minor contributo alla formazione ed alla attuazione del diritto vivente e quindi della *iurisprudencia*, può dipendere anche dalla limitazione estrema delle possibilità di impugnazione del lodo, soprattutto del lodo internazionale. La frantumazione e la dispersione della giurisprudenza arbitrale ne rendono inoltre difficile la classificazione e l'utilizzazione coordinata.

Ma il discorso principale va al di là del mondo arbitrale e si estende a tutta l'esperienza giurisprudenziale moderna, con particolare riguardo al diritto dell'economia, per usare un termine lato, settore nel quale il ritmo dell'evoluzione della realtà e l'esigenza della trasformazione della «*norma agendi*» si fanno sempre più rapidi.

Si legga, pure con tutta la cautela, la massima di Alfeno (D. 9.2.52.2): '*respondi in causa ius esse positum*'.

Ius e *factum* rimangono categorie distinte eppure strettamente convergenti: il diritto, l'etica, il dover essere si inquadrano nell'essere, nella natura, nella realtà. Il giudizio sulla realtà presuppone la conoscenza della realtà, la trasformazione della realtà conduce alla trasformazione del giudizio. A questa costante trasformazione provvede il legislatore, ma provvedono soprattutto il giurisperito, il giudice, l'arbitro, chiamati a concretizzare e possibilmente a migliorare ogni giorno il diritto ('*per quem possit cottidie ius in melius produci*'), come dice Pomponio D. 1.2.2.13).

Soltanto la «*notitia omnium rerum*» può permettere al giurista di realizzare appieno l'*ars boni et aequi*. Certamente non basta la conoscenza della realtà per poterla giudicare; occorrono criteri di giudizio. Ciò che vale, i valori, la norma, die «*Gesinnung*», finiremo pur sempre con il trarli da noi stessi, che li riconosciamo e li accettiamo nel discorso sociale, e li ricostruiamo costantemente, confrontandoli con la nuova realtà.