

VI.

L'ANALISI DEL «DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS»

I. Il «metus» – II. Segue: la diagnosi della violenza in altro contesto: l'esame del «De iniuriis» – II.1. *Iniuria atrox* – II.2. Profili oggettivi e soggettivi – III. La costruzione pomponiana in tema di dolo – IV. La protezione dei minori di 25 anni – V. Altre ipotesi di «in integrum restitutiones» – V.1. Il caso del '*falsus tutor*' – V.2. Ulteriori fattispecie.

I. Il «metus»

Se la riflessione attorno ai contratti e ai '*nova negotia*' non era isolabile al commento di una sola rubrica edittale, e vedeva Pomponio impegnato a determinare le forme di tutela più idonee, e soprattutto a proporre di inedite, in applicazione analogica di rimedi edittali, o previa la creazione di nuovi sull'*exemplum* di questi – l'indagine attorno a quella che noi definiamo «patologia del negozio» trova la *sedes materiae* pressoché esclusiva nell'esame del '*De in integrum restitutionibus*'. Il lavoro del nostro giurista, lungi dal suggerire ulteriori mezzi di difesa e di riequilibrio negoziale, si concentra qui su una serrata *interpretatio* delle previsioni pretorie, non senza però raggiungere costruzioni teoriche solide e durature, nonché – specialmente in materia di dolo – soluzioni originali, tutt'altro che appiattite sulla lettera dell'editto.

Non è un caso che proprio questa sia la sezione del suo commentario che meglio conosciamo, attraverso il capillare recupero che ne compiono Paolo e Ulpiano: il tratto in cui più spesso emergono esplicite approvazioni o significative discordanze da parte di questi ultimi¹, ma anche le tracce della

¹) E' quanto verificato *supra* I.2.IV e V, ove l'esegesi di più di un passo relativo alla nostra materia (in particolare, D. 4.2.3.1, D. 4.2.7.1 e D. 4.2.9.3).

presenza e della rielaborazione, entro la scrittura di Pomponio, di dottrine precedenti, soprattutto labeoniane². Molte delle citazioni relative a questa materia sono state così ripercorse nell'indagare quella stratigrafia di contributi che sorresse la composizione, e poi la parziale trasmissione, della nostra opera. Tenteremo adesso di offrire le linee salienti dell'apporto pomponiano, i profili che egli definì in modo durevole o per i quali si discostò dalle tendenze del suo tempo. E' quanto possiamo verificare già in tema di *metus*, coi rimedi al quale si apriva la rubrica edittale³.

Rileva in proposito soprattutto l'indagine che l'autore antoniniano – prima di interrogarsi sulla fruibilità, caso per caso, della tutela pretoria⁴ – conduceva circa i requisiti del *metus* e il suo rapporto col concetto di *vis* nella tutela interdittale. Di particolare interesse è, sotto il primo aspetto, (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.2.9.pr.⁵, che già abbiamo esaminato per il chiaro riferimento di Pomponio a Labeone che esso tramanda⁶. Qui interessa soprattutto il passaggio dalla nuda soluzione casistica del giurista augusteo⁷ alla più matura

2) Abbiamo tentato di ricostruirne il ruolo assunto in questa parte dell'*ad edictum* pomponiano, *supra* II.2.III.3-6.

3) Non limitata – nonostante l'intitolazione – alle *in integrum restitutiones*, la cui previsione è anzi assai controversa, come noto, nel caso del dolo. A parte le *exceptiones doli* e *metus*, contemplate nella parte conclusiva dell'editto (relativa appunto alle eccezioni), era proprio in quest'ambito che si concentravano i mezzi approntati dal pretore per sanzionare, o non «ratificare», quei negozi *iure civili* validi, ma su cui risultava determinante un vizio del consenso. Ci troviamo di fronte a uno dei principali momenti di integrazione e correzione introdotti dalla *iurisdictio* magistratuale, alle cui esplicazioni collaboravano da tempo – secondo una vicenda ben nota a Pomponio – gli interpreti dell'editto. Una delle materie, insomma, in cui la storia del genere letterario più visibilmente si intreccia con la portata tecnica della tutela operante *iure honorario* e dei suoi riscontri e adattamenti nella casistica.

4) Il che doveva in realtà costituire – considerati metodi e scopi del suo lavoro – il fulcro dell'indagine pomponiana sul *metus*.

5) '*Metum autem presentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi. huic enim edicto locum facere. idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius hoc edicto locum esse.*'

6) *Supra* II.2.III.3.I ove bibliografia.

7) Secondo cui, nel caso in cui un soggetto abbandoni il proprio fondo non perché espulso da altri con la violenza, ma solo perché venuto a conoscenza che qualcuno vi sarebbe giunto in armi, non sarebbero esperibili i rimedi del '*Quod metus causa*', né l'interdetto *unde vi*.

costruzione teorica del (primo) referente. Questi infatti chiariva come il timore rilevante agli occhi del pretore sarà solo quello (suscitato da una minaccia)⁸ attuale, e non il mero sospetto che eventi futuri lo possano (anche ragionevolmente) destare. Tale formulazione sarebbe stata senz'altro recepita da Ulpiano e si presenta in sostanziale, ma non scontato⁹, sviluppo della posizione labeoniana, secondo una scelta tanto più significativa se pensiamo al coevo, difforme orientamento di Giuliano¹⁰.

Quanto ai rapporti tra la violenza capace di destare un timore che giustifichi l'applicazione del nostro editto, e la *vis* che rileva nell'ambito della tutela interdittale, il loro collegamento doveva essere già approfondito da Pomponio, e verosimilmente fin dal XXVIII libro *ad edictum*. La delimitazione della nozione di *deiectio*, quale presupposto per la concessione dell'*interdictum unde vi*, non era infatti compiuta tanto in riferimento all'elemento soggettivo¹¹, quanto alle modalità con cui si era materialmente compiuto lo spossessamento, e che non coincidevano completamente con quelle della *vis* contemplata nel *Quod metus causa*¹². Particolarmente significativa è la difformità tra le posi-

⁸) Naturalmente, di un comportamento lesivo giuridicamente non giustificabile, come nel caso di illegittimo uso della violenza da parte di un magistrato o *provinciae praeses*, che non intenda applicare una pena ma estorcere denaro (D. 4.2.3.1, su cui *supra* I.2.IV ove bibliografia), oppure nell'ipotesi di ladro o adultero colto in flagrante, che fondatamente potrebbe temere la morte, con un *metus* rilevante per il magistrato in quanto non sempre la parte lesa potrebbe procedere *iure* alla sua uccisione (D. 4.2.7.1, esaminato *supra* I.2.IV ove bibliografia).

⁹) In considerazione sia dell'articolato quadro disciplinare cui pensava Labeone (e quale risulta, ad esempio, da D. 43.16.1.29, sul quale torneremo nel testo, ma sul cui complesso rapporto con D. 4.2.9.pr., già *amplius supra loc. cit.* ove bibliografia), che delle ulteriori precisazioni introdotte dal giurista antoniniano in merito ai soggetti e alle circostanze da cui può provenire la minaccia rilevante ai fini dell'intervento pretorio (D. 4.2.9.1). Non semplicemente appiattita sulle dottrine tradite è anche la soluzione che Pomponio formulava nello stesso contesto, ma in riferimento all'*interdictum unde vi*, volta ad una delimitazione del concetto di *deiectio* (D. 43.16.5, su cui *supra loc. cit.*).

¹⁰) Il quale – come rilevato *supra loc. cit.* – considerava *vi deiectus* anche chi avesse abbandonato il fondo al solo pensiero che vi fossero uomini sopraggiungenti in armi. Il testo cui riferirsi è (44 *dig.*) D. 41.3.33.2, il cui contrasto col nostro non può spiegarsi solo con la diversità di *sedes materiae* e di problematica discussa (usucapibilità del fondo e applicazione della *lex Plautia et Iulia de vi*).

¹¹) Nel senso, che ad esempio, il problema dell'esperibilità dell'interdetto anche contro i *municipes* qualora la *deiectio* fosse stata compiuta da chi agiva '*nomine municipum*' (e con un effettivo vantaggio di questi ultimi), era affrontato e positivamente risolto da Pomponio in sede di commento al '*Quod adversus municipes agatur*'. Si veda al riguardo quanto rilevato *supra* III.4.V.3 a proposito di (Ulp. 10 *ad ed.*) D. 15.4.4.

¹²) Fermo restando quanto abbiamo verificato in D. 4.2.9.pr., laddove Labeone, Pomponio e Ulpiano concordano nel ritenere inapplicabile tanto l'editto esaminato quanto

zioni assunte dal nostro giurista nell'ultimo tratto di D. 4.2.9.pr.¹³ e in (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 43.16.5¹⁴. Vi è discussa un'ipotesi di trasferimento del possesso¹⁵ viziata da violenza: se tuttavia la *vis* giustifica l'intervento che il pretore prometteva nel nostro editto, essa non legittima – secondo Pomponio – l'esperibilità dell'*interdictum unde vi*, giacché non si ha *deiectio* laddove un soggetto, seppure costretto, manifesti la volontà di trasferire il possesso di un bene.

La lettura restrittiva che il giurista antoniniano offriva del requisito della *deiectio* emerge poi da (Ulp. 69 *ad ed.*) D. 43.16.1.29¹⁶, laddove egli si discostava dalla soluzione di Labeone¹⁷ per precisare come il requisito dell'attualità e dell'oggettività della minaccia – quale rendeva meritevole di tutela il *metus* di D. 4.2.9.pr. – non giustificasse da solo la concessione dell'interdetto, per la quale Pomponio, con ogni probabilità, richiedeva l'ulteriore circostanza che alla fuga del possessore seguisse un'immissione nella disponibilità del bene da parte dell'autore della violenza.

Possiamo seguire la problematica dei requisiti integrati i quali Pomponio stimava applicabili i rimedi pretori¹⁸, anche in D. 4.2.12.1¹⁹, proveniente dal

interdictum quod vi aut clam ove il timore non sia suscitato da una minaccia esterna ed attuale.

¹³) 'Sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius hoc edicto locum esse'.

¹⁴) 'Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde vi interdictum cessare, quoniam non est deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere'. Un esame del passo *supra* II.2.III.3 ove bibliografia, ove abbiamo verificato l'alta probabilità che anche in Pomponio questa elaborazione fosse occasionata dall'esame del '*Quod metus causa*'.

¹⁵) Ho spiegato le ragioni che mi inducono a una lettura conservativa del riferimento al *possessionem tradere* presente in entrambi i passi, *supra loc. cit.* ove bibliografia.

¹⁶) 'Labeo ait eum, qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum. sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum'. Su questo passo, *supra loc. cit.* ove bibliografia.

¹⁷) Non contrastante – come osservato *supra loc. cit.* ove bibliografia – con quanto di lui conservato in D. 4.2.9.pr.

¹⁸) Secondo A.S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, p. 24, il riferimento all' '*hoc edictum*' riguarderebbe essenzialmente l'*actio quod metus causa*, poiché il frammento sarebbe «ein Bestandteil von Ulpian's Kommentar zur Restitutionsklausel des die *actio q.m.c.* verheissenden Edikts». Analogamente D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del «metus»*, in «AHDE», LI, 1981, p. 260. Naturalmente, alla luce dell'esclusa applicabilità dell'*edictum* e dell'analogia configurazione dei requisiti del *metus* perché si conceda la *restitutio*, risulta meno significativa l'individuazione di questo o altro mezzo processuale.

¹⁹) Su questo passo VON LÜBTOW, *Der Ediktstittel*, cit., p. 142 s., L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in «AUPA.», XV, 1936, p. 124 s., HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., p. 24 ss., KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., p. 213, J. PLESCIA, *The development of «iniuria»*, in «Labeo», XXIII, 1977, p. 272, D'ORS, *El comentario*, cit., p. 259 ss., C. VENTURINI, *Note in materia di concussione e di actio metus*, in «Iura», XLV, 1994, p. 93.

consueto XI libro ulpiano:

Quaeri poterit, an etiam ei qui vim fecerat passo vim restitui praetor velit per hoc edictum ea quae alienavit. et Pomponius scribit libro vicensimo octavo non oportere ei praetorem opem ferre: nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu te accepto liberare, nihil esse quod ei restitatur.

Ci si interroga qui sul caso in cui la minaccia che abbia fatto perdere a un soggetto il vantaggio patrimoniale che egli si era procacciato con una violenza uguale e contraria²⁰. La soluzione di Pomponio – che sembra implicitamente accolta da Ulpiano – muove dalla riconosciuta legittimità del «*vim vi repellere*»²¹, ma anche da una sostanziale mancanza, nel caso di specie, della prescritta (in D. 4.2.9.pr.) alterità fra autore e vittima della *vis*.

Più lontana è la tematica dibattuta in D. 4.2.14.13²², sempre proveniente dall'XI libro ulpiano:

Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

²⁰) Non si tratta di caratteristiche assunte in senso rigoroso, giacché – come chiarito dall'esempio conclusivo – la seconda minaccia può anche provenire da un terzo, intervenuto per evitare (in modo diverso da D. 4.2.9.1, ma ugualmente nel solo interesse della vittima della *vis*) il detrimento scaturente dalla violenza. Sul punto, HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., p. 25.

²¹) Su questa «regola che permette di allontanare la violenza con la violenza», già ARU, *op. cit.*, p. 122 ss., in particolare 124 s., ove indicazione di altre fonti. Come osserva D'ORS, *op. cit.*, p. 260, «no se trata aquí de legítima defensa, sino de retorsión de la violencia» (di cui sarebbe indizio l'espressione «*quod fecit passus est*»).

²²) Su questo testo LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., p. 155 ss. ove bibliografia, G.H. MAIER, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin, 1932, p. 42 ss., VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel*, cit., p. 262 ss., C. SANFILIPPO, *Il metus nei negozi giuridici*, in «AUCA», VII, 1933, p. 7, 22, KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 47, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 81, 260 s., VOGLI, *Risarcimento*, cit., p. 154, ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 291 ss., nonché la *rec.* di J. GAUDEMET, in «Jura», XIII, 1962, p. 293, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 109, BALZARINI, *Ricerche*, cit., p. 74, HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., p. 270 s. nt. 108 ove altra bibliografia, LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 244 s., KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., p. 233 ss., KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 139, 145, D'ORS, *El comentario*, cit., p. 276 s., O. BEHREND, *Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica*, in «Labeo», XXXI, 1985, p. 82, MACCORMACK, *Dolus in the Decisions of the Mid-classical Jurists*, cit., p. 91 ove altra bibliografia, G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, in «ZSS.», CXII, 1995, p. 132 s., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 303, 307, G. MACCORMACK, *Roman Jurisprudence and Interpretation*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto», I, cit., p. 540 s. nt. 3.

Si tratta di un passo discusso, probabile esito, nel suo attuale tenore, di rielaborazioni post-severiane: è peraltro verosimile che esse abbiano preso avvio dal nucleo di un'argomentazione ulpiana, e che in quest'ultima fosse già richiamato il pensiero di Pomponio²³. Né la disciplina profilata (tanto nella concorrenza alternativa di *actio de dolo* e *actio quod metus causa*, quanto nella fruibilità di un'*exceptio in factum* per bloccare l'azione esperita per seconda e «consumata»²⁴ dall'altra) risulterebbe troppo chiara anche nella prospettiva dei giustinianeî²⁵, ove non si voglia postulare un loro superamento del criterio della sussidiarietà²⁶.

Dobbiamo quindi pensare che l'originario riferimento fosse alle azioni penali da concedersi (secondo una struttura, valutazione e forma di sussidiarietà diverse) dopo l'anno²⁷. Oppure, più probabilmente, dobbiamo aderire all'interpretazione che vuole salvaguardato il principio del '*si alia actio*

²³) Non si comprenderebbe il significato del richiamo operato da un glossatore tardoantico. Nel senso indicato già HARTKAMP, *der Zwang*, cit., p. 271 nt. 108 e soprattutto MACCORMACK, *Dolus*, cit., p. 91 nt. 24. Più in generale, sul nucleo genuino del testo, WESENER, *op. cit.*, p. 132 s.

²⁴) Sul significato di '*consumere*' nel nostro passo, KASER, HACKL, *op. cit.*, p. 303 e nt. 303.

²⁵) Indicativo di questa difficoltà è il tortuoso percorso attraverso il quale si sviluppavano le ipotesi interpolazionistiche di ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 291 ss. Questo A. individuava motivi sostanziali per congetturare l'alterazione nel superamento del principio di sussidiarietà e nella «non coerenza del passo con lo sviluppo del commentario ulpiano all'editto *quod metus*». Ne desumeva tuttavia non una diretta alterazione, bensì un duplice intervento, in quanto il testo costituirebbe nell'insieme (citazione di Pomponio compresa!) «un glossema riferentesi all'inizio dell'attuale D. 4,2,14,11», mentre «una seconda mano postclassica ... aggiunse quel sorprendente e assurdo principio della consumazione processuale per via di una *exceptio in factum*, cercando almeno di salvare, in tal modo, la sostanza della sussidiarietà dell'*a. de dolo*». Rilievi critici in KUPISCH, *op. cit.*, p. 233 s. (in parte seguito da D'ORS, *El comentario*, cit., p. 277 nt. 100), KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 139 nt. 138, WESENER, *op. cit.*, p. 133.

²⁶) E' quanto rifiutava di sopporre ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 291 ss., in particolare 293.

²⁷) Così LEVY, *op. cit.*, p. 157 s., secondo cui era difficile dubitare «daß Ulpian lediglich die postannalen Aktionen meinte: die a. quod metus causa auf das simplum und die a. de dolo auf die Bereicherung». Solo in tal modo, attesa la diversa configurazione delle due azioni (compreso il profilo della sussidiarietà: D. 4.2.14.1-2), «tritt die Konkurrenz in den Bereich des Möglichen» (tanto che, anche riguardo al secondo fattore di dubbi, Levy scriveva che «ein an ihrer Stelle eingefügter Byzantinismus ist die exceptio in factum schwerlich»). Questa ricostruzione era in parte accolta da VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 263, (più dubbioso MAIER, *op. cit.*, p. 42 s., implicitamente contrario ALBANESE, *op. cit.*, p. 291 ss.), e ne era recuperato qualche spunto, ma entro un quadro ricostruttivo diverso, da KUPISCH, *op. cit.*, in particolare p. 234 s.; altre indicazioni in HARTKAMP, *Der Zwang*, cit., p. 271 nt. 108.

non erit' alla luce del diverso fondamento giuridico alla base delle due *actiones*²⁸. E' del resto possibile che la riflessione di Pomponio e Ulpiano non fosse svolta in termini generali, ma con riferimento a una specifica fattispecie, ove era contemplata una minaccia che poteva integrare i requisiti tanto del *metus* che del *dolus*²⁹, senza che però le conseguenti azioni avessero, in senso stretto, lo stesso fondamento e la medesima finalità.

L'ultima testimonianza pomponiana relativa al '*Quod metus causa*' su cui dobbiamo soffermarci concerne un'ipotesi (*traditio* del possesso di un fondo conclusa a seguito di violenza) già incontrato in D. 4.2.9.pr., anche se essa appare estranea al filone di ricerche (da Labeone a Pomponio a Ulpiano) che attraversava quel testo. Si tratta infatti di (Paul. 11 *ad ed.*) D. 4.2.21.2³⁰:

Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus. quod et Pomponius.

²⁸) Così KUPISCH, *op. cit.*, in particolare p. 234: «die beiden Strafklagen differieren im Klagegrund. Gehemmt werden können sie deshalb nur durch mittelbare Konsumption. Daher die *exceptio in factum*». Questa lettura non è respinta da D'ORS, *op. cit.*, p. 277 e nt. 100 (che sembra difendere la genuinità del concorso fra azioni, «por falta de identidad, no ya en la *res*, sino en la *causa*: la de la acción de dolo era el *metum facere*, y la de la acción de *metus* era la adquisición a causa del *metus*»), ed è condivisa da KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 139, WESENER, *op. cit.*, p. 133.

²⁹) In particolare, come rileva D'ORS, *El comentario*, cit., p. 277 nt. 100, «la concurrencia resultaría práctica para aquellos casos en los que no pudiera probarse fácilmente la coacción, pero sí, al menos, el dolo». Più difficile definire da un punto di vista dogmatico gli esatti rapporti fra dolo e *metus* – che apparentemente risulta, come scrive MACCORMACK, *Dolus*, cit., p. 91, «the contrary of deceit»; analogamente già VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel*, cit., p. 263. Entrambi questi interpreti accennavano così a una duplice portata che assumerebbe, nel contesto della relativa *actio*, il concetto di dolo: secondo VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 265 s., chi volesse salvare la genuinità del passo, dovrebbe pensare a «zwei grundlegend verschiedene Dolusbegriffe ... ein engerer ursprünglicher, der die heimliche List bezeichnete und jeder Ausdehnung auf die vis "zähen Widerstand" entgegengesetzte; ein Weiterer, der ein Verhalten charakterisierte, das nicht in Betrug, sondern vollkommen farblos in vorbedachter Schädigung bestand, und der sich bequem mit dem Vis-Begriff in Einklang bringen ließ». Secondo MACCORMACK, *Dolus*, cit., p. 91, esisterebbero quindi «two classes of *dolus*, constituted by deceit or fraud on the one hand, and force and fear on the other».

³⁰) Si vedano al riguardo LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., p. 169, VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel*, cit., p. 179, KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 20, VOICI, *Risarcimento*, cit., p. 53 s., KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., p. 130 s., TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., p. 55 s., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 654.

Il principale problema è qui definire la portata del contributo pomponiano, ossia stabilire se al nostro giurista (ricordato da Paolo solo alla fine del passo)³¹ risalga l'intero caso e la sua soluzione, oppure – come la sintassi e la logica del discorso rendono possibile – soltanto il rilievo conclusivo, secondo cui conseguenza della violenza è stata la perdita del solo possesso e dei frutti.

Accolta, pur con prudenza, la prima interpretazione, dobbiamo segnalare come di nuovo affiori l'interesse di Pomponio per la stima del possesso e non del valore della cosa, ma venga anche meno quella sensibilità all'interesse del possessore che già avevamo incontrato in D. 43.16.6³². Ci si chiede infatti come debba calcolarsi l'ammontare della condanna per chi, ottenuto con la violenza che gli fosse tradito il possesso di un fondo da un soggetto che non ne era proprietario, si rifiuti più tardi di procedere alla *restitutio* prevista nell'*actio quod metus causa*³³. La risposta è che la condanna (*in quadruplum*, entro l'anno, o più tardi *in simplum*) dovrà quantificarsi sulla base di ciò che è stato perduto e sarebbe dovuto essere restituito, ossia appunto il (solo) possesso e i frutti.

II. Segue: la diagnosi della violenza in altro contesto: l'esame del «De iniuriis»

II.1. *Iniuria atrox*

Tra i profili più significativi dell'indagine pomponiana attorno agli interventi

³¹) Secondo una consuetudine già esaminata: *supra* I.2.II.

³²) *Supra* I.2.II ove bibliografia. Sul confronto con quest'ultimo testo – anch'esso proveniente dal commentario paolino –, TAFARO, *loc. cit.*: a differenziare le due posizioni pomponiane sarebbe la circostanza che in D. 4.2.21.2 «era chiaro che l'attore non era proprietario e si imponevano considerazioni diverse» rispetto a D. 43.16.6 (ma anche all'ulpiano D. 43.17.3.11). Mentre infatti la mancata qualifica di *dominus* non era indicata, e comunque non rilevava in D. 43.16.6 – in quanto attinente a un tipico strumento di tutela del possesso (*interdictum unde vi*) – è significativa nel nostro testo, ove impedisce che il valore della mancata restituzione sia pari a quello della cosa in sé. Desterebbe tuttavia inconvenienti anche lo stabilire l'ammontare della condanna attraverso l'*aestimatio*, da parte dell'attore (pur sotto giuramento e previa *taxatio*), del proprio interesse a essere reintegrato nel possesso. La soluzione proposta, pur non fugando ogni rischio di iniquità, ha così il merito di ancorare l'entità della condanna a un elemento (relativamente) più oggettivo, quale il valore del solo possesso. Sul rilievo che, comunque, «il *q. e. r. erit* sarà ... interpretato strettamente, perché già nell'*intentio* si parla di *possessio*, e a questa la *condemnatio* si riferisce», VOCI, *op. cit.*, p. 53.

³³) Che questo sia il rimedio pretorio al centro del caso è reso indubbio dalla lettera del passo. Ulteriori osservazioni, soprattutto in relazione al contesto del commentario paolino, in KUPISCH, *op. cit.*, p. 130 s.

pretori in materia di *metus* abbiamo individuato la tensione alla determinazione del concetto di *vis*, quale si configura diversamente a seconda delle forme di tutela che essa legittima. Ciò consiglia adesso una breve e parziale digressione, relativa a un'altra tipologia di violenza, stavolta attuata e non minacciata, attorno alla quale si condensa un nutrito gruppo di testimonianze pomponiane, e che pure non attiene al tema dei vizi della volontà e dei mezzi edittali tesi a ricomporre lo squilibrio negoziale da quelli determinato. Penso, naturalmente, all'indagine attorno al «*De iniuriis*»³⁴, con cui l'intervento pretorio si innestava sul corpo dell'antico delitto di *ius civile* (secondo motivazioni che non potevano sfuggire al «Pomponio lettore di Labeone») ³⁵, e attorno al quale il nostro autore si distingueva per più di un contributo ancora condiviso in età severiana.

Rileva in primo luogo il suo apporto nella determinazione delle fattispecie integranti un'*iniuria*, e dei casi in cui essa potesse essere considerata «*atrox*». Quest'ultima circostanza era particolarmente significativa – come apprendiamo da Ulpiano³⁶ –, per le ipotesi (verosimilmente non infrequenti) di *iniuriae* arretrate dal patrono o dal padre a un liberto o a un figlio non in

³⁴) Stando a LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 38, fr. 147 ss., quanto conosciamo del lavoro pomponiano sul tema risalirebbe in particolare all'analisi del (cosiddetto) *generale edictum*. Dubbi sull'esistenza di quest'ultimo erano peraltro in G. PUGLIESE, *Studi sull'«iniuria»*, Milano, 1941, p. 81 ss., in particolare 96 ss. ove bibliografia, il quale dubitava dell'esistenza di questa clausola, dal momento che «all'a. i. "generale" non occorre un fondamento edittale, essendosi trasfusa in essa la repressione civile, che aveva la radice nelle XII tavole». Ampio riesame della questione è oggi in M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 52 ss. ove bibliografia, nonché in M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al «certum dicere» nell'«edictum generale de iniuriis»*, in corso di pubblicazione in «Labeo» (in particolare p. 3 ss. e nt. 12, 16 del dattiloscritto).

³⁵) Alludo ovviamente alla spiegazione che Labeone proponeva col riportare Paneddoto di Lucio Verazio, e che conosciamo attraverso Gell., *noct. Att.* 20.1.13. Sull'episodio – vero o meno che sia – e il suo significato, per tutti, PUGLIESE, *Studi sull'«iniuria»*, cit., in particolare p. 25 s. ove bibliografia, P. BIRKS, *The Early History of iniuria*, in «I.», XXXVII, 1969, p. 174 ss., ID., *Lucius Veratius and the Lex Aebutia*, in «Daube noster», cit., p. 39 ss. ove bibliografia, A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 27 s., 79 ss., BRETONE, *Tecniche*, cit., p. 173 ss. (dalla stessa opera, p. 275 ss., traggio, previa parafrasi, l'espressione impiegata, tra virgolette, nel testo), A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 208 s., E. POLAY, *Iniuria types in roman law*, Budapest, 1986, p. 27 s., 86 ove altra bibliografia, HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 5 ss., M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli, 2001, p. 160 s.

³⁶) In (57 *ad ed.*) D. 47.10.7.2-3.

potestà³⁷, ai quali il magistrato avrebbe concesso azione solo in caso di maltrattamenti particolarmente gravi. Non stupisce pertanto che già Labeone – autore proficuamente impegnato attorno a tutta questa materia³⁸ – proponesse, in tema di *iniuria atrox*, una tricotomia (guardando cioè alla persona dell'offeso, al momento oppure alle modalità del comportamento illecito), riferita da Ulpiano in (57 *ad ed.*) D. 47.10.7.8³⁹. E' proprio in sviluppo del terzo elemento di quella scansione – '*iniuria atrox re*' – che si colloca la prima dottrina pomponiana⁴⁰. A conservarla è (Ulp. 57 *ad ed.*) D. 47.10.9.pr.⁴¹:

³⁷) Viceversa – come leggiamo in D. 47.10.7.3 – '*his, qui sunt in potestate, prorsus nec competit, etiamsi atrox fuerit*'.

³⁸) Basti pensare, oltre alla motivazione da lui offerta per l'introduzione dell'editto '*De iniuriis*', alla sua fondamentale dottrina delle condotte costitutive *iniuria*, quale è tramandata in (Ulp. 56 *ad ed.*) D. 47.10.1.1: '*Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis ...*'. Nel complesso, su questa materia ci sono conservate 13 citazioni tratte dall'*ad edictum* labeoniano, raccolte da LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 517 ss.

³⁹) '*Atroce[m] autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat. tempore, si ludis et in conspectu: nam praetoris in conspectu an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. re atrocem iniuriam haberi Labeo ait, ut puta si vulnus illatum vel os alicui percussum*'. Su questa dottrina labeoniana, per tutti, PUGLIESE, *Studi sull' «iniuria»*, cit., p. 155 e nt. 1 (che sembra però schiacciare l'intera esperienza giuridica romana su di essa, senza accennare allo sviluppo, teoricamente pregnante, che essa conobbe nell'indagine di Pomponio), MANFREDINI, *Contributi allo studio dell' «iniuria»*, cit., p. 17, 28, 244, BRETONE, *Tecniche*, cit., p. 178 ss. (ove esame di altre testimonianze del giurista augusteo), PÓLAY, *Iniuria types*, cit., p. 174, 181 s., HAGEMANN, *Iniuria*, cit., in particolare p. 92 s.

⁴⁰) E' quindi solo l'assoluta assenza di una citazione già compiuta da Pomponio, che ha sconsigliato di soffermarsi su questo testo laddove (*supra* II.2-4) ho tentato di identificarne le principali fonti giurisprudenziali e i luoghi di più assiduo impiego. La scansione triadica – o almeno il suo ultimo elemento – dovevano costituire il punto di avvio del lavoro pomponiano sull'*iniuria*, ma solo quanto *aliunde* sappiamo del suo rapporto con Labeone consente di pensare che qui il nostro giurista utilizzasse direttamente il lavoro di questi, e non una ricostruzione ormai recepita e diffusa nella giurisprudenza del I e II secolo (la stessa cui doveva rifarsi, senza nominare il giurista augusteo e con qualche minima correzione – poi seguita da Giustiniano in *Inst.* 4.4.9 –, della sua esposizione, Gaio in *Inst.* 3.225: '*Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibus caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in teatro aut in foro iniuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria*'; un serrato raffronto tra il passo gaiano e la «sistematica» di Labeone, in F. RABER, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, in particolare p. 103 ss.). Nessun esplicito segno di un'ascendenza labeoniana né di una rielaborazione da parte di Pomponio incontriamo invece nel riferimento ulpiano alla «atrocità» della *vis*, quale rileva nell'ambito cui accennavamo nel precedente paragrafo (ossia la tutela approntata «contro» il *metus*: Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4.2.1).

⁴¹) Su questo testo si vedano RABER, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, cit., p. 37 s., 102 ss. ove bibliografia, nonché la *rec.* di M. MARRONE, in «Iura», XXII, 1971, p. 159,

Sed est questionis, quod dicimus re iniuriam atrocem fieri, utrum, si corpori inferatur, atrox sit, an et si non corpori, ut puta vestimentis scissis, comite abducto vel convicio dicto. et ait Pomponius etiam sine pulsatione posse dici atrocem iniuriam, persona atrocitatem faciente.

Al centro del passo è la discussione – che evidentemente proseguì anche dopo la perentoria e generale pronunzia di Pomponio⁴² – circa la possibilità di considerare *atrox* l'*iniuria* che non si sia realizzata con un'aggressione strettamente corporale⁴³. Il nostro giurista doveva essere stato il primo a rispondere affermativamente al quesito, ritenendo non indispensabile l'elemento della *pulsatio* e del contatto fisico, secondo una *ratio* interpretativa non lontana da quella che sorresse il lavoro dei *prudentes* attorno alla *lex Aquilia*⁴⁴. Al di là di certi sospetti e presunte incongruenze attribuite all'ablattivo assoluto che chiude il testo – e che comunque mi sembra circostanziare, più che fondare, l'affermazione precedente⁴⁵ –, il lavoro di Pomponio si lascia qui apprezzare per lo sforzo di astrazione e la rottura che introduce rispetto a una prospettiva ancorata all'immagine dell'*iniuria* essenzialmente come percossa fisica, la cui gravità deve graduarsi soprattutto secondo l'entità dei danni arrecati. Ancora una volta, quindi, sullo sfondo dovevano essere le concettualizzazioni e le categorie di Labeone, ma a

MANFREDINI, *Contributi*, cit., p. 244, BRETONE, *Tecniche*, cit., p. 179, M. BALZARINI, «De iniuria extra ordinem statui». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, p. 44, HAGEMANN, *Iniuria*, cit., in particolare p. 97 s.

⁴² In questo senso soprattutto MANFREDINI, *Contributi*, cit., p. 244.

⁴³ Con la quale comunque – insegnava Paolo in (55 *ad ed.*) D. 47.10.8 – '*vulneris magnitudo atrocitatem facit et nonnumquam locus vulneris, veluti oculo percusso*'.

⁴⁴ Una panoramica – con toni peraltro critici verso la nozione di '*damnum corpori datum*' – è in G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, p. 17 ss., ID., *Sulle origini del concetto di damnum*², Torino, 1998, p. 16 ss.

⁴⁵ Nel senso che per Pomponio era possibile parlare di '*atrox iniuria*' anche laddove, pur senza un corporale danneggiamento, era posta in essere una condotta lesiva particolarmente grave. Quanto alle incongruenze che al riguardo individuava RABER, *Grundlagen*, cit., p. 105 s. (secondo il quale sarebbe illogico il riferimento conclusivo al «Kriterium des *persona*», laddove il passo concerne solo l'*iniuria atrox re*), è condivisibile il rilievo di HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 98: «handelt es sich nicht um eine Vermischung der Varianten *re* und *persona*, da mit der Wendung *persona faciente* die Person als Täter der *iniuria* gemeint ist und nicht, wie bei der *iniuria atrox persona* üblich, die (höhergestellte) Person als Opfer». Questo peraltro non impedisce allo stesso HAGEMANN, *loc. cit.*, nt. 207, di concludere – riguardo alle diverse ipotesi di alterazione proposte da RABER, *op. cit.*, p. 106 e nt. 71 (che pensava a glossemi o abbreviazioni piuttosto che all'inserzione giustiniana delle parole '*persona atrocitatem faciente*') – che «bleibt eine Textverderbnis angesichts der Knappheit von Pomponius' Begründung eine mögliche Erklärung».

orientarne la rielaborazione è la sensibilità all'effettività degli interessi, qualunque sia stata la forma della loro lesione.

II.2. Profili oggettivi e soggettivi

Non il carattere «atroce» dell'*iniuria*, tale da legittimare la concessione della relativa *actio* anche alle persone indicate in D. 47.10.2-3 (o rilevare nella *aestimatio* della pena privata, come apprendiamo da Gai., *Inst.* 3.224), ma la sua stessa sussistenza, o la disciplina determinata dal particolare *status* della vittima (e da ulteriori elementi soggettivi), troviamo al centro delle altre elaborazioni pompeiane. Ascendenze da Labeone, almeno sul piano terminologico, sono state sospettate⁴⁶ anche nel caso di (Ulp. 57 *ad ed.*) D. 47.10.13.7⁴⁷, relativo al primo profilo cui accennavamo, e del quale interessa qui il tratto iniziale:

Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Grace σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest.

⁴⁶ Da TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, cit., p. 53 (seguito da F. REINOSO BARBERO, *Definitio periculosa. Javoleno o Labeon?*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 339 nt. 95) e BRETONE, *Tecniche*, cit., p. 190, che includono il nostro fra i passi in cui, seppure non detto espressamente, l'impiego di termini greci è di non improbabile derivazione labeoniana.

⁴⁷ Sul quale BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 315, 317, 319, D. DAUBE, «*Ne quid infamandi causa fiat*». *The Roman Law of defamation*, in «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto», III, cit., p. 430 ss., P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 18, A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in «Studi urbinati», XXX-XXXI, 1961-1963, in particolare p. 244, 274 (ma con particolare attenzione alla seconda parte del passo), L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 28 nt. 46, RABER, *Grundlagen*, cit., p. 162 ss. ove bibliografia, nonché la *rec.* di M. MARRONE, cit., p. 159 ss., R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in «ZSS.», XCI, 1974, p. 287, 348, J. PLESCIA, *The Development of iniuria*, in «Labeo», XXIII, 1977, p. 286 s., A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht*, in «ZSS.», XCIX, 1982, p. 213, G. POLARA, *Le «venationes». Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano, 1983, p. 9 s. nt. 4, 40 nt. 30 s., J. PLESCIA, *The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law*, in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 204, PÓLAY, *Iniuria types*, cit., p. 164, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 1059, A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*. *Linee di una indagine*, in «Diritto e processo nella esperienza romana», cit., p. 513 s., J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, in «Index», XXI, 1993, p. 434 s., 437, 442, G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, in «AUPA.», XLIV, 1996, p. 138 nt. 79, HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 88 ss. ove bibliografia.

Il quadro giurisprudenziale che si cela dietro il passo doveva essere più articolato di quello che già aveva dinanzi Ulpiano, il quale verosimilmente consultava il solo Pomponio, e da lui apprendeva di altri conformi orientamenti. Difficile dare un nome a questi ‘*qui putent*’ e ‘*plerique*’; incerto è anche se – come potrebbe suggerire la lettera del frammento – i primi precedettero e i secondi seguirono il contributo del nostro giurista, o comunque si posero gli uni in prossimità e gli altri in piena aderenza alla sua soluzione. Evidente è comunque come al centro della recezione severiana fosse la costruzione di Pomponio, pronto a riconoscere un’ipotesi di *iniuria* ove fosse illegittimamente proibito⁴⁸ di godere di un bene proprio o di uso pubblico⁴⁹.

Che il suo apporto non si limitasse a una sequenza di convergenti e distinte soluzioni casistiche, ma venisse abbozzata una teorica delle condotte sussumibili sotto la fattispecie di *iniuria*, sembra attestato dallo stesso raffronto di più tipologie di comportamenti, per rinvenire fra loro un’identità quasi «ontologica», e considerare ugualmente fruibile l’*actio iniuriarum*. Questa corrente interpretativa – di cui Pomponio doveva essere l’esponente di spicco – conobbe l’adesione di Ulpiano non solo, e un po’ cripticamente, nel nostro passo⁵⁰, ma anche in sede di analisi all’interdetto ‘*Ne quid in loco publico vel itinere*

⁴⁸) Dobbiamo pensare – anche alla luce della *ratio* di D. 47.10.9.pr. –, sia mediante un impedimento e una violenza fisica, che per mezzo di altra forma di ingiustificata coazione.

⁴⁹) Particolare attenzione è stata rivolta, al riguardo, alle forme di sfruttamento del patrimonio idrico pubblico cui si accenna nel testo e che sembra fossero già contemplate da Pomponio: CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., p. 27 s. nt. 46, POLARA, *Le «venationes»*, cit., p. 40 nt. 50. Interessante è anche lo spaccato economico che offre la casistica considerata dal nostro autore, scissa in una generica ipotesi di pesca e in quella di una pratica più specifica, contraddistinta dall’impiego di un «giacchio» (su cui già Val. Max., *Fact. et dict. mem.* 4.1 *ext.* 7) e quindi dal non necessario ricorso ad imbarcazioni. Fra le due attività (*‘pescari vel everriculum ... ducere’*) non c’è propriamente alternativa, se non per quest’ultimo aspetto, che rendeva forse la seconda più diffusamente praticabile, ma anche materialmente più semplice da impedire. Vi emerge in ogni caso l’attenzione «specialistica» di Pomponio a momenti di un’economia antica, quasi di sussistenza (qui la pesca, anche nelle forme più elementari; altrove l’agricoltura, anche non intensiva). Né sorprende la puntualità con cui è richiamato – mediato o meno da Labeone – il vocabolo greco corrispondente a *‘everriculum’*, secondo un fenomeno che non interessa solo settori dello scibile (la filosofia, in primo luogo) ove il calco di termini ellenici consentiva di colmare lacune espressive del latino, ma si rinviene anche nelle esposizioni dei saperi tecnici, e in particolare – come vedremo *infra* IV.2.II – nella scrittura di Columella.

⁵⁰) Ove l’espressione conclusiva (*‘nam et hic iniuriarum conveniri potest’*) potrebbe ancora costituire la trascrizione della dottrina di Pomponio e *‘plerique’*, ma anche la registrazione ulpiana della corretta assimilazione, da parte loro, fra i casi precedentemente esposti, per i quali anch’egli stimava da concedere l’*actio iniuriarum*.

*fiat*⁵¹. Alcune ipotesi (la proibizione della pesca in mare, o di lavare in un luogo pubblico) erano lì letteralmente ripetute: come a proposito dell'*actio metus* e dell'*interdictum unde vi*⁵², è considerata inutilizzabile la difesa interdittale, in quanto legittimata solo da ulteriori e diversi requisiti, ma è significativamente tenuta ferma la soluzione affermativa in merito all'*actio iniuriarum*.

Controversa è invece non l'integrazione della fattispecie di *iniuria*, ma la sua disciplina in ipotesi di pluralità di titolari dell'interesse giuridico leso, o di particolari condizioni della vittima, nell'ultima, elaborata testimonianza di Pomponio. Sotto il primo profilo rileva (Paul. 55 *ad ed.*) D. 47.10.18.2⁵³, cui abbiamo già accennato⁵⁴ per l'aperta approvazione che al nostro autore riserva Paolo:

Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnetur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sui cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.

Il caso è quello di una *filia familiae* sposata ma non '*conventa in manum*' (cosicché sia ancora sotto la *potestas* del padre) che subisca *iniuria*. Non è discussa la legittimazione attiva alla relativa *actio*, che è sia del *pater* che del marito, ma l'ammontare della condanna. La soluzione proposta da Pomponio sarà apertamente seguita da Paolo, nonostante quel (solo apparente) intento punitivo che sembra offuscarne la trama logica⁵⁵: essa è nel senso che il reo

⁵¹) Il testo cui riferirsi è (Ulp. 68 *ad ed.*) D. 43.8.2.9: '*Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est*'. Sul parallelo fra i due passi, per tutti, HAGEMANN, *op. cit.*, in particolare p. 88 s.

⁵²) A riprova del carattere non del tutto estrinseco – come rilevato in apertura del paragrafo – dell'attrazione dell'*iniuria* in questo punto della nostra esposizione.

⁵³) Si vedano in proposito ANKUM, *Towards a Rehabilitation*, cit., p. 8, A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della «patria potestas»*, I, cit., p. 156, MANFREDINI, *Contributi*, cit., p. 227 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253, 351, POLAY, *Iniuria types*, cit., p. 97, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 305, HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 223 (ove una condivisibile critica dei sospetti che sul testo aveva avanzato Beseler).

⁵⁴) *Supra* I.2.IV.

⁵⁵) Quella dottrina appariva comunque a ANKUM, *op. cit.*, p. 8, «a good and equitable solution of a ticklish problem». In essa si rispecchiava probabilmente un orientamento piuttosto diffuso, secondo cui, in caso di *iniuria* sofferta da un *potestati subiectus*, il *pater* avrebbe potuto esperire sia un'azione *suo nomine* che una *nomine filii* (mentre, come apprendiamo dal prosieguo del testo, solo la prima competeva al marito della *filia familiae*

venga condannato a versare al padre ciò cui sarebbe stato tenuto se si fosse trattato di una vedova, e al marito, analogamente, quanto avrebbe dovuto pagare ove la donna fosse stata *sui iuris* – due essendo infatti le lesioni poste in essere, e ciascuna con la *propria aestimatio*.

Il riferimento a Pomponio – benché non più segnato da aperte adesioni, e anzi in gran parte desumibile attraverso congetture⁵⁶ – continua, per affrontare il secondo profilo cui accennavamo, nel rimanente tratto di D. 47.10.18⁵⁷:

non *conventa in manum*): così MANFREDINI, *Contributi*, cit., p. 227 s. nt. 28, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253 e nt. 212, entrambi con indicazione di conformi testimonianze. Problema diverso è quello dell'esperibilità della relativa azione da parte del *potestati subiectus*: la esclude MANFREDINI, *Contributi*, cit., p. 226 nt. 28, il quale rileva come l'unica voce dissenziente sia quella di Giuliano, riferita in (Ulp. 57 *ad ed.*) D. 47.10.17.20 («... omnibus enim, qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse potestatem: intellegi autem filium, inquit [scil. Iulianus], familias suo nomine agere, cum patre cessante praetor ei agere permittat»). Più che di un isolamento (e di una contrapposizione) rispetto al contesto ulpiano (ove è particolarmente indicativo il venir meno della legittimazione attiva del padre ove l'azione sia già stata esperita dal figlio: § 21), parlerei però di una complessa integrazione: anche Giuliano sembra infatti pensare a un più usuale esperimento dell'azione da parte del *pater*, subordinando l'*agere suo nomine* del figlio alla mancata attivazione del padre e al consenso del pretore (sorprendentemente vaga, ma non erronea, l'opinione di ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 253 nt. 212: «il *filius* ebbe possibilità d'agire egli stesso per l'*iniuria* subita, in certi casi»). Né questa possibilità è esclusa da Ulpiano, che la considera semplicemente preclusiva dell'esperimento, da parte del *pater*, dell'*actio* (evidentemente – ma il punto è incerto – solo *nomine filii*). I problemi naturalmente si diradano tornando al finale del nostro paragrafo, dove è profilata l'ipotesi di una sposa – anche stavolta, presumibilmente, non *conventa in manum* – non sottoposta alla potestà di alcuno: come a giustificare la duplice e differenziata legittimazione attiva precedentemente prospettata, è qui ribadito come, agendo il marito *suo nomine*, la moglie potrà a sua volta personalmente e distintamente attivarsi («non ideo minus eam iniuriarum agere posse»).

⁵⁶ E' Panonimo *inquit* del § 5 che, come rilevava LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 38 nt. 1, lascia pensare che anche nel tratto intermedio fosse ripercorsa la casistica del nostro giurista.

⁵⁷ Una lettura di questi paragrafi in PUGLIESE, *Studi sull' «iniuria»*, cit., p. 87, G. LAVAGGI, *«Iniuria» e «obligatio ex delicto»*, in «SDHI.», XIII-XIV, 1947-1948, p. 143 s., RABER, *Grundlagen*, cit., p. 33, 41 s. ove altra bibliografia, nonché la *rec. cit.* di MARRONE, cit., p. 155, D. A. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana*, Milano, 1979, p. 83, J. SANTA CRUZ TEIJERO, A. D'ORS, *A proposito de los edictos especiales «de iniuriis»*, in «AHDE.», XLIX, 1979, p. 656 s., SCARANO USSANI, *Valori e storia*, cit., p. 46, POLAY, *Iniuria types*, cit., p. 156 s., A. WACKE, *Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung. Dogmengeschichtliches über Selbstverteidigung und Aufopferung*, in «ZSS.», CVI, 1989, p. 483 s. ove altra bibliografia, SCARANO USSANI, *Empiria*, cit., p. 62, L. DESANTI, *Interpellare de stupro e iniuriae in corpus: P.S. 5,4,4*, in «AUFÉ.», n.s. IV, 1990, p. 134, HAGEMANN, *Iniuria*, cit., in particolare p. 102 ss. ove altra bibliografia (e una difesa, contro Levy e Albertario, della sostanziale affidabilità del passo).

(3) Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putet me Lucium Titium esse, cum sim Gaius Seius: praevalet, quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle: nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse quam sum, et ideo iniuriarum habeo. (4) At cum aliquis filium familias patrem familias putat, non potest videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat, quia neque in personam eorum confertur iniuria nec transferri personae putationem ex persona filiorum ad eos potest, cum affectus iniuriam facientis in hunc tamquam in patrem familias consistat. (5) Quod si scisset filium familias esse, tamen, si nescisset, cuius filius esset, dicerem, inquit, patrem suo nomine iniuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret: nam qui haec non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito per filium, per uxorem vult facere iniuriam.

Le problematiche qui sollevate proseguono, da un lato (e dopo un primo paragrafo diversamente orientato), il quadro delle azioni spettanti al marito o all'avente potestà sul soggetto leso, dall'altro si aprono all'elemento putativo dell'autore dell'*iniuria*, e quindi alla problematica dell'*animus* con cui egli ha proceduto. L'*error in persona* da questi commesso non appare significativo nella fattispecie del § 3, ove rileva solo il fatto che si sia voluto colpire una determinata persona (che in realtà è Gaio Seio e non, come ritenuto, Lucio Tizio)⁵⁸, cosicché legittimato attivo rimarrà Gaio Seio, chiunque lo si sia creduto essere.

Diverso il caso (§ 4) in cui il colpevole è completamente all'oscuro del reale *status familiae* della vittima – credendolo così *sui iuris* mentre è *filius familias*, o ritenendo la donna vedova mentre è sposata –: stavolta Paolo⁵⁹ attribuisce a quest'elemento valore determinante, escludendo che un'*iniuria* sia stata compiuta nei confronti del *pater* o del marito⁶⁰, e che l'attribuzione delle qualità personali riferite alla vittima possa essere traslata all'avente potestà (rilevando in senso opposto il diverso '*affectus iniuriam facientis*')⁶¹.

⁵⁸) Così, per tutti, RABER, *Grundlagen*, cit., p. 33: «wichtig allein war es, daß er eine bestimmte Person treffen wollte».

⁵⁹) Ma già Pomponio? Invero è solo plausibile che la precisazione, certamente pomponiana, introdotta nel successivo paragrafo costituisca una limitazione a una disciplina già delineata dal nostro giurista.

⁶⁰) Rimarrà solo ferma per il primo la possibilità di esperire l'*actio iniuriarum filii nomine*.

⁶¹) Come scrive DESANTI, *Interpellare de stupro*, cit., p. 134 nt. 15, «l'assoluta ignoranza ... circa l'esistenza del *pater* o del marito esclude l'intenzione ingiuriosa nei loro confronti; e l'inconsistenza dell'elemento intenzionale ... impedisce che il *pater* o il marito patiscano *iniuria*». In senso analogo HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 103, che parla di mancata integrazione di una «mittelbare Injurie» nei confronti del *pater familias*. Ma il ragionamento seguito era tutt'altro che pacifico: considera antitetico l'orientamento di Nerazio tramandato in (Ulp. 56 *ad ed.*) D. 47.10.1.8, SCARANO USSANI, *Valori*, cit., p. 46 e nt. 84,

Ancora difforme è l'ipotesi prospettata (senz'altro già da Pomponio) nel paragrafo seguente, ove è sottolineato come questo rilievo attribuito alla psicologia e alle conoscenze del reo non possa spingersi sino a escludere l'*iniuria* nei confronti del padre o del marito, ove di questi sia nota al colpevole, se non l'identità, almeno l'esistenza. In tal caso direi che torna a operare il criterio esposto nel § 3⁶²: per mezzo del figlio o della donna vi è comunque la volontà di recare *iniuria* ad altro soggetto, il quale sarà quindi legittimato ad agire *suo nomine*, benché la sua identità sia, nella rappresentazione dell'agente, erronea o indeterminata. Ne emerge un quadro alquanto mobile e ricco, in cui la consapevolezza della possibile pluralità dei soggetti lesi dall'*iniuria* e a diverso titolo legittimati alla relativa *actio*, si coniuga con l'attenzione – usuale in Pomponio – ai fattori psicologici come elemento differenziante le conseguenze processuali, ma non oltre, come già riscontrato in ambiti diversi⁶³, una determinata soglia.

III. La costruzione pomponiana in tema di dolo

Chiuso l'*excursus* sull'elaborazione di Pomponio in tema di *iniuria*, possiamo tornare alle sue indagini circa vizi del consenso e fattori di squilibrio negoziale. A fianco del *metus* si colloca, non solo nella sequenza espositiva⁶⁴, il dolo, in

ID., *Empiria*, cit., p. 62 e nt. 156 (col che, ove davvero riconducessimo a Pomponio la sostanza di D. 47.10.18.4, il superamento che in quest'ultimo testo era compiuto, risulterebbe, per la contiguità temporale dei due autori, ancor più significativo, e il ruolo del nostro giurista di primissimo piano). Occorrerebbe tuttavia domandarsi se lo scolarca proculiano, nel ritenere che '*sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem*', si riferisse a un'ignoranza circa lo status di *filius* o *uxor* – nel qual caso avremmo una soluzione opposta a D. 47.10.18.4 –, oppure a una non consapevolezza del fatto che essi fossero '*mei*', ossia del soggetto che ne era *pater* o marito. Letta in quest'ottica (come anch'io, dopo HAGEMANN, *Iniuria*, cit., p. 103 s., inclino a fare), la posizione di Nerazio sarebbe piuttosto da collegare – nel segno di un'evidente continuità – con quella assunta da Pomponio e Paolo nel § 5 del nostro frammento.

⁶²) Anziché ritenere, con DESANTI, *loc. cit.*, che «l'intenzione di ingiuriare costoro si presume ugualmente». Nel senso indicato, già HAGEMANN, *op. cit.*, p. 104.

⁶³) Penso soprattutto alla riflessione attorno alla *negotiorum gestio*, e in particolare alle soluzioni conservate in D. 3.5.5.8-10, su cui *supra* II.2.III.2 ove bibliografia.

⁶⁴) Nel senso che non solo i rimedi relativi al *dolus malus* seguono immediatamente le previsioni edittali circa '*quod metus causa gestum erit*', ma che le due figure erano destinate a una plurisecolare convivenza come principali vizi della volontà negoziale (assieme, ovvia-

merito al quale disponiamo forse del più articolato e maturo contributo del nostro giurista – in visibile sviluppo e integrazione del consueto ‘innovare’ labeoniano, ma anche secondo combinazioni e formulazioni del tutto inedite. I frammenti relativi sono già stati in parte discussi, con particolare attenzione ai segmenti di «dialogo» col giurista augusteo che vi affiorano: qui è però opportuno approfondire i tratti salienti di quel lavoro interpretativo, soprattutto in tema di sussidiarietà dell’*actio de dolo*.

La prevista concessione di questo rimedio solo ‘*si alia actio non erit*’ è infatti oggetto di un’articolata lettura da parte dell’autore antoniniano, impegnato per un verso a dilatare i mezzi processuali la cui fruibilità esclude il ricorso all’azione penale, per un altro a garantire forme di effettiva protezione della parte raggirata. Entrambe le linee di pensiero risalgono a Labeone: oltre che essere ulteriormente circostanziate, esse troveranno in Pomponio la loro composizione dialettica, disposte all’interno di una costruzione teorica che sa discostarsi dalla lettera dell’editto pur di coglierne la *ratio* più riposta⁶⁵. Così, nel primo senso, alla previsione labeoniana circa la non fruibilità della nostra *actio* laddove sia possibile ricorrere a un’*in integrum restitutio*⁶⁶, seguirà un’analoga conseguenza attribuita da Pedio a interdetti ed eccezioni, e da Pomponio a *stipulatio praetoria* e *denegatio actionis*⁶⁷.

Circa il secondo profilo, rileva la portata attribuita all’insolvenza del legittimato passivo ad ‘*alia actio*’, quale consente, anche in presenza di quest’ultima, il ricorso all’azione di dolo⁶⁸. Ma interessa anche l’espresso

mente, all’errore), e che addirittura era giudicato insito un elemento di dolo nell’attività di chi *metum facit*. Proprio Pomponio avrebbe chiarito come si determinasse al riguardo un concorso elettivo delle relative azioni, con consunzione processuale tramite *exceptio in factum*: lo apprendiamo da (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.2.14.13, sul quale *supra* II.2.III.3 ove bibliografia, ove abbiamo peraltro segnalato le possibili alterazioni sofferte dal testo.

⁶⁵) In generale, su questi tratti del commento pomponiano, *supra* III.3. in particolare II.

⁶⁶) Oltre che di un’ ‘*alia actio tempore finita*’, sempre che l’infruttuoso decorso del termine non sia a sua volta prodotto da un atteggiamento fraudolento della controparte.

⁶⁷) Il testo cui alludo (D. 4.3.1.4-6) è stato ampiamente discusso *supra* II.2.III.4 ove bibliografia. Naturalmente, a fianco di queste affermazioni di portata più generale, rinveniamo – e doveva essere un settore cospicuo della ricerca pomponiana – una fitta casistica in cui era controversa la prospettabilità di uno di quei rimedi che avrebbero escluso l’azione sussidiaria: si vedano D. 4.3.7.8, D. 4.3.21 (sul quale *supra* II.2.III.4 ove bibliografia), D. 4.3.9.3 (su cui *supra* in particolare III.5.V ove bibliografia) D. 13.7.36.pr. (esaminato *supra* II.3.I.4 ove bibliografia) e D. 19.1.32 (per il quale abbiamo approfondito le ragioni dell’approvazione ulpiana *supra* I.2.IV ove bibliografia).

⁶⁸) E’ quanto apprendiamo – al di là di dubbi, anche recenti, destati dal riferimento all’insolvenza – nella seconda parte di D. 4.3.9.3, sul quale *supra* in particolare III.5.V ove

richiamo all'effettività della salvaguardia o della reintegrazione degli interessi patrimoniali della vittima del dolo, quale è contenuto nella generale formulazione di D. 4.3.7.pr., primo paragrafo di un frammento che Ulpiano costruisce in capillare riproposizione dell'apporto pomponiano e che conviene adesso ripercorrere analiticamente. In D. 4.3.7.⁶⁹ leggiamo infatti:

(pr.) Et eleganter Pomponius haec verba 'sia alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti

bibliografia.

⁶⁹) Sulle tematiche dibattute nei paragrafi che ci riguardano, F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, in «ZSS.», XLI, 1920, p. 255 ss., G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 435, U. RATTI, *«Movet, quia» e simili espressioni nel linguaggio dei giureconsulti romani*, in «RISG.», II, 1927, p. 71, G. SCIASCIA, *Elegantiae iuris*, in «BIDR.», LI-LII, 1948, p. 379, J.C. VAN OVEN, *D. 4.3.7.pr. Contribution a l'histoire du dol dans les conventions*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 275 ss., B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA.», XXV, 1956, p. 43 ss. ove bibliografia, P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, 1958, p. 88 ss., ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 187 ss., 219 ss., 243 ss., 299 s., nonché la rec. di J. GAUDEMET, cit., p. 292, GUARINO, *La sussidiarietà*, cit., p. 275 ss., A. MASI, *Insolvenza dell'obbligato e sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Studi Senesi», LXXIV, 1962, p. 41 ss., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 573, B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., p. 49 ss., RAGGI, *La restitutio*, cit., p. 185 ss., KASER, *Studi sulla «in integrum restitutio»*, cit., p. 245, M. JACOTA, *Les pactes de l'esclave en son nom prope*, in «RIDA.», XIII, 1966, p. 209 ss., MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 693 s., G. LONGO, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, p. 766, 769, 775 ss., KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 28, A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1971, p. 111 ss., M.G. ZOZ, *«Restitutio in integrum» e manomissioni coatte*, in «SDHI.», XXXIX, 1973, in particolare p. 125 ss., BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., in particolare p. 18 ss., 158 s., 479 ove bibliografia, nonché la rec. di G. LONGO, cit., p. 287 ss., KUPISCH, *In integrum restitutio*, cit., p. 250 ss., ANKUM, *Towards a Rehabilitation*, cit., p. 9 s., A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in «ZSS.», XCIV, 1977, p. 196 s., 236 ss. ove altra bibliografia; ID., *Sul concetto di 'dolos' nell'actio de dolo*, in «Iura», XXVIII, 1977, p. 28 s., 38, KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 144, S. DI SALVO, *«Lex Laetoria». Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979, p. 190 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 519 s., A. D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. D. 4,3,7.pr. y 4,4,11.pr.*, in «SDHI.», XLVI, 1980, p. 31 ss. ove bibliografia, WACKE, *Zum 'dolos'-Begriff der actio de dolo*, cit., p. 371 ss., 384 s., QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., p. 21, 25, 61 ss., 71 ss., nonché la rec. di V. GIUFFRÉ, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 230, A. WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum*, in «Iura», XLII, 1991, p. 65, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 670, MACCORMACK, *Dolos in the mid-classical Jurists*, cit., p. 87 ss., M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, Milano, 1994, p. 138, J.G. CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, in «Derecho romano de obligaciones», cit., p. 955, 958, G. TILLI, *Noterelle in tema di actio doli*, in «Societas-ius. Munuscula di allievi a F. Serrao», Napoli, 1999, p. 363 ss.

quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere ... (2) Pomponius autem, etiamsi popularis actio sit, cessare de dolo ait actionem ... (8) Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio. manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem. sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum. ego moveor: quemadmodum de dolo actio dabitur, cum sit alia actio' nisi forte quis dicat, quoniam exceptione patronus summoverti potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam. atquin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. expromissori plane adversus manumissum dari debebit de dolo. aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur ... (10) Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari.

E' forse opportuno, ai fini del nostro discorso, affrontare dapprima i §§ 2 e 8 (e 10), per tornare solo successivamente alla dottrina tradita in D. 4.3.7.pr., che – quale ne fosse l'originaria collocazione nella scrittura pomponiana – svela una più ampia tensione ermeneutica⁷⁰. I due paragrafi in questione contribuiscono a comporre quel panorama casistico che gravitava – dopo aver enunciato la sintesi interpretativa di D. 4.3.7.pr. – attorno alla previsione della sussidiarietà dell'*actio de dolo*⁷¹. Nello stesso senso rilevano le fattispecie

⁷⁰) Il valore della casistica più tardi esaminata si riduce dopo l'enunciazione di D. 4.3.7.pr. Non è da escludere che queste fattispecie fossero in origine più controverse, ma neppure che in Ulpiano l'interpretazione pomponiana di D. 4.3.7.pr. fosse sì centrale ed «elegante», ma non esaurisse le problematiche di cui dar conto. L'incongruenza espositiva dovrebbe così limitarsi a Pomponio, per il quale è più agevole immaginare una scomposizione e un diverso assemblaggio dei contributi da parte di Ulpiano, di quanto lo sia per la scrittura di quest'ultimo da parte dei compilatori (come invece presupposto da ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 299). Potremmo così pensare che nel nostro *ad edictum* quell'ampia interpretazione aprisse l'esame del sintagma '*si de his rebus alia actio non erit*', seguita da un'esemplificazione, oppure la chiudesse, come a indurre una più generale lettura sulla base di una stratigrafia di soluzioni. Non dovrebbe però sorprendere (alla luce di quanto accennato *supra* II.1.I e nt. 1) se, diversamente, quel momento di astrazione si aprisse nel corso di un'indagine tutta casistica.

⁷¹) Diversamente si atteggia il caso (reale) richiamato in D. 4.3.7.10, ove l'unico,

contemplate in D. 4.3.9.3 e D. 4.3.21.

In D. 4.3.7.2 incontriamo una nuova, per niente sorprendente (alla luce di D. 4.3.1.4-6), precisazione di quale sia il rimedio processuale, esperibile il quale non è da concedersi l'*actio de dolo*. Il caso dell'*actio popularis*⁷² è in quest'ottica sin troppo lineare: se da un lato ne è evidente il nesso, in funzione ricognitiva delle tipologie di *actiones* richiamate nella previsione pretoria⁷³, con l'*actio poenalis* menzionata in D. 4.3.7.1⁷⁴, dall'altro è anche possibile che il

tenue legame con l'insieme del discorso ulpiano è costituito dalla denegazione dell'*actio de dolo* (alla quale si dovrebbe aggiungere – nella ricostruzione di BRUTTI, *La problematica*, cit., p. 479 – l'intreccio con un'altra citazione da Pomponio, cui alluderebbe l'*'idem'* del nostro testo, che sarebbe stata contenuta in D. 4.3.7.9, che è tuttavia ancora in tema di sussidiarietà dell'*actio de dolo*). Alla base della mancata concessione dell'azione penale da parte di questo pretore Cecidiano (sul quale *supra* I.4.I) non è tuttavia la fruibilità di altro mezzo processuale, quanto la mancanza di un presupposto essenziale, giacché non sembra integrare i requisiti del dolo l'atteggiamento di chi «sconsideratamente» (così WACKE, *Sul concetto di 'dolus'*, cit., p. 38) abbia fatto ritenere degno di credito un mutuatario che non lo era, danneggiando così il mutuante. La relativa spiegazione («nam nisi ex magna et evidenti calliditate ...») è stata oggetto di radicali sospetti (su cui ALBANESE, *La nozione*, cit., p. 45, ID., *La sussidiarietà*, cit., p. 244). Questi hanno peraltro coinvolto l'intero passo, ritenuto di fattura giustiniana da LONGO, *rec. cit.*, p. 292 (il che sarebbe possibile, seppure non ancora provato, solo ipotizzando una pesante rielaborazione compilatoria della scrittura ulpiana e della dottrina pomponiana in essa riprodotta, mentre non avrebbe senso, da parte dei giustinianeî, la menzione del giurista antoniniano, né tantomeno del pretore *Caecidianus*). Per ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 243 ss., il testo sarebbe «notevolmente alterato», nel senso che esso avrebbe originariamente contenuto una soluzione opposta, ossia la concedibilità dell'*actio de dolo* nel dubbio (e forse, ormai, nella certezza dell'esclusione) dell'esperibilità dell'*actio furti*. L'interpolazione risponderebbe così, «come mostra del resto la motivazione aggiunta, all'intento di risolvere meno severamente dei classici un caso concreto di comportamento lesivo». Questa è tuttavia solo una congettura, priva di riscontri testuali: se il nostro passo, nell'attuale tenore, si mantiene slegato dal contesto, il suo contenuto acquista nondimeno maggiore significato guardando proprio alla collocazione giustiniana. Essa consente di evidenziare, attraverso la contiguità con (Gai. 4 *ad ed. prov.*) D. 4.3.8, come integrasse un comportamento doloso l'infondata dichiarazione della solvibilità di un terzo solo ove finalizzata a ottenere un vantaggio patrimoniale. La connessione col frammento gaiano era già colta, pur senza valorizzare l'ulteriore requisito *ivi* emergente, da MASCHI, *op. cit.*, p. 695 s.

⁷² Con cui, attraverso l'attivazione di un *quavis e populo*, erano tutelati «interessi collettivi o francamente pubblici» – così G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano (coll. L. VACCA, F. SITZIA)*, cit., p. 306 –, che in certi casi potevano però non essere esclusivi rispetto a quelli della vittima del dolo. Sulle caratteristiche delle *actiones populares*, più in generale F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari*, Napoli, 1958, *passim*, in particolare p. 1-22.

⁷³ Nella stessa direzione è il richiamo dell'*actio* sia *civilis* che *honoraria* compiuto da Ulpiano in D. 4.3.1.4.

⁷⁴ «*Secundum quae et si poenali actione indemnitati eius consuli possit, dicendum erit cessare de dolo actionem*».

nostro testo abbia subito non tanto mutamenti di collocazione, ma significative abbreviazioni, che abbiano eliso il ricordo di specifiche fattispecie, ed eventuali divergenze⁷⁵.

Più problematico è il contenuto – ma anche per questo più congrua la collocazione – di D. 4.3.7.8. Motivo di dubbio è già la delimitazione del pensiero di Pomponio: Lenel attribuiva al suo *ad edictum* solo il tratto iniziale, fino a *'exceptione a reo summovendum'*⁷⁶. La nostra esegesi si muoverà in aderenza a quella scelta, a favore della quale militano precise opzioni terminologiche (*'ego moveor ...'*), con cui la parola sembra restituita al solo referente. Inducono tuttavia a maggiore cautela altri rilievi lessicali e argomentativi, come l'affermazione *'quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur'* che, sia per il contenuto (in particolare, il riferimento alla «quasi nullità») che per l'indeterminata indicazione della sua provenienza (*'nisi forte quis dicat'*), potrebbe celare una nuova allusione al nostro giurista⁷⁷.

Il caso senz'altro dibattuto da Pomponio riguardava una *'pactio pro libertate'* conclusa fra lo schiavo e il proprio *dominus*, con cui il secondo si impegna a manomettere il primo, e questi, per garantire l'osservanza degli impegni conseguentemente assunti, offre un terzo (*'reus'*) che si obbliga, evidentemente con *stipulatio*, nei confronti del *dominus*. Lo schiavo si impegna inoltre ad addossarsi questa *obligatio* – operandone così una novazione soggettiva – una volta divenuto libero. Ove questa novazione non abbia luogo, secondo Pomponio dovrà valutarsi se ciò sia dipeso dalla mancata attivazione del liberto oppure del patrono: nel primo caso è prevista la concessione dell'*actio de dolo*, pur senza precisare chi sia il legittimato attivo (e

⁷⁵) In questo senso soprattutto ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 299 s., il quale rilevava a proposito del nostro passo (sebbene sia «per la sua brevità ... impossibile impostare una ricerca esegetica soddisfacente») che «è probabile ... un'opera di semplificazione ... da parte dei compilatori».

⁷⁶) *Palingenesia*, II, cit., c. 21, fr. 45.

⁷⁷) Riguardo alla possibile ascendenza pomponiana di una figura come la *'quasi nulla actio'*, QUADRATO, *Sulle tracce*, cit., in particolare p. 23 ss., 65 ss., il quale peraltro rileva che «il ricorso alla “quasi nullità”, appare sempre di più come un fenomeno che non si circoscrive a un ristretto ambito speculativo, di pochi giuristi, per di più contemporanei, ma si propone come criterio di più ampia portata e risonanza. Proprio la citazione impersonale, che implica un consenso, un'adesione collettiva, ne fa una concreta realtà dell'esperienza giuridica romana». L'indeterminatezza dell'espressione che incontriamo nel nostro testo potrebbe alludere non a Pomponio (improvvisamente decaduto a vaghissimo *'quis'*), quanto a un filone giurisprudenziale impiegato dal nostro autore o che in lui, a giudizio di Ulpiano, trovava un'eco. E' però anche possibile che quella terminologia avesse un valore solo interno all'argomentazione severiana, espressivo di un'astratta possibilità interpretativa, non già riscontrata in altri giuristi.

passivo, ma sembra pacifico che questi sia lo schiavo manomesso). Sembra preferibile, al riguardo, che a fruire dell'azione penale, in quanto egli solo leso dal comportamento doloso e sprovvisto di altra tutela, fosse il terzo obbligato; né, in senso opposto, è conclusiva l'osservazione secondo cui in tal caso avrebbe poco senso l'inclusione del nostro passo nel commento all'espressione «*si alia actio non erit*»⁷⁸.

In realtà quello che non fa difetto a D. 4.3.7.8 è la problematicità dei suoi dati, e non è forse senza rilievo che nella seconda alternativa prospettata da Pomponio (mancata realizzazione della novazione per inerzia del patrono) non sia espressamente ricordata l'*actio de dolo*⁷⁹. In tal caso, infatti, è

⁷⁸) L'osservazione è di MASI, *Insolvenza*, cit., p. 44. Nella sua ricostruzione (*op. cit.*, p. 44 ss.) – così come in quella di JACOTA, *op. cit.*, p. 210 e, pur con maggiore cautela, di MACCORMACK, *Dolus*, cit., p. 91 (non necessariamente nella stessa direzione mi sembra invece, nonostante MACCORMACK, *loc. cit.*, nt. 23, WACKE, *Zum 'dolus'*, cit., p. 372; altra bibliografia in QUADRATO, *op. cit.*, p. 63) – l'azione in parola sarebbe da concedere al patrono contro il liberto. Solo così avrebbe senso la collocazione del passo, in quanto unicamente per l'*ex dominus*, cui poteva spettare un'altra tutela (l'*actio ex stipulatu* contro il terzo) occorreva un'analisi volta a escludere l'esperibilità dell'*'alia actio'* e la conseguente concessione dell'*actio de dolo*. Contro tale lettura militano alcuni dati emersi dall'esegesi di ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 221 e nt. 67: in primo luogo la circostanza che il patrono «non subisce pregiudizio alcuno, dato il permanere dell'*obligatio* del terzo garante» (si potrebbe obiettare in proposito che un nocumento sia ravvisabile nel vedere disatteso il proprio affidamento nella successiva assunzione dell'obbligo da parte del liberto, ma esso non sembra tale da giustificare un rimedio grave quale l'*actio de dolo*). In secondo luogo, il fatto stesso che l'*ex dominus* ha comunque a sua disposizione – senza alcun dubbio (con ciò cadendo anche il ricorso al criterio di D. 4.3.7.3) – una '*alia actio*': Pomponio sarebbe dovuto pervenire a una soluzione, riguardo alla concessione dell'azione penale, opposta a quella che leggiamo nel testo. Quest'ultimo acquisterebbe perciò un senso solo se ne postulassimo un posteriore stravolgimento, che avesse (e perché?) ribaltato la soluzione di Pomponio e Ulpiano: operazione indimostrabile e che solo MASI, *op. cit.*, p. 46, ha in qualche modo prospettato. Secondo questo A. avremmo infatti una caduta nella parte ove è riferita l'opinione di Pomponio: questi avrebbe sostenuto che «il patrono aveva effettivamente un'*actio* nei confronti del *reus* ... ma che in astratto vi era un'ipotesi in cui il *reus* convenuto dal patrono avrebbe potuto opporre a questo un'*exceptio*: ciò poteva darsi nel caso in cui *per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur*». Per questo, anche nell'ipotesi iniziale, secondo il nostro giurista il patrono avrebbe potuto fruire di un'*actio de dolo* contro il liberto. Questa ricostruzione finisce col dissolvere l'alterità fra i due casi in cui Pomponio e Ulpiano scomponono la problematica, così che rimane preferibile, pur non risolvendo tutti i dubbi, la posizione di ALBANESE, *loc. cit.*: in direzione simile, già PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 257 s., BESELER, *loc. cit.*, LONGO, *Ricerche*, cit., p. 776; implausibile la mediazione tentata da RATTI, *loc. cit.*, che pensava a una legittimazione attiva sia del patrono che del garante.

⁷⁹) Essa è evidentemente esclusa dalla contestuale fruibilità dell'eccezione, ed è possibile che il testo abbia subito qualche abbreviazione. La casistica richiamata nel commentare una norma non deve però immaginarsi come inchiodata a una sua

eventualmente da concedere al terzo obbligato un'*exceptio* con cui bloccare l'iniziativa del patrono, mentre è solo implicita la conseguente esclusione di un'*actio de dolo* contro lo stesso soggetto ma a favore del debitore⁸⁰. Nonostante i sospetti di alterazione destati dal passo, trovo così più persuasiva la lettura che ne vuole rimaneggiata soprattutto la forma⁸¹, lasciando integri i

esemplificazione: accanto a questa si aprono le concrete esigenze di tutela destinate dalla fattispecie, e non è necessario che ci si chieda sempre, con didascalica puntualità, se sia da concedere l'azione *de dolo* o '*alia actio erit*'.

⁸⁰) L'incongruenza fra questa soluzione e i successivi rilievi di Ulpiano non sembra facilmente componibile. Il giurista di Tiro presuppone una concessione dell'*actio de dolo* di cui non è traccia (né può pensarsi che egli si riferisca all'ipotesi precedente, con la mancata novazione dovuta a inerzia del liberto). Non limitandosi a sospettare quest'ultima parte del testo, ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., in particolare p. 221 ss., ha ritenuto alterata già la seconda soluzione di Pomponio, in quanto di scarso interesse problematico (alla luce di D. 4.3.1.4), e inidonea a sorreggere il successivo glossema (in ciò risolvendosi, per Albanese, il tratto '*ego moveor – accipere*'). Pomponio si sarebbe così interrogato sulla fruibilità dell'*actio de dolo* da parte del garante, pronunciandosi in senso positivo in quanto dubbio sarebbe stato il ricorso a un'*exceptio doli* (giustamente in questa, e non nell'*exceptio pacti*, Albanese identificava l'eccezione richiamata nel testo; analogamente WACKE, *Zum 'dolus'*, cit., p. 372). Certo il testo è, nella sua attuale stesura, piuttosto illogico, né sembra possibile un'esegesi soddisfacente, conservativa o meno. La proposta di Albanese, tuttavia, sembra discutibile: se tale fosse stata la soluzione di Pomponio, in essa troveremmo un'applicazione del principio labeoniano tramandato in D. 4.3.7.3 non meno scontata di quanto sarebbe, nel suo odierno tenore, quella dell'equiparazione pediana (D. 4.3.1.4) di eccezione ad '*alia actio*'. Ma soprattutto i successivi rilievi di Ulpiano rimarrebbero slegati rispetto a quest'orientamento, giacché egli si chiede come sia possibile concedere l'azione di dolo in presenza di una '*alia actio*', per poi precisare che quest'ultima può considerarsi «vanificata» (così QUADRATO, *Sulle tracce*, cit., p. 65) dalla concessione di un'*exceptio*. Nel nostro passo l'unica azione così configurata è però a favore non del garante, legittimato attivo all'*actio de dolo*, bensì del patrono (ossia l'*actio ex stipulatu* con cui può convenire il *rens*). Non vedo infine quale logica avrebbe indotto annotatori tardoantichi o compilatori giustiniani a comporre *ex novo* un ampio glossema, per poi capovolgere la soluzione su cui era fondato.

⁸¹) In tal senso QUADRATO, *op. cit.*, p. 63 ss. ove bibliografia, secondo cui «il testo è, nell'attuale stesura, oscuro, tortuoso... non è azzardato supporre un rimaneggiamento dei compilatori che ne abbiano ridotto la più ampia stesura, compromettendone la gradualità dei passaggi, la continuità e, con essa, talora, la coerenza». Esistono però elementi stilistici (il verbo '*moveo*', l'espressione '*nisi forte quis dicat*') e sostanziali (l'argomento contenuto nella frase '*quasi nulla – repellitur*' che riprenderebbe la logica riferita in D. 4.3.7.pr.), che «consentono ... di non escludere una presenza di Ulpiano, anche solo mediata, parziale, o almeno l'influenza di motivi ulpiane». Non accenna ad alterazioni, almeno nella prima parte, MACCORMACK, *'Dolus'*, cit., p. 90 s.; una posizione simile in WACKE, *Zum 'dolus'*, cit., p. 371 s., che si intrattiene soprattutto sulla consonanza del concetto di *dolus* nell'*actio* e nell'*exceptio* relative, dipendendo l'applicazione dell'uno o dell'altro rimedio solo dalla posizione processuale della vittima del raggio. Nell'ipotesi di doloso rifiuto di novazione da parte del creditore, potrà quindi ben accogliersi la tutela mediante *exceptio (doli)*.

sottili percorsi che rinviano dalle ragioni di un'altra casistica alla posizione ermeneutica di fondo.

Fondamentale per ricomporre quest'ultima è finalmente D. 4.3.7.pr. Di questo testo, il cui rilievo centrale era già colto dalla Glossa⁸², interessa soprattutto la prima parte, l'unica che riporti il pensiero di Pomponio, e anche la sola la cui genuinità sia apparsa indubbia⁸³. L'operazione ermeneutica cui dà luogo il giurista antoniniano è qui estremamente significativa: vi emerge tutta la libertà che l'interprete sapeva ancora ritagliarsi dinanzi al testo dell'editto adriano-giuliano⁸⁴, ma anche la sensibilità per un percorso giurisprudenziale i cui esiti si cerca di recuperare e mediare. I due aspetti sono certo connessi: è il retrostante rovello esegetico – che ha progressivamente indotto a considerare 'alia actio' anche in *integrum restitutio*, *exceptio*, *stipulatio praetoria* e *denegatio actionis* (D. 4.3.1.4-6) – che adesso consente di forzare la lettera edittale, per «sciogliere» la sua terminologia e puntare decisamente alla finalità perseguita, ossia la salvaguardia dell'integrità patrimoniale della vittima del dolo. Ancora una volta Pomponio non «definisce» una figura giuridica⁸⁵, e

⁸²) Sul punto BRUTTI, *op. cit.*, p. 18 ss., in particolare 35 ss. ove bibliografia, che parla di «un testo-guida nell'interpretazione dei giuristi medievali». Ha invece negato il rilievo dell'impostazione pomponiana SCIASCIA, *Elegantiae*, cit., p. 379, secondo il quale al giurista severiano «sembra elegante un'interpretazione dell'editto fondata su una approssimazione».

⁸³) Così ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 188, LONGO, *Ricerche*, cit., p. 769, BRUTTI, *op. cit.*, p. 20. Circa il prosieguo di D. 4.3.7.pr., esso conferma il valore centrale attribuito alla dottrina pomponiana, giacché è segnalato come da essa non divergesse una soluzione di Giuliano (di cui sembra escluso un impiego già da parte del nostro giurista). Secondo lo scolarca sabiniano sarà da concedere un'*actio de dolo* contro l'ex schiavo che con raggiri (sul cui contenuto, MACCORMACK, *'Dolus'*, cit., p. 88 e nt. 14 ove bibliografia) abbia ottenuto di essere venduto '*cum peculio*' dal proprio *dominus*, minore di 25 anni, e sia poi stato manomesso dall'acquirente. Come rileva Ulpiano, il minore non avrà a disposizione altra tutela, atteso come – in base a una disciplina pur non così incontrastata come talvolta si è creduto (si veda quanto osservato per D. 4.2.9.2, nonché BRUTTI, *op. cit.*, p. 22 ss.) – non si potesse vanificare la manomissione con una *in integrum restitutio*. In tal senso la conciliabilità, indicata da Ulpiano, fra la tesi di Pomponio e la soluzione di Giuliano appare corretta, ma non del tutto scontata. Sembra quindi preferibile la tesi di chi – come BRUTTI, *op. cit.*, p. 21 ss. – concentra i propri dubbi sul tratto '*hoc enim – in integrum restitutionem*', che è in effetti pedante per un verso e contraddittorio per un altro. Più radicali sospetti di alterazione, fino a suggerire che Giuliano e Ulpiano avrebbero negato non solo la *restitutio in integrum adversus libertatem*, ma anche l'*actio de dolo adversus manumissum*, erano in VAN OVEN, *op. cit.*, p. 273 ss., ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 189 ss., LONGO, *Ricerche*, cit., p. 769. Sembra considerare genuino l'intero brano ZOZ, *op. cit.*, p. 125 s.

⁸⁴) E' quanto, per esempio, abbiamo già rilevato a proposito di D. 2.1.7.2: *supra* I.2.V; ma *amplius supra* III.3.in particolare I-II.

⁸⁵) Su questa assenza terminologica nelle citazioni di Paolo ed Ulpiano dal nostro *ad edictum*, *supra* I.2.III.2.

neppure, stavolta, il valore semantico di un termine o l'accezione in cui considerarlo ai fini della norma indagata⁸⁶: egli piuttosto delimita (stabilisce per eccezione: *excipit*) la portata di una previsione, con un'interpretazione di carattere teleologico, particolarmente attenta alle esigenze di un'effettiva, concreta tutela⁸⁷.

In quest'impostazione finiscono così col trovare la propria ricomposizione e la propria sintesi due linee interpretative, entrambe risalenti a Labeone ma, ai fini della concessione dell'*actio de dolo*, tendenzialmente divergenti. Accanto al filone di cui dà conto D. 4.3.1.4-6, dobbiamo infatti segnalare la teoria conservata nella prima parte di D. 4.3.7.3 (*'Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem'*) e che risulta in qualche modo assorbita, come già rilevato⁸⁸, nell'ampia formulazione pomponiana.

Degna di nota è infine la presenza, accanto a questa indagine sul regime processuale dell'*actio de dolo*, di una puntualizzazione circa un aspetto sostanziale del dolo, quale è tramandata in un paragrafo di D. 4.3.7 studiato anche in altra prospettiva, ossia D. 4.3.7.10⁸⁹. Non è sicuro, ma estremamente

⁸⁶) Come nel caso (ancora) del termine *actio* in D. 44.7.37.pr.: *supra* in particolare III.4.II ove bibliografia.

⁸⁷) In tal senso – avvertita «l'esigenza della reintegrazione concreta del *deceptus*» (così ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà*, cit., p. 50) e scelto di «superare il riferimento all'*actio*, per mostrare come il principio di sussidiarietà sia applicabile a qualunque caso in cui la vittima del dolo abbia in concreto un mezzo per neutralizzarne gli effetti» (le parole sono di BRUTTI, *op. cit.*, p. 21) – possiamo pensare che risultasse contemplata da Pomponio anche l'ipotesi di insolvenza del legittimato passivo all'*alia actio*, in quanto più evidente vi si presenta l'esigenza di concreta tutela del soggetto raggirato (così ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà*, cit., p. 50; diversamente PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 256 – ma *contra* G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria in diritto romano*, Roma, 1942, in particolare p. 6 ss. –, GUARINO, *op. cit.*, p. 275, LONGO, *Ricerche*, cit., p. 769). Se così non fosse, il discorso di Pomponio rivelerebbe una lacuna, tanto più che esso intende chiudere una griglia di soluzioni e indirizzi interpretativi, alcuni dei quali fanno leva proprio sulla insolvenza del convenuto (in altra azione): si vedano soprattutto D. 4.3.7.6 e la seconda parte di D. 4.3.9.3. Un ulteriore, discutibile ridimensionamento di D. 4.3.7.pr. è proposto da GUARINO, *loc. cit.*, riguardo alla «azione di ammorbidimento esercitata dal *quasi* di Pomponio e dall'*elegantior* di Ulpiano». Si tratta di termini e nozioni di cui abbiamo segnalato il ruolo nell'argomentazione dei nostri due giuristi. Di '*quasi*' abbiamo verificato (I.2.II ove bibliografia) il carattere di «Denkform», ampiamente attestata nelle costruzioni pomponiane; di '*elegantior*' la valenza non tanto stilistica quanto indicativa della profondità e finezza di un'elaborazione (*supra* I.2.IV.4 ove bibliografia). Non mi sembra quindi che questi vocaboli possano introdurre un fattore di approssimazione e di dubbio, quasi ad atturare la portata della (ri)definizione pomponiana della sussidiarietà dell'*actio de dolo*.

⁸⁸) *Supra* II.2.III.4.

⁸⁹) Sul passo, ai fini della datazione della nostra opera, *supra* I.4.I.

probabile, che la soluzione del pretore Cecidiano (o Cediciano) che era trascritta da Pomponio, conoscesse già il suo assenso⁹⁰, e che questo si fondasse, sostanzialmente, sulla stessa motivazione indicata da Ulpiano. Opererebbe qui un requisito alla concessione dell'*actio de dolo* – una '*magna et evidens calliditas*', quale non è riscontrabile nell'ipotesi di chi si limiti ad affermare la solvibilità del mutuatario – che è in evidente continuità con la nota definizione labeoniana del dolo⁹¹, ma vi introduce un elemento qualitativo ulteriore⁹², limitando così il possibile ricorso all'azione infamante.

IV. La protezione dei minori di 25 anni

Anche le dottrine pomponiane in tema di *restitutio in integrum* da concedersi ai minori di 25 anni, sono state in parte ripercorse, soprattutto laddove ne abbiamo indagato le ascendenze da Labeone⁹³. Un suo richiamo da parte del nostro autore è esplicito in D. 4.4.13.1⁹⁴, ma il collegamento con la riflessione del giurista augusteo non è da escludere anche per gli orientamenti conservati in D. 4.4.7.2 e D. 4.4.7.7.

Nel primo di questi ultimi passi⁹⁵ leggiamo:

⁹⁰) Come poi quello di Ulpiano, cui è da attribuire il '*quod verum est*'.

⁹¹) Conservata in (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.3.1.2.

⁹²) In merito al quale non sono peraltro mancati i sospetti di alterazione: *supra loc. cit.* ove bibliografia.

⁹³) *Supra* II.2.III.

⁹⁴) '*Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est*'.

⁹⁵) Su cui SOLAZZI, *La minore età*, cit., p. 224 ss., ID., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1935, p. 146 ss., P. CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, in «AUCT.», III, 1949, p. 512 ss., L. BOVE, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in «Labeo», I, 1955, p. 174 s., H. VIDAL, *Le dépôt in aede*, in «RHD.», XLIII, 1965, p. 564, G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle «usurae» c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, p. 16, A. KRÄNZLEIN, *Obligatorische «cura minorum» in Justinianischen Recht?*, in «Studi G. Grosso», IV, Torino, 1971, p. 320 s., G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*. I. '*Cura minorum*' e '*restitutio in integrum*', in «BIDR.», LXXV, 1972, p. 264, R. VIGNERON, *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confertim agere mandati potest*, in «BIDR.», LXXXVII, 1974, p. 488, ID., *Offerre*

Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendum est ei subveniri, quasi gestum sit cum eo. et ideo si minor conveniati debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelleretur solvere. sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius libro vicentesimo octavo scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor minor perdat pecuniam, aut curatoribus solvi, si sunt ...⁹⁶

Il problema iniziale che pone questo testo – al di là di certi sospetti di interpolazione⁹⁷ – è comprendere quanto Ulpiano mutuasse da Pomponio e quanto scrivesse in prima persona. La lettera del passo indurrebbe ad attribuire al nostro giurista solo la seconda parte, ove è ricordata la recente (rispetto a Pomponio)⁹⁸ prassi della ‘*depositio in aedem*’ del credito riscosso dal

aut deponere: de l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation, Liège, 1979, p. 92 ss. ove bibliografia, 110 ss., nonché la *rec.* di L. BOVE, in «*Jura*», XXXI, 1980, p. 164 ss., e di A. BURDESE, in «*SDHI*», XLVI, 1980, p. 566, A. WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Überwertungen*, in «*T.*», XLVIII, 1980, p. 213, M. SARGENTI, *Offerre aut deponere*, in «*Labeo*», XXVIII, 1982, p. 70, G. PUGLIESE, *Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano*, in «*Studi A. Biscardi*», IV, Milano, 1983, p. 486 s., G. CERVENCA, *In tema di «usurae» dovute dai curatori ai «minores XXV annis»*, in «*Jura*», XXXVII, 1986, p. 99, ID., *Osservazioni sul «curator» della donna minore di 25 anni*, in «*Jura*», XL, 1989, p. 29 ss., TAFARO, *Il giurista e l'«ambiguità»*, cit., p. 64 s. e nt. 150 ove bibliografia.

⁹⁶ Il paragrafo si chiude con rilievi attribuibili al solo Ulpiano (così LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 22, fr. 51), e da cui possiamo in gran parte prescindere: ‘... *permittitur etiam ex constitutione principum debitori compellere adulescentem ad petendos sibi curatores. quid tamen: si praetor decernat solvendam pecuniam minori sine curatoribus et solverit, an possit esse securus? dubitari potest: puto autem, si allegans minorem esse compulsus sit ad solutionem, nihil ei imputandum: nisi forte quasi adversus iniuriam appellandum quis ei putet. sed credo praetorem hunc minorem in integrum restitui volentem auditorum non esse*’. Sulle presunte incongruenze fra questa e la precedente parte del frammento – spiegate con interpolazioni che tenessero conto del rescritto diocleziano (a. 294) di C.I. 3.6.2 –, SOLAZZI, *La minore età*, cit., p. 223 ss. (almeno in parte seguito da PUGLIESE, *Appunti*, cit., p. 486 s. nt. 29; diversamente CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*, cit., p. 264 nt. 87). Sull'intervento imperiale cui accenna Ulpiano, VIGNERON, *Offerre*, cit., p. 91 ss., CERVENCA, *Osservazioni*, cit., p. 29 s.

⁹⁷ Si veda – oltre gli autori citati alla nt. precedente – CATALANO, *loc. cit.* (ma una critica è in BOVE, *Gli effetti*, cit., p. 174 s.), nonché il dibattito ricostruito da VIGNERON, *Offerre*, cit., p. 92 ss. e TAFARO, *Il giurista*, cit., p. 64 s. ntt.150 s. ove bibliografia. Di quest'ultimo è condivisibile la posizione conservativa in merito a ‘*hodie*’ (già oggetto di autentici pregiudizi: *supra* I.2.V ove bibliografia), nonché il rilievo circa d'estrema improbabilità ... che i Compilatori introducessero una loro innovazione richiamando, con un riferimento circostanziato, il precedente parere di Pomponio». In particolare, su una difesa del termine ‘*quasi*’, VIGNERON, *Offerre*, cit., p. 96 s. ove bibliografia.

⁹⁸ In proposito VIGNERON, *Offerre*, cit., in particolare p. 105 ss., e SARGENTI, *loc. cit.*, ritengono che il problema degli interessi a favore del minore non si sarebbe potuto presentare prima della metà del II secolo. Decisiva risulterebbe in tal senso – secondo una lettura che tende però ad ampliare il tenore di una più specifica soluzione – la portata del

minore⁹⁹. Tuttavia essa presuppone necessariamente la disciplina indicata all'inizio del frammento, alla cui stregua anche il minore che abbia dilapidato il denaro riscosso da un debitore proprio o paterno dovrà essere tutelato – evidentemente con una *restitutio* nei confronti proprio del debitore¹⁰⁰, '*quasi gestum sit cum eo*'. Diviene così più probabile che una simile questione fosse già sollevata da Pomponio, e risolta nel modo indicato¹⁰¹. Vi affiorerebbero profili ormai noti del suo strumentario interpretativo, a cominciare dal ricorso alla parola (*rectius* «forma di pensiero») '*quasi*', come referente terminologico di un'operazione ermeneutica non secondaria, volta a dilatare, in conformità alla sua *ratio*, la nozione di *gestum*. La tendenza che vi si riconosce è la stessa che tornerà in D. 4.4.7.3, D. 4.4.7.7 e D. 4.4.13.1, né è difficile cogliervi la continuità con la prospettiva attribuita a Labeone nello stesso D. 4.4.13.1 o in (Callistr. 1 *ed. monit.*) D. 4.4.45.pr.¹⁰².

Un confronto con gli orientamenti di Labeone, come accennato a suo tempo, è forse possibile anche per il § 7 di D. 4.4.7¹⁰³:

rescritto di Antonino Pio cui si riferisce (Paul. *l. s. de usuris*) D. 22.1.17.3.

⁹⁹) Il che risparmierebbe al minore il rischio di perdere il credito riscosso, e al debitore quello di essere convenuto una seconda volta, oppure – ove più prudentemente si astenga, proprio in considerazione di questo pericolo, dall'adempiere (è il caso proposto nel testo, e presumibilmente più frequente) – pagare le *usuræ* frattanto maturate.

¹⁰⁰) Una soluzione che può forse sorprendere, ma è l'unica consentita dalla lettera del testo. Non sembra infatti interessare i nostri giuristi il modo in cui quel credito riscosso sia stato dilapidato dal minore: neppure vi è cenno ad un '*gestum*' con altri che sia stato causa del detrimento patrimoniale e che renda la controparte soggetta a *restitutio in integrum*. Né si comprenderebbe altrimenti a quale rischio intendesse sottrarsi il debitore rinviando l'adempimento, o perché migliorasse la sua situazione la *depositio in aedem* del denaro o il suo pagamento ai *curatores* (ovvero al minore, se vi era stato in tal senso un ordine del pretore). Nel senso indicato già VIGNERON, *Offerre*, cit., p. 92.

¹⁰¹) E' difficile ipotizzare un contesto diverso, sempre proveniente dal XXVIII libro, ove Pomponio potesse inserire la previsione leggibile nella seconda parte del testo. E' quindi condivisibile l'inclusione del primo tratto operata da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 22, fr. 51.

¹⁰²) Ove non solo è estesa la nozione di '*gestum*', ma anche di minore, se è vero che questi doveva essere concepito ma non ancora nato quando si è perfezionato l'atto (usucapione) a lui pregiudizievole: '*Etiā ei, qui priusquam nasceretur usucaptum amisit, restituendam actionem Labeo scribit*'. Sul punto, F. MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto», II, cit., p. 57 s.

¹⁰³) Si vedano al riguardo C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fidecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, p. 263, S. SOLAZZI, *Note sparse al Digesto*, in «AAN.», LXIII, 1950-51, ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 293 ove bibliografia, G.P. HOFMANN, N. PROTO PISANI, *De optione vel electione legata*, in «Labeo», II, 1956, p. 41, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 519, DI SALVO, «*Lex Laetoria*», cit., p.

Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit et si sine dolo cuiusquam legatum repudiaverit, vel in optionis legato captus sit dum elegit deteriolem, vel si duas res promiserit illam aut illam et pretiosiolem dederit, debere subveniri: et subveniendum est.

Si tratta di tre ipotesi ben distinte, tutte risolte da Pomponio e Ulpiano nel senso di accordare al minore la tutela edittale¹⁰⁴. Le prime due attengono all'acquisto di un legato (dobbiamo presumere che il soggetto contro cui potrà essere accordata la *restitutio in integrum* sia l'erede), mentre l'ultima riguarda l'adempimento di un'obbligazione alternativa: la sequenza delle fattispecie riproduce una peculiarità dell'esposizione dei *prudentes* romani che non si sviluppa secondo una progressione sistematica ma piuttosto in virtù di accostamenti tra figure anche lontane, sulla base della sola scoperta di un'analogia strutturale, o comunque funzionale all'argomentazione svolta.

Ciò che più rileva è il riferimento al raggio sofferto, che appare come un requisito per l'attivazione della tutela pretoria nel solo caso del *legatum optionis*¹⁰⁵, mentre è esplicitamente escluso nell'ipotesi di rifiuto del legato, e lo è con ogni probabilità anche in quella dell'adempimento della prestazione più gravosa fra le due possibili. Tale difformità stupisce senz'altro in Pomponio (e a maggior ragione in Ulpiano)¹⁰⁶, soprattutto se pensiamo a certe somiglianze che intercorrono, anche in relazione al tipo di documento subito dal minore, fra le ultime due ipotesi. Certo non mancano possibilità interpretative che consentano, almeno in parte, di recuperare la logica di questa difformità di disciplina¹⁰⁷; quello che comunque vi possiamo scorgere è il rilievo assoluta-

72, WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger*, cit., p. 210, MUSUMECI, *L'interpretazione*, cit., p. 43.

¹⁰⁴) Come rileva ALBANESE, *loc. cit.*, «l'*in integrum restitutio* poteva esser concessa non solo in relazione a negozi da cui fosse risultato un impoverimento, ma anche in relazione a negozi da cui potessero derivare, per i minori, rischio di liti o spese, o anche un mancato vantaggio patrimoniale» (analogamente MUSUMECI, *loc. cit.*). Questa la situazione per come recepita da Ulpiano: si veda soprattutto, nella seconda direzione indicata da Albanese, (11 *ad ed.*) D. 4.4.6, che riecheggia l'opinione labeoniana di D. 4.3.7.3.

¹⁰⁵) L'accento alla circostanza che il minore sia stato *captus* può stupire, in confronto con l'assenza di un'analoga previsione nelle altre ipotesi. Tale soluzione è inserita da HOFMANN, PROTO PISANI, *loc. cit.*, in quella corrente giurisprudenziale – attestata soprattutto in D. 4.3.9.1 e D. 47.2.81.2 – che tendeva a favorire il legatario ogni volta che la sua scelta fosse viziata da dolo dell'erede.

¹⁰⁶) Il quale, in D. 4.4.7.3, fondava proprio sulla prova della *circumventio* sofferta (assieme all'effettiva minore età) il superamento delle distinzioni pomponiane a proposito della tutela per il minore fideiussore.

¹⁰⁷) Potremmo supporre che risulti sottinteso, nell'ultima ipotesi, il '*captus sit*' del caso precedente, il che consentirebbe di isolare l'esclusa necessità del raggio alla sola fattispecie

mente centrale, che Pomponio attribuiva – a fianco (o anche in luogo) dell'ap-profittamento doloso del terzo – all'elemento dell'inesperienza e della legge-rezza giovanile, quale causa dell'impoverimento o del mancato guadagno, e perciò motivo di applicazione della *restitutio* pretoria. E' lo stesso profilo privilegiato in D. 4.4.11.4, e del quale può anche ipotizzarsi – stando a una recente lettura di (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.16.1¹⁰⁸ – una nuova ascendenza labeoniana.

Quel che soprattutto viene recuperato da quel modello¹⁰⁹ è l'attenzione al carattere reale della tutela pretoria, quale consente – sebbene l'editto si riferisca espressamente alle sole negoziazioni intervenute col minore – la *restitutio* anche in presenza di una doppia alienazione, di cui la seconda fra l'avente causa dal minore e un terzo non '*ignorans*'. Ma anche qualora questi fosse all'oscuro delle modalità della prima alienazione, e tuttavia il suo dante causa sia insolvente, alla sua tutela sarà sempre anteposta, per ragioni di equità, quella del minore, che otterrà così la *restitutio*¹¹⁰.

Analogamente a quanto rilevato in tema di dolo, la solvibilità del legittimato passivo¹¹¹ ricorre quindi come criterio determinante per la concessione dei mezzi edittali anche nei confronti di un altro soggetto. Una prospettiva che conferma l'importanza attribuita da Pomponio al momento dell'effettività nella protezione dell'integrità patrimoniale del minore, quale del resto sorregge anche le altre soluzioni. Così, se in D. 4.4.13.1 era l'intero sintagma edittale '*cum minore ... gestum*' ad essere liberamente interpretato,

del rifiuto del legato, mentre esso tornerebbe essenziale laddove l'alternatività dei beni da acquistare o consegnare renda meno eclatante il pregiudizio sofferto dal minore, e consigli di vanificare gli effetti della sua incauta scelta solo ove vi abbia inciso il dolo dell'erede o del creditore. Una simile interpretazione può essere discussa sul piano logico, dal momento che da un lato sembra più anomalo e conseguente a una '*inconsulta facilitas*' (cui ci si richiamava in D. 4.4.11.4) il rifiuto di un legato che la scelta meno vantaggiosa operata in un *legatum optionis* o in un'obbligazione alternativa. È però vero che, di fatto, sono immaginabili ipotesi in cui una condotta improvvida in quest'ultima scelta può risultare economicamente più pregiudizievole dello stesso rifiuto del legato. Quello che poi rende particolarmente scettici circa una simile lettura è il rilievo letterale che l'espressione '*captus sit*' non può considerarsi, da un punto di vista sintattico, realmente sottintesa nell'ultima proposizione, a meno che si pensi a qualche rielaborazione posteriore.

¹⁰⁸) L'interpretazione cui mi riferisco è quella di MUSUMECI, *op. cit.*, p. 46 ss., in particolare 54: *supra* II.2.III.5.

¹⁰⁹) Secondo esiti significativamente difforni dalle coeve posizioni di Giuliano e Gaio: si veda quanto rilevato *supra* II.2.III.5 a proposito di (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.13.1.

¹¹⁰) Questo il contenuto del già ricordato (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.13.1: *supra loc. cit.*

¹¹¹) Quale potrebbe essere anche l'erede di chi '*a minore rem accepit*', secondo quell'(unico) elemento di complicazione che viene introdotto nella fattispecie di D. 4.4.14 rispetto a D. 4.4.13.1.

altrove è dilatata la nozione di *'gestum'*, così da garantire tutela anche al minore cui sia stato adempiuto un credito proprio o paterno e abbia poi dilapidato il denaro¹¹², a quello che sia intervenuto come garante in un'obbligazione assunta da altri¹¹³, oppure abbia rifiutato un legato, o scelto la soluzione a sé più sfavorevole in casi di *legatum optionis* od obbligazione alternativa¹¹⁴.

A questa dilatazione delle ipotesi negoziali per cui Pomponio stimava – talvolta non senza contrasti¹¹⁵ – operante la *restitutio in integrum*, si accompagna un certo rigore riguardo ad altri requisiti. Così egli riteneva «semplicemente» inutilizzabile la tutela pretoria a favore di un minore contro un altro minore, come apprendiamo da (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.4.11.6¹¹⁶. Né le limitazioni si arrestavano a questo elemento soggettivo, se è vero che non il semplice pregiudizio sofferto dall'infraventicinquenne legittimava l'intervento magistratuale, ma solo qualora – anziché essergli occorso accidentalmente, ed essere perciò indipendente dallo squilibrio determinato dalla minore età – fosse diretta conseguenza della *'inconsulta facilitas'* del minore, che quindi sia stato *'captus'*¹¹⁷.

Un requisito, quest'ultimo, che torna espressamente anche nell'ipotesi di scelta pregiudizievole relativa a un *legatum optionis* (e forse anche nell'adempimento della più sfavorevole obbligazione alternativa), mentre da un vero e proprio dolo della controparte può ad esempio prescindersi nel caso – obiettivamente lesivo degli interessi del minore – di rifiuto di un legato¹¹⁸. Ma è anche un requisito che Ulpiano avrebbe recepito e persino radicalizzato, sino a superare le stesse distinzioni di Pomponio in tema di fideiussione prestata dal minore, e stimare sempre operante la sua protezione laddove sia

¹¹²) E' il caso di D. 4.4.7.2.

¹¹³) Come in D. 4.4.7.3.

¹¹⁴) Sono le ipotesi contemplate in D. 4.4.7.7.

¹¹⁵) Si pensi solo a D. 4.4.7.3 (ove anche l'eco di ulteriori posizioni giurisprudenziali, come quella dei *'distinguentes'* cui aderiva Pomponio) e al confronto a suo tempo accennato fra D. 4.4.13.1 e D. 4.4.14 e alcuni orientamenti di Gaio e Giuliano.

¹¹⁶) *'Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. puto autem inspiciendum a praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit et ille perdidit, melius est causa secundum Pomponius eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit'*. Un esame di questo paragrafo (come del § 4) di D. 4.4.11, *supra* I.2.IV ove bibliografia.

¹¹⁷) Quest'orientamento di Pomponio è riportato nel già citato D. 4.4.11.4: *'Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. et ita et Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. unde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui. neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem'*.

¹¹⁸) Sono tutte ipotesi contemplate in D. 4.4.7.7.

provata la 'circumventio' sofferta¹¹⁹.

V. Altre ipotesi di «in integrum restitutiones»

V.1. Il caso del 'falsus tutor'

Quanto alle altre figure di *restitutio in integrum*, rileva in primo luogo la notevole libertà interpretativa¹²⁰ con cui Pomponio si muove rispetto a quella prevista per quanto sia stato 'gestum' sotto l' 'auctoritas' di un falso tutore¹²¹. Una libertà che Ulpiano, ancora attento ai limiti e alle lacune di questa disposizione¹²², avrebbe registrato in (12 ad ed.) D. 27.6.1.3-5¹²³:

- (3) Sed Pomponius libro trigensimo scribit interdum quamvis a non tutore gestum est, non pertinere ad hanc partem edicti: quid enim si duo tutores, alter falsus, alter verus auctoritatem accomodaverint, nonne valebit quod gestum est?
(4) Item hoc edictum licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint, qui tutores non erant, tamen locum habere debere Pomponius libro trigesimo scribit. (5) Idem Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctori-

¹¹⁹) Questo è il profilo su cui discosta la posizione di citato e referente in D. 4.4.7.3.

¹²⁰) Cui abbiamo già accennato, con particolare riferimento a D. 27.6.1.4, *supra* III.3.II.

¹²¹) Sul tenore e la *ratio* della norma editale Ulpiano ci informa nel tratto iniziale del frammento che riproduce anche le dottrine pomponiane, ossia (12 ad ed.) D. 27.6.1: 'Huius edicti aequitas non est ambigua, ne contrabentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur. (1) Verba autem edicti haec sunt. (2) 'Quod eo auctore' inquit 'qui tutor non fuerit'. verbis edicti multa desunt: quid enim si fuit tutor, is tamen fuit qui auctoritatem accomodare non potuit? puta furiosus vel ad aliam regionem datus'. Ma si veda anche il § 6: 'Ait praetor: 'si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem'. Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit'.

¹²²) Nonostante l'iniziale *laudatio edicti* – condotta, come accade più volte (pensiamo solo al notissimo Ulp. 4 ad ed., D. 2.14.1.pr.), sul piano di una valutazione equitativa – egli avrebbe infatti sottoposto la normativa pretoria a una disamina non priva di spunti critici (con censure di incompletezza: 'verbis edicti multa desunt').

¹²³) Su questi paragrafi, BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 67 s., F.M. DE ROBERTIS, *La protutela nel diritto romano (sulla gestione a non tutore dei negozi pupillari)*, Bari, 1956, p. 32, S. SOLAZZI, «Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur», ora in *Scritti*, II, cit., p. 595 ove bibliografia, 601, MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 347, B. VONGLIS, *Sententia legis. Recherches sur l'interprétation de la loi dans la jurisprudence classique*, Paris, 1967, p. 105, ID., *La lettre et l'esprit de la loi*, cit., p. 104 ss., nonché la *rec.* di A. CARCATERRA, in «*Iura*», XX, 1969, p. 627, SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., p. 230 ss., F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in «ZSS.», XCIV, 1977, p. 11, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 508, M. KASER, «*Ius honorarium*» und «*ius civile*», in «ZSS.», CI, 1984, p. 13, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., p. 205, G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, in «SDHI.», LXIII, 1997, p. 354.

tem accomodaverit nihilo minus hoc edictum locum habere, nisi forte praetor decrevit ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure.

Segnalata l'inadeguatezza del dettato edittale (*quod eo auctore qui tutor non fuerit*) a disciplinare il caso in cui effettivamente sussista un tutore, ma impossibilitato a prestare la propria *auctoritas* – Ulpiano prosegue nella stessa direzione¹²⁴ avvalendosi dell'ipotesi profilata da Pomponio¹²⁵, secondo il quale è comunque possibile che l'*in integrum restitutio* non sia concessa anche in presenza di un negozio gerito da un *falsus tutor*, per esempio ove a questi si sia unito, nel prestare l'*auctoritas*, un tutore pienamente legittimato¹²⁶.

Ancora al caso di una pluralità di tutori – ora tutti falsi – si riferiscono i due giuristi nel § 4, ove Pomponio¹²⁷ «corregge» la previsione pretoria nel senso di ritenere applicabile il rimedio anche ove non uno, ma più siano stati i *falsi tutores* intervenuti¹²⁸. Ugualmente, il nostro editto troverà attuazione, secondo l'autore antoniniano, nel caso (§ 5) in cui a prestare l'*auctoritas* non sia stato direttamente il (falso) tutore, ma colui che abbia *pro tutore* concluso dei negozi riguardanti il pupillo¹²⁹, a meno che il pretore non abbia disposto la ratifica del negozio così posto in essere, talché esso, invalido *ipso iure*, avrà comunque una sua efficacia in virtù della tutela apprestata dal magistrato¹³⁰. La lettura spregiudicata del dettato edittale consentiva quindi una nuova

¹²⁴) Nonostante un *'sed'* di peraltro dubbia tradizione: già T. MOMMSEN *ad b. l.*

¹²⁵) Il cui ricordo svolge qui un ruolo essenziale; non a caso il nostro giurista appare l'interlocutore pressoché esclusivo in questo tratto del commentario ulpiano, in cui non troviamo altri riferimenti giurisprudenziali, se non a Labeone in D. 27.6.9.1 e a Giuliano in D. 27.6.11.3.

¹²⁶) Sulla *'auctoritas'* di uno solo come sufficiente anche in presenza di più tutori – stavolta tutti idonei – Pomponio tornava nel XVII libro *ad Sabinum*: D. 26.8.4.

¹²⁷) Riscuotendo, evidentemente, l'adesione di Ulpiano, non nuovo a interpretazioni simili: pensiamo per esempio a 14 *ad Sab.*, D. 38.4.1.1: *'quamvis singulari sermone senatus consultum scriptum est, tamen et pluribus liberis et plures libertos libertasve posse assignari certum est'*.

¹²⁸) E' «de défaut de la loi qui motive l'interprétation extensive», secondo VONGLIS, *La lettre*, cit., p. 105: «ce défaut peut consister ... dans l'emploi d'une forme grammaticale, d'une singulier par exemple, qui semble restreindre arbitrairement le domaine d'application de la loi».

¹²⁹) Sull'equiparazione da parte di Pomponio, quanto a *fides* e *diligentia* da *praestare*, fra tutore e *'qui pro tutore negotia gerit'*, si veda (16 *ad Q. Muc.*) D. 27.5.4, su cui, per tutti, CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., p. 203 ss. ove bibliografia.

¹³⁰) E' più incerto se in quest'ultimo tratto prosegua l'argomentazione pomponiana oppure riprenda a parlare il solo Ulpiano. Problemi diversi presentava il periodo in parola, ritenuto frutto di interpolazione, per SEILER, *Der Tatbestand*, cit., p. 231 ove bibliografia, il quale al contrario difendeva, contro Beseler, la genuinità della prima parte del testo.

definizione dell'ambito di applicabilità dei rimedi pretori, così da ammettere una *restitutio in integrum* solo laddove – quale che fosse il numero e l'atteggiamento degli apparenti tutori – fosse stato leso l'interesse di chi aveva negoziato confidando nella loro 'auctoritas'.

A un'altra forma di tutela prevista per analoghe fattispecie – ossia l'*actio in factum* per il risarcimento di eventuali danni concessa contro chi, senza esserlo, si fosse dolosamente comportato come tutore¹³¹ – Pomponio guardava, pur in qualche modo connettendola alla *restitutio in integrum*, in un altro passo, del quale abbiamo già esaminato le ragioni dell'approvazione ulpiana. Mi riferisco a (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 27.6.7.3¹³², ove troviamo la «corretta» opinione di Pomponio secondo cui nel computo di quel risarcimento dovranno ricomprendersi anche le spese sostenute dall'attore per ottenere la *restitutio in integrum*: previsione che contribuisce, assieme a quelle riportate in D. 27.6.1.3-5, a rendere quest'ultima uno strumento di effettiva reintegrazione patrimoniale, fruibile qualora davvero non sussistesse alcuna 'auctoritas' tutoria, e senza che i relativi costi dovessero essere sopportati dal soggetto danneggiato.

E' poi sull'*exemplum* dell'*actio in factum* cui accennavamo che Pomponio avrebbe accordato – seguendo la medesima *ratio* che sorreggeva le precedenti soluzioni – un'azione (anch'essa, ovviamente, *in factum*) per il risarcimento dei danni contro chi non si sia spacciato per tutore, ma si sia dolosamente adoperato perché un terzo ignaro, e anch'esso non tutore, prestasse la propria 'auctoritas'¹³³.

V.2. Ulteriori fattispecie

Inevitabilmente più disorganico è il quadro delle testimonianze pomponiane relativo al successivo paragrafo editale, con le ulteriori figure di *restitutiones* a favore di ultraventicinquenni che esso introduceva. Abbiamo già guardato, per la contestuale citazione di Labeone, Giuliano e Pomponio, alla particolarissima

¹³¹) Sul punto, per tutti, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 508. La relativa previsione editale è trascritta da Ulpiano in D. 27.6.7.pr.

¹³²) 'Pomponius libro trigesimo recte scribit etiam sumptuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo'. Sul testo, *amplius supra* I.2.IV ove bibliografia.

¹³³) Il testo cui guardare è (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 27.6.9.pr. ('*Huius actionis exemplo Pomponius libro trigesimo primo scribit dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius*'), analizzato *supra* III.5.VI.1 ove bibliografia.

fattispecie indagata in (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 4.6.17.1¹³⁴, di cui è adesso sufficiente rilevare la riferibilità a quelle forme di tutela approntate a favore del ‘*miles*’, un cui rafforzamento era proposto, da Giuliano e Ulpiano, anche nel *principium* dello stesso frammento.

Contiguo, ma «rovesciato», è il contesto in cui si pone (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 4.6.28.6¹³⁵, dove Pomponio – nell’ambito dell’azione rescissoria esperibile (anche) contro il ‘*miles*’ che sia stato ‘*rei publicae causa absens*’ – stimava oggetto di restituzione anche i frutti venuti ad esistenza nel periodo dell’assenza (e dell’*indefensio*) del militare¹³⁶. E’ una previsione significativamente svolta sul filo dell’equità, e dove ricorre la stessa attenzione al regime dei frutti in sede di restituzione che abbiamo rinvenuto – ancor più circostanziata e tesa a un ampliamento del ‘*quod restituendum*’ – in (Paul. 21 *ad ed.*) D. 6.1.33¹³⁷. Ne emerge una disciplina che Ulpiano considererà ancora valida, ma non senza completarla nel senso che la medesima restituzione dei frutti gioverà, giacché ‘*utrimque actio erit*’, al militare ove sia questi a ricorrere alla tutela prevista nel nostro editto.

Evidenti risultano le analogie, sebbene sia diverso il soggetto contro o a favore del quale è prevista l’*in integrum restitutio*, nel caso di (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 4.6.26.1¹³⁸, in cui il nostro giurista, sulla base della ‘*clausola generalis*’ prevista nell’editto¹³⁹, stimava da concedere la *restitutio* anche contro chi abbia subito la *relegatio*, mentre escludeva che quest’ultimo potesse fruirne, giacché la sua assenza può essere a lui imputata (potendo – e non avendolo fatto – lasciare

¹³⁴) ‘*Enum quoque cui sic legatum sit: vel in annos singulos, quibus in Italia esset, restituendum, ut capiat, atque si in Italia fuisset, et Labeo scribit et Iulianus libro quarto et Pomponius libro trigensimo primo probant: non enim dies actionis exit, ubi praetoris auxilium necessarium erat, sed condicio in causa est*’. Un esame del frammento *supra* II.2.III. ove bibliografia.

¹³⁵) ‘*In actione rescissoria, quae adversus militem competit, aequissimum esse Pomponius ait eius quoque temporis, quo absens defensio non est, fructus eum praestare: ergo et militi debebunt restitui: utrimque actio erit*’. Su questo passo, da ultimo, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 423.

¹³⁶) Evidente la contiguità dell’ipotesi con quella esaminata dal referente nel paragrafo precedente: ‘*exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio ei, qui rei publicae causa affuit, competit: forte si res ab eo possessionem nanto vindicentur*’.

¹³⁷) Sul quale *supra* II.2.II.3 ove bibliografia. Una problematica relativa alla determinazione dei frutti (o loro *aestimatio*) restituendi, è affrontata anche in (Ulp. 17 *ad ed.*) D. 7.6.5.4.

¹³⁸) ‘*Adversus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausola Pomponius ait: sed non et ipsi concedendam, quia potuit procuratorem relinquere: ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum*’. Una più analitica disamina del passo *supra* I.2.V.

¹³⁹) Su cui siamo informati soprattutto (ma non solo) grazie a (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 4.6.1.1.

un *procurator*). Come in D. 4.6.28.6 la simmetria nei mezzi processuali favorevoli o avversi al soggetto indicato dal pretore («*miles*» o «*relegatus*») – simmetria taciuta o incrinata da Pomponio – era poi ricomposta da Ulpiano¹⁴⁰, che pure da quello muoveva per la regolamentazione della prima ipotesi.

Sebbene non sia riconducibile a questa parte del commento pomponiano al «*De in integrum restitutionibus*», e si trovi anzi fuori *sedes materiae*, merita infine attenzione un passo proveniente dall'analisi pomponiana circa limiti e divieti di *postulare*¹⁴¹, quale (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.9-10¹⁴²:

(9) Deinde adicit praetor: 'Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit'. eum 'qui ex his, qui supra scripti sunt' sic accipe: si fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur et nisi pro certis personis postulare prohibentur: ceterum si ex superioribus, difficile in integrum restituito impetrabitur. (10) De qua autem restitutione praetor loquitur? utrum de ea quae a principe vel a senatu? Pomponius quaerit: et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. an autem et praetor restituere possit, quaeritur: et mihi videtur talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi ex officio iurisdictionis suae subvenerunt: ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, ceterisque speciebus quas sub titulo de in integrum restitutione exsequemur pro qua sententia est, quod si quis famoso iudicio condemnatus per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi.

¹⁴⁰ Ad avviso del quale, infatti, la tutela sarà da concedere anche al «*relegatus*», secondo una forma di integrazione rispetto alla dottrina citata che ne rende stavolta più evidente la critica e il superamento, e non tanto l'estensione della *ratio* a una previsione ancora non espressa.

¹⁴¹ Abbiamo cercato di offrirne un quadro *supra* III.4.IV.

¹⁴² Su questi paragrafi (e in particolare sul secondo, unico che conservi dottrine pomponiane), G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in «ZSS.», LVI, 1936, p. 83, DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 204, 223 s., CARRELLI, *Decretum e sententia*, cit., p. 147 ss. ove bibliografia, KASER, *Infamia und ignominia*, cit., p. 232 s. e nt. 64, F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, p. 165, J. GAUDEMET, *Il Senato e il Principe*, in «Labeo», IV, 1958, p. 340, LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, cit., p. 128 s. nt. 4, RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., p. 91, CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, cit., p. 27 e nt. 64, 28 s. ove altra bibliografia, M. SARGENTI, *Studi sulla «restitutio in integrum»*, in «BIDR.», LXIX, 1966, p. 287 s., FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, cit., p. 202, 215, VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, cit., p. 168 s e nt. 5 ove bibliografia, ZILLETTI, *Note sulla restitutio in integrum damnatorum*, cit., p. 52, ZOZ, «*Restitutio in integrum*», cit., p. 118, M. KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 182, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 406, 408, 413, MANCUSO, *Praetoris edicta*, cit., p. 351 s. nt. 44, 363, T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Imperium mixtum*». Ulpiano, *Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in «Index», XVIII, 1990, p. 118, G. BUIGUES OLIVER, *La rescision de los hechos y actos jurídicos en derecho romano (Premisas para un estudio de la Restitutio in integrum)*, Valencia, 1992, p. 30 s., 36, SOLIDORO MARUOTTI, *La «giurisdizione civile» del «praefectus urbi»*, cit., p. 174, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 185, 422, 460.

Il testo probabilmente risente, nella sua attuale stesura, di interventi posteriori, che peraltro non impediscono di apprezzare la portata della *quaestio* e delle soluzioni pomponiane¹⁴³. Il loro contesto è rappresentato dalla previsione pretoria secondo cui il divieto relativo di *'postulare'* (che cioè non impedisse tale attività a favore di determinate persone)¹⁴⁴ opererà solo laddove non sia intervenuta, a ripristinare la situazione antecedente alla condanna da cui scaturisce tale incapacità, una *restitutio in integrum*¹⁴⁵. Pomponio fu il primo – a quanto attesta Ulpiano – a interrogarsi sul delicato problema dell'organo legittimato al provvedimento cui accennava il pretore; né la sua risposta – per quanto non pienamente soddisfacente rispetto al quesito¹⁴⁶ – può stupire in un contesto ove è persino dubbia l'esistenza di precisi confini fra le competenze del principe e del senato, ed è anzi probabile che essi venissero ridisegnati volta per volta, secondo il rapporto intercorrente fra il singolo principe e l'assemblea senatoria¹⁴⁷.

Alla *restitutio in integrum* concessa, previo *decretum*¹⁴⁸, dal pretore, Ulpiano

¹⁴³) Si vedano – per varie ipotesi di alterazioni formali, e uno scetticismo assai meno esasperato che in un Beseler (ma anche in DE MARTINO, *op. cit.*, p. 223 s., in gran parte seguito da RAGGI, *op. cit.*, p. 91) – CERVENCA, *Studi*, cit., p. 28 nt. 68. Sostanzialmente conservativa, almeno per il primo tratto del § 10, la lettura di ZILLETTI, *Note*, cit., 52.

¹⁴⁴) Che il pretore si riferisse solo ai destinatari di questo tipo di divieto, non doveva risultare chiaramente dall'editto, se ancora Ulpiano avvertiva l'esigenza di precisarlo nel § 9, trascritto nel testo. Non vedo perché continuasse a pensare ai *'tres ordines paretoris* circa il divieto di *postulare pro aliis*», CARRELLI, *op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁵) Parla in proposito di *'restitutiones in integrum ... concesse in campo criminale, come provvedimenti di grazia*», CERVENCA, *Studi*, cit., p. 28 s. Accenna a *'medidas de gracia*», BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 36. Nello stesso senso, e con una proficua accentuazione del significato politico del fenomeno, già DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 163 ss.

¹⁴⁶) Proposto in termini alternativi, come se esistesse una *restitutio in integrum* concessa dal senato e una dal principe, mentre si risponde facendo riferimento a un unico provvedimento, di volta in volta emanato da questo o quell'organo.

¹⁴⁷) In questi termini, ZILLETTI, *op. cit.*, p. 52. Secondo DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, p. 165, si potrebbe invece pensare che *'almeno formalmente la restitutio dovesse, anche in piena età classica, risalire ad una deliberazione senatoria, e che la partecipazione imperiale all'atto, in sostanza preminente, consistesse nel provocare la decisione dell'assemblea*». Un'ipotesi non facilmente dimostrabile (e su cui anzi pesa forse l'analogia di altre esperienze del senato, come quella di *'senatusconsulta'* ed *'horationes in senatu habitae'*), ma certo suggestiva. Ne risulterebbe accentuato anche il significato della posizione di Pomponio, pronto a riconoscere – anche oltre le forme del diritto – l'effettività dei poteri politici e dei soggetti pubblici da cui promanava l'*in integrum restitutio*.

¹⁴⁸) Il nostro è in effetti uno dei pochi testi ove si fa riferimento a un *decretum* di *in integrum restitutio*: il dato era diversamente interpretato da CARRELLI, *op. cit.*, p. 147 ss., CERVENCA, *Studi*, cit., p. 27 ss., ZOZ, *op. cit.*, p. 118 e nt. 8.

avrebbe invece guardato con maggiore scetticismo, dubitando che nella maggior parte dei casi ad essa fossero attribuibili effetti analoghi a quelli del provvedimento emanato dagli altri due organi¹⁴⁹. Ma il problema doveva essere già noto a Pomponio, il quale avrebbe escluso il divieto relativo di 'postulare' imposto a quanti fossero stati condannati in un giudizio infamante, qualora avessero poi ottenuto un'assoluzione a seguito di *in integrum restitutio* pretoria. Nella particolarità, quasi marginale, di queste disposizioni, si ricomponevano così, agli occhi di Pomponio, i tre protagonisti che nella produzione e applicazione del *ius* si erano imposti, secondo mutevoli rapporti di forza, fra I e II secolo¹⁵⁰. Solo apparentemente ne era esclusa la giurisprudenza, che viceversa presiedeva – ancora nell'ottica di Ulpiano – alla corretta intelligenza della previsione pretoria, all'enucleazione della sua logica¹⁵¹ e all'individuazione dei mezzi giurisdizionali a cui in essa si alludeva, e dei soggetti legittimati alla loro emanazione.

¹⁴⁹) Peraltro il tratto in questione era radicalmente sospettato da DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 223 s., da cui non sembra discostarsi BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁰) Ossia, naturalmente, principe, senato e vecchie magistrature repubblicane: accanto ad essi è stato ipotizzato, ma con scarso conforto nelle fonti, anche un ruolo del *populus* (si veda BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 36 ove bibliografia).

¹⁵¹) Il che è evidente soprattutto nel § 9, laddove le parole dell'editto, se interpretate diversamente da come suggeriva il giurista severiano, risulterebbero prive di senso: '... *ceterum si ex superioribus, difficile in integrum restitutio impetrabitur*'.

