

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA

STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

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

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

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Francesco Arcaria

Università degli Studi di Catania

Il praetor nel terzo libro del *De omnibus tribunalibus* di Ulpiano

1. Uno spunto di Ferdinando Zuccotti – 2. D. 47.10.35 – 3. D. 2.1.16 e 1.21.2 – 4. D. 49.1.11 – 5. Conclusioni.

1. In un articolo pubblicato nel nono numero della sua *Rivista di Diritto Romano* dal titolo *Vivagni. IX. Nuove personali opinioni sulla storia della 'provocatio ad populum'*. *Uno scandalo romanistico*, Ferdinando Zuccotti osservava (p. 19 nt. 81) che, stando al sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità 'BIA' (*Bibliotheca Iuris Antiqui*), D. 47.10.35 sia l'unico passo del Digesto in cui compare il termine 'acriter'.

2. Ed è proprio da questo spunto dell'Onorato che prende le mosse la presente indagine, avente ad oggetto, in primo luogo, l'esame appunto di D. 47.10.35, che è il terzo di quattro frammenti provenienti dal terzo libro del *De omnibus tribunalibus* di Ulpiano, D. 2.1.16, 1.21.2, 47.10.35 e 49.1.11, dei quali i primi due, riferentisi al *praetor*, al *praeses* ed alla *iurisdictio mandata*, vennero ricompresi sotto la rubrica *De mandata iurisdictione* dal Lenel¹, il quale, preso atto del fatto che il loro contenuto nulla aveva a che vedere con quello degli altri due, l'*iniuria* in D. 47.10.35 e l'*appellatio* in D. 49.1.11, non propose per questi ultimi, verosimilmente a causa dell'appena evidenziata palese diversità della materia trattata in ciascuno di essi, una rubrica all'interno della quale inserirli²:

¹) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, p. 995.

²) Ciò che si vince dall'inserimento di un asterisco tra D. 1.21.2 ed il brano successivo, che, come lo stesso Lenel chiarisce nella *Praefatio* (p. 2) del primo volume (Lipsiae, 1889) della sua opera, viene utilizzato «ut indicarem ea quae sequuntur cum rubrica praecedente non coharere». E questo perché «non pauca extare fragmenta quae ad suas rubricas referri non possunt neminem mirum habebit, cum multa sint, quae ne coniecturae quidem ansam praebeant».

D. 47.10.35 (Ulp. 3 de omn. trib.): Si quis iniuriam atrocem fecerit, qui contemnere iniuriarum iudicium possit ob infamiam suam et egestatem, praetor acriter exequi hanc rem debet et eos, qui iniuriam fecerunt, coercere.

Ulpiano afferma che se qualcuno avrà commesso un'*iniuriam atrocem* (*Si ... fecerit*), consapevole di potersi fare beffe dell'*iniuriarum iudicium* per essere già infame³ e nullatenente (*qui ... egestatem*)⁴, il pretore dovrà sanzionare energicamente attraverso la *coercitio* il comportamento di coloro che si sono resi autori dell'*iniuria* (*praetor ... coercere*)⁵.

Il Balzarini⁶ ha convincentemente difeso la genuinità del testo dalle accuse di non autenticità mosse – sulla base di motivi di ordine formale e della pretesa origine postclassica dei *libri de omnibus tribunalibus* – dal Beseler in più di uno scritto⁷ e – più recentemente e sulla base del passaggio dal singolare dell'iniziale *Si quis* al plurale del finale *eo, qui* – dal Raber⁸, negando decisamente l'esistenza di motivazioni plausibili del supposto rimaneggiamento che possano togliere al frammento il valore di testimonianza del diritto classico: «Non si vede, infatti, né quale senso avrebbe potuto avere, nella visuale postclassico-giustiniana, la menzione del *praetor* (che scompare in Bas. 60.21.34), né in cosa sarebbe potuta consistere la presunta innovazione rispetto al diritto precedente. Qualora, infatti, il testo originario non avesse nulla a che vedere con la *coercitio*, non se ne potrebbe comprendere in alcun modo il senso. Si dovrebbe, allora, attribuire l'intera paternità del brano (salvo '*praetor*') ai presunti rimaneggiatori. E – ripeto – a che 'pro'? Tanto più che il meccanismo descritto nel brano può trovare una spiegazione nell'ambito della complessità normativa e strutturale dei processi d'età classica, mentre la sua descrizione si risolverebbe in una banalità se riferita a un sistema processuale unitario e improntato a elasticità quale quello delle età successive»⁹.

Ora, al di là di alcuni aspetti interessanti del testo, che sono stati indagati con acribia e messi in luce debitamente dalla Kroppenbergs¹⁰, come il richiamo al-

³) Sul riferimento del testo all'*infamia* v. M. KASER, '*Infamia*' und '*ignominia*' in den römischen Rechtsquellen, in ZSS, 73, 1956, p. 252 e nt. 142, 268 e nt. 227.

⁴) Sul significato del termine '*egestatem*' v. J. ROUGÉ, *Aspects de la pauvreté et des ses remèdes aux IVe-Ve siècles*, in *Atti dell'VIII Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana* (cur. G. CRIFO, S. GIGLIO), Napoli, 1990, p. 227 s. e nt. 2.

⁵) Sull'avverbio '*acriter*', che compare in tale frase, v. anche T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Hum an Rights*², Oxford, 2002, p. 197 e nt. 90.

⁶) M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*'. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, p. 206 s.

⁷) Per la citazione di questi luoghi v. M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 206 nt. 10.

⁸) F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, p. 100 nt. 49.

⁹) M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 207 nt. 11.

¹⁰) I. KROPPEBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wir-*

l'*egestas* quale pretesto addotto dall'autore dell'*iniuria* al fine di rendere l'esperienza dell'azione da parte della vittima di fatto del tutto inutile ed il riferimento all'*atrocitas* dell'*iniuria* come sfrontatezza¹¹ insita nel fatto di commetterla con la piena consapevolezza di essere in grado di sfuggire alle conseguenze dell'eventuale esercizio dell'*actio iniuriarum*¹², è importante indagare quale fosse il ruolo del '*praetor*' menzionato da Ulpiano nella repressione dell'*iniuria*.

Ancora il Balzarini¹³, pur non negando che «il fatto di vedere il pretore in veste di organo di polizia possa urtare la sensibilità di molti»¹⁴ e ricordando tuttavia «che il *praetor* è pur sempre un magistrato munito di *imperium*, nel quale è insita la *coercitio*»¹⁵, ha evidenziato l'assurdità dell'ipotesi – avanzata, a dire il vero senza molta convinzione, dal Pernice¹⁶, secondo cui il termine «*praetor hier überhaupt für den Oberbeamten, namentlich den Statthalter, steht*» – di un intervento post-classico o giustiniano volto ad attribuire nuovi poteri ad un organo ormai obsoleto quale appunto il pretore. Ed ha ritenuto plausibile – sulla scorta di quanto già immaginato sempre dal Pernice¹⁷ e, sulla sua scia, dal Raber¹⁸ e della sia pur parziale corrispondenza del frammento in esame con un altro testo di Ulpiano, D. 48.19.1.3¹⁹, in cui il giurista affermava che, in riferimento all'*ordo iudiciorum publicorum vel privatorum*, i *praefecti* od i *praesides* competenti *extra ordinem* dovessero applicare una *coercitionem extraordinariam* nei confronti di quanti, in virtù del loro stato di indigenza, sfuggissero di fatto alla pena pecuniaria prevista dalle leggi – che, in tali casi, il pretore, preso atto dell'inutilità dell'*actio iniu-*

kungen außerhalb des Konkursverfahrens, Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 46 nt. 13, 262 ss. e 347.

¹¹) Cfr. Z. CROOK, *Honor, Shame, and Social Status Revisited*, in *Journal of Biblical Literature*, 128.3, 2009, p. 599 e nt. 27.

¹²) Su questi due profili v. anche F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, cit., p. 99 s., M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 207 e nt. 12 e M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en derecho romano*, Madrid, 2005, p. 175, cui adde, più recentemente ed in esclusivo riferimento all'*egestas*, J.E. LENDON, *Empire of Honour. The Art of Government in the Roman World*, Oxford, 1997, p. 51 nt. 13, che ravvisa nell'indigenza di chi aveva commesso l'*iniuria atrox* la «possibility of being humiliated by the poor». Ma v. pure, più limitatamente, M. SPANN, *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung. Eine exemplarische Untersuchung der geschichtlichen Rechtsquellen ausgehend vom Römischen Recht bis ins 21. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung bayerischer Quellen*, Münster, 2004, p. 55 e nt. 297.

¹³) M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 207 s. e nt. 14.

¹⁴) M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 207.

¹⁵) M. BALZARINI, '*De iniuria extra ordinem statui*', cit., p. 207.

¹⁶) A. PERNICE, '*Parerga*'. V. *Das 'Tribunal' und Ulpian's Bücher 'de omnibus tribunalibus'*, in *ZSS*, 14, 1893, p. 170.

¹⁷) A. PERNICE, '*Parerga*'. V, cit., p. 170.

¹⁸) F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, cit., p. 100.

¹⁹) (Ulp. 8 disp.): *Generaliter placet, in legibus publicorum iudiciorum vel privatorum criminum qui extra ordinem cognoscunt praefecti vel praesides ut eis, qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam inducant.*

riarum²⁰, avrebbe deferito l'autore dell'illecito al tribunale del *praefectus urbi* per l'irrogazione delle ben più gravi sanzioni *extra ordinem* previste *ad hoc*²¹. Ciò avvenendo, però, unicamente laddove ricorresse appunto un'*iniuria atrox*, la sola che – proprio in quanto caratterizzata dalla maggiore gravità dell'illecito commesso²² – avrebbe giustificato la necessità di un ricorso alla repressione *extra ordinem*²³.

Questa ricostruzione della fattispecie oggetto dell'attenzione di Ulpiano – che, è bene ribadirlo, riguardava coloro i quali, convenuti con un'azione privata per avere commesso un'*iniuria atrox*, non avessero da temere tanto la condanna pecuniaria (perché estremamente poveri) quanto l'*infamia* (perché già lo erano)²⁴ e, tuttavia, sarebbero stati sottoposti alla *coercitio* del pretore²⁵, che certamente

²⁰) Il che poteva «avvenire sia senza che si dia luogo a un vero e proprio *iudicium* privato, sia a sentenza di condanna intervenuta, in sede di *actio iudicati*. Ciò, a seconda del momento in cui la particolare situazione soggettiva del convenuto risulti oggettivamente in modo inequivocabile»: M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., p. 208 nt. 15.

²¹) Sul punto v. D. LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, in *Index*, 1, 1970, p. 152 e 169 nt. 71, P. VOCI, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 300 e nt. 49, ID., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 31 e nt. 161, C. ANDO, *Imperial Rome AD 193 to 284. The Critical Century*, Edinburgh, 2012, p. 185 e nt. 14 e C. BECKER, *Zur Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes in Italien*, in *Persönlichkeitsrechts und Persönlichkeit des Rechts. Gedächtnisschrift für Heinz Hübner (1914 – 2006)* (cur. C. BECKER), Münster-Hamburg-Berlin-Wien-London, 2016, p. 161 e nt. 167.

²²) Così anche M.L. BICCARI, *'Atrocitas': alle radici della teoria penalistica circa le aggravanti del reato*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 78.1-2, 2011, p. 27 nt. 33.

²³) Così ancora M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, cit., p. 209 e nt. 17, il quale ha cura di precisare che la specifica menzione dell'*atrocitas* dell'*iniuria* non andrebbe certo intesa, nel caso specifico di cui al testo in esame, nel senso che il pretore non avrebbe concesso l'*actio iniuriarum*, ciò che sarebbe stato assurdo dal momento che in tal caso sarebbe venuto meno ogni reale motivo di distinguere in termini editali tra *iniuria* ed *iniuria atrox*, ma in quello che non si sarebbe riscontrata, in tal caso, la necessità del ricorso alla repressione straordinaria. In altri termini, laddove l'*iniuria* non fosse stata *atrox*, il mancato intervento repressivo *extra ordinem* del praetor sarebbe stato giustificato dal noto brocardo *De minimis non curat praetor*. E, nel medesimo senso e più recentemente, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., p. 175, secondo cui, puntualizzando il testo che si dovesse trattare di *iniuria atrox*, «no basta la comisión de cualquier delito para que se ponga en marcha esta forma de tutela, sino que, conforme a la gradación establecida por la Jurisprudencia, debe ser calificable de esta forma para que se produzca la reacción apuntada. De esa afirmación, podemos deducir que sólo se produce la intervención en situaciones extremas». Cfr. A. WACKE, *Fabrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, in *RIDA*, 26, 1979, p. 554 nt. 165.

²⁴) Sul punto v. R.H. HELMHOLZ, *The Roman Law of Blackmail*, in *The Journal of Legal Studies*, 30.1, 2001, p. 40, secondo cui «the status of the plaintiff had also be to sufficiently free from the taint of scandal before the revelation (or its threat). And characteristically of Roman law, the victim had to be sufficiently elevated in social rank so that he would suffer actual harm from the revelation. The very poor were impossible to blackmail, as it must have seemed to the classical jurists».

²⁵) Così, giustamente, anche A.M. SEELENTAG, *Das 'convicium' als Beispiel außergerichtlicher Konfliktlösung in Rom*, in *Außergerichtlicher Konfliktlösung in der Antike. Beispiele aus drei*

avrebbe avuto un effetto maggiore laddove avesse sanzionato «the attitude of a man of means whose *existimatio* was still intact»²⁶ – non esclude, però, che la modalità di questo *coercere* fosse diversa da quella, ora ricordata, della rimessione dei convenuti nelle mani del *praefectus urbi* da parte del pretore affinché fossero puniti adeguatamente, potendosi pensare²⁷, al contrario, che la *coercitio* – «que supone una actuación de oficio por parte del magistrado que conoce una situación de este tipo»²⁸ – fosse esercitata direttamente dal pretore, sia con mezzi del processo formulare – ad esempio, disponendo la *ductio* di questi convenuti – e sia con misure *extra ordinem*. Ipotesi, questa, che certo incontra qualche difficoltà in relazione all'adozione, da parte del pretore, di provvedimenti di quest'ultimo tipo²⁹, ma che è giustificata dall'incontestabile e forse decisiva circostanza che, nel testo, non si fa alcuna menzione di interventi di altri magistrati o funzionari.

A prescindere dalla preferenza da accordare all'una od all'altra di queste due soluzioni alternative ed anche volendo immaginare che «vielleicht ist *praetor* auch untechnisch gemeint»³⁰, un dato appare comunque sicuro. E, cioè, che, pur non entrando nel merito in ordine al fatto che il testo ora esaminato fosse «Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens»³¹ oppure riflettesse un'applicazione particolare in materia di *iniuria atrox* del principio esplicitato dallo stesso Ulpiano nel già

Jahrtausenden (cur. G. PFEIFER, N. GROTKAMP), Frankfurt am Main, 2017, p. 109 s., secondo la quale «gegen denjenigen, den diese Rechtsfolgen der *actio iniuriarum* aufgrund seiner bereits bestehenden Ehrlosigkeit oder Armut nicht schrecken konnten, verhängte der Prätor in schweren Fällen der *iniuria* im Wege der magistratischen *coercitio* eine Strafe».

²⁶) P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, p. 190 nt. 1.

²⁷) G. PUGLIESE, Rec. di M. Balzarini, 'De *iniuria extra ordinem statui*'. *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, in *Iura*, 34, 1983, p. 235 e, più recentemente, A.M. SEELENBAG, *Das 'convicium'*, cit., p. 109 s. e nt. 17.

²⁸) M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta*, cit., p. 175.

²⁹) In proposito, M. BALZARINI, *Pene detentive e 'cognitio extra ordinem' criminale*, in 'Sodalitas'. *Scritti A. Guarino*, 6, Napoli, 1984, p. 2880 s. nt. 51, esclude che l'esercizio della repressione criminale spiccia ed *extra ordinem* di cui al testo – ritenuta tale anche da D. NOWICKA, *Zniesławienie w prawie rzymskim*, Wrocław, 2013, p. 243 e da A. LINTOTT, *Crime and Punishment*, in *The Cambridge Companion to Roman Law* (cur. D. JOHNSTON), Cambridge, 2015, p. 324 e 330 e nt. 121 – potesse fondarsi su una minaccia formulata dal pretore nel suo editto, trattandosi semplicemente di una prassi. Secondo G. HANARD, *Essai sur la 'cognatio'*, II, Louvain-la-Neuve, 1983, p. 489, il frammento in esame andrebbe letto nel senso che «dans le cas où l'action prétorienne s'avérait inefficace parce que l'auteur de l'injure était déjà noté d'infamie ou trop pauvre pour payer une amende, ce qui en principe était la situation des *alieni iuris*, le droit positif romain rendait possible le recours à une procédure extraordinaire où les peines de l'action d'injure furent remplacées par les moyens de correction des magistrats».

³⁰) J. GEBHARDT, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart*, Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 71.

³¹) J. GEBHARDT, *Prügelstrafe*, cit., p. 71 e M.J. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, Madrid, 2007, p. 220 nt. 686.

ricordato D. 48.19.1.3³², il ‘*praetor*’ menzionato da Ulpiano, lungi dall’essere un pretore speciale, fosse quello dell’*ordo*.

3. Ora, a me sembra che questa conclusione trovi una precisa conferma in D. 2.1.16 e 1.21.2, già richiamati all’inizio del paragrafo precedente:

D. 2.1.16 (Ulp. 3 de omn. trib.): Solet praetor iurisdictionem mandare: et aut omnem mandat aut speciem unam: et is cui mandata iurisdictione est fungetur vice eius qui mandavit, non sua.

Il principio enunciato da Ulpiano è chiaro: il pretore suole *iurisdictionem mandare*³³ (*Solet ... mandare*) o interamente o per una singola *species* (*et ... unam*)³⁴ ed il delegato eserciterà una *iurisdictione* non propria, ma *vice eius qui mandavit*³⁵ (*et ... sua*).

Il Pernice³⁶, dopo avere premesso che la *iurisdictione mandata* nel III sec. d.C. non riguardava il processo formulare e che la giurisdizione non poteva essere mai affidata da un pretore ad un privato ma ad un altro pretore che sarebbe divenuto titolare di entrambe le magistrature, ha ritenuto che il testo, al posto del *praetor*, contemplasse originariamente il *praeses provinciae*, il quale, in età imperiale, poteva delegare la propria giurisdizione al suo *legatus*.

³²) M. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el derecho romano*, Valencia, 2002, p. 138 nt. 325 e 406 s.

³³) Sul significato di «potere giudiziario», «sfera di potere», «competenza» di questa espressione v., con ampia citazione di fonti, F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 174 e nt. 4, cui adde R. DÜLL, *Über die Bedeutung des Verfahrens ‘de plano’ im Römischen Zivilprozess*, in *ZSS*, 52, 1932, p. 188 e 192, ID., *Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht*, in *ZSS*, 67, 1950, p. 180, L. FANIZZA, *Iurisdictione mandata*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 347 ed EAD., *L’amministrazione della giustizia nel Principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1999, p. 131, secondo cui ‘*mandare iurisdictionem*’ è cosa ben diversa da ‘*dare iudicem*’. C. MASI DORIA, *Spretum imperium*, Napoli, 2000, p. 279 e nt. 242, sottolinea opportunamente l’uso dell’espressione ‘*mandare iurisdictionem*’, che sembra particolare perché l’ordine non procede dall’autorità titolare della giurisdizione stessa come appunto nel testo in esame, in *SHA Vita Marci* 12.4, in cui viene ricordato un episodio che vide protagonista l’imperatore Marco Aurelio, il quale non costrinse un pretore che aveva dato pessima prova di sé in ordine ad alcune incombenze all’*abdicatio* (... *praetorem, qui quaedam pessime egerat, non abdicare se praetura iussit*), *sed collegae iurisdictionem mandavit*.

³⁴) Sul significato del termine ‘*species*’, che ricorre in tale frase, v. E. MUSSAWIR, *The Term ‘Species’ in Justinian’s Digest: Against the Object of ‘General’ Jurisprudence*, in *Humana.Mente*, 41, 2022, p. 69 e nt. 62.

³⁵) F. PERGAMI, *Rilievi in tema di ‘cognitio vice sacra’*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, 9.11, 2006, p. 360, ha sottolineato come l’espressione *vice eius*, che compare nel testo, anticipi, in modo esplicito, l’espressione ‘*vice sacra*’, che sarà ampiamente utilizzata in epoca successiva.

³⁶) A. PERNICE, *Parerga*. V, cit., p. 156 e nt. 2 e 4.

E questa opinione è apparsa plausibile al von Velsen³⁷, al Wlassak³⁸ e, più recentemente e cautamente, al Metro³⁹, il quale ha anche convincentemente dimostrato l'infondatezza della tesi⁴⁰ che il testo si riferisse ai pretori speciali giudicanti *extra ordinem*.

Ma in senso nettamente contrario si è espresso il Pugliese⁴¹, secondo cui la *iurisdictio* poteva essere delegata dal magistrato che ne era titolare a chi ne era privo. Principio, questo, che valeva per il pretore dell'*ordo*, di cui discorreva Ulpiano, e per qualunque altro magistrato (urbano, municipale e provinciale)⁴² e che era pacifico non solo nell'età del Principato, ma anche in epoca repubblicana, nella quale è attestato che, per ordine del senato, uno dei due pretori delegò non di rado la propria *iurisdictio* all'altro⁴³. E, come si legge nel frammento, oggetto della delega poteva essere tutta la *iurisdictio* del pretore oppure solo quella relativa ad un provvedimento o ad un gruppo di provvedimenti⁴⁴.

E che Ulpiano si riferisse al pretore dell'*ordo* è convinzione anche del Santalucia⁴⁵ – il quale ha però aggiunto che il principio esplicitato dal giurista valesse pure

³⁷) F. VON VELSEN, *Das 'edictum provinciale' des Gaius*, in ZSS, 21, 1900, p. 87 s.

³⁸) M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921, p. 213 e nt. 66.

³⁹) A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, p. 206 s. e nt. 75 e ID., *'Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi'* (*'Denegatio actionis' e processo fedecommissario*), in BIDR, 75, 1982, p. 139 s. e nt. 26.

⁴⁰) M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 460 s. e nt. 5.

⁴¹) G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. 2. Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, p. 130 s. La tesi di questo autore non è rigettata drasticamente da A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., p. 207 nt. 75, che pure, come si è detto nel testo, accede, ritenendola la più verosimile, a quella del Pernice.

⁴²) In maniera generica, M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la 'tutela impuberum'. Protección procesal a través de la 'actio rationibus distrabendis' y la 'accusatio suspecti tutoris'*, Madrid, 2019, p. 306, annovera il testo in esame tra quelli che attestano «la realización de delegaciones en la urbe romana durante el Principado».

⁴³) Sul punto v. F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano, 1954, p. 18 ss. e, più recentemente, J.S. RICHARDSON, *Les 'peregrini' et l'idée d'Empire sous la République romaine*, in RHDFE, 68, 1990, p. 155 e nt. 42. Sul rapporto tra la *iurisdictio* del pretore urbano e quella del pretore peregrino e, soprattutto, sulla creazione del *praetor peregrinus* e sulla nascita della sua *iurisdictio* v., con dimostrazione dell'infondatezza del presupposto che questo secondo pretore fosse stato sin dall'inizio istituito come *praetor peregrinus* e, quindi, delle (pur diversissime) tratlizie ricostruzioni dottrinarie (a partire dal Bethmann-Hollweg, dal Bekker, dall'Eisele e, soprattutto, dal Wlassak in poi) del sorgere e dello svilupparsi dell'*agere per formulas*, G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo 'praetor' alla autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*, in BIDR, 109, 2015, p. 1 ss.

⁴⁴) Secondo M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la 'tutela impuberum'*, cit., p. 305, Ulpiano avrebbe affermato che «la *iurisdictio mandata* podía consistir en un traspaso de toda la jurisdicción que correspondía al magistrado delegante o tan solo referirse a un recurso o conjunto de recursos procesales en concreto».

⁴⁵) B. SANTALUCIA, *I 'libri opinionum' di Ulpiano*, 1, Milano, 1971, p. 64 ss. e nt. 119 e ID., *I 'libri opinionum' di Ulpiano*, 2, Milano, 1971, p. 42 s.

per il governatore provinciale, ciò deducendo dall'analogo contenuto di un altro testo ulpiano, D. 2.1.17⁴⁶, che, pur riferendosi espressamente al *praetor* come D. 2.1.16, è invece riferito da tale autore al *praeses provinciae* – e dello Spagnuolo Vigorita⁴⁷, secondo cui il delegato di cui al testo ulpiano era anch'egli titolare di *iurisdictio*, sicché, pur esercitandola come potere altrui e non proprio, rivestiva comunque una posizione quasi autonoma rispetto al pretore delegante. E, ancora, della Fanizza⁴⁸, la quale, sulla scorta della convinzione che Ulpiano si occupasse della *iurisdictio mandata* in un'opera in cui si proponeva di esporre i criteri regolatori dei processi e di tutti i tribunali, considerati quindi nella loro eterogeneità, ha ritenuto che il discorso del giurista era diretto al pretore, ma i principii erano riferibili anche al rapporto tra proconsole e legato.

Accertato dunque che, secondo la dottrina dominante, il testo in esame facesse riferimento al pretore formulare ed alla sua piena «libertad de delegación»⁴⁹, rimane da chiedersi se Ulpiano esplicitasse una regola sorta come generale sin dall'inizio oppure un principio alla cui enunciazione egli era pervenuto in seguito all'analisi casistica.

Ma sul punto, a mio avviso, non può dirsi nulla di sicuro, giacché, mentre nel primo senso sembra in effetti deporre la formulazione del principio da parte del giurista in termini generali, nella seconda direzione sembra testimoniare il fatto che l'oggetto della delega riguardasse anche un singolo provvedimento⁵⁰ e, ancora, la circostanza che, nel già citato D. 2.1.17, Ulpiano, invece di limitarsi alla semplice esplicitazione del principio della delegabilità parziale della *iurisdictio* come appunto in D. 2.1.16, ne faceva applicazione ad un'ipotesi concreta nella quale la delega appariva particolarmente opportuna allo scopo di assicurare l'imparzialità dell'organo giudicante, che, nel caso specifico, era quella di un *praetor* che era stato patrocinatore di una delle parti in causa prima di assumere la propria carica⁵¹ e che,

⁴⁶) (Ulp. 1 opin.): *Praetor sicut universam iurisdictionem mandare alii ipotest, ita et in personas certas vel de una specie potest, maxime cum iustam causam susceptae ante magistratum advocatio- nis alterius partis habuerat.*

⁴⁷) T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Imperium mixtum'. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria, in *Index*, 18, 1990, p. 139 nt. 47, 156 nt. 91 e 163 nt. 117.

⁴⁸) L. FANIZZA, 'Iurisdictio mandata', cit., p. 347 s. e EAD., *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 132.

⁴⁹) X. PÉREZ LÓPEZ, 'Iurisdictio mandata', in *Iura*, 56, 2006-2007, p. 110 nt. 77.

⁵⁰) V., in riferimento all'*interdictum*, M.A.S. MOLLÁ - J.M. LLANOS, *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesales*, in *RIDA*, 42, 1995, p. 282 s. Con esclusivo riferimento al diritto canonico, il testo in esame è stato addotto da V. DE PAOLIS, *La natura della potestà del vicario generale. Analisi storico - critica*, Roma, 1966, p. 66, al fine di definire correttamente il concetto di «giurisdizione mandata», dal momento che Ulpiano distingue le figure, proprie del diritto classico, della procura e del mandato.

⁵¹) (Ulp. 1 opin.): *Praetor [...] iurisdictionem mandare [...] et in personas certas vel de una specie potest, maxime cum iustam causam susceptae ante magistratum advocatio- nis alterius partis habuerat.*

perciò, poteva essere in qualche modo sollecitato, nella decisione della controversia, da specifiche influenze che avrebbero potuto incidere negativamente sulla neutralità del suo giudizio.

Nel secondo frammento sono invece menzionati una volta il *praetor* e due volte il *praeses*:

D. 1.21.2 (Ulp. 3 de omn. trib.): Mandata iurisdictione a praeside consilium non potest exercere is, cui mandatur. (1) Si tutores vel curatores velint praedia vendere, causa cognita id praetor vel praeses permittat: quod si mandaverit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre.

Nel *principium*⁵² Ulpiano puntualizza che, nel caso di *iurisdictione mandata* da parte del *praeses provinciae* (*Mandata ... a praeside*), chi è stato delegato non può *consilium exercere*⁵³ (*consilium ... mandatur*)⁵⁴.

Il de Dominicis⁵⁵ e, più recentemente, la Pasquino⁵⁶ hanno chiarito che il *consilium* menzionato dal giurista era quello previsto dalla *lex Aelia Sentia* per le manomissioni di schiavi minori di trent'anni o da parte di *domini* minori di venti anni, che, stando alle notizie forniteci da Gaio⁵⁷, era composto, a Roma, da cinque *senatores* e cinque *equites* cavalieri romani puberi, che si riunivano in giorni stabiliti, e, nelle province, da venti *recuperatores* cittadini romani, che si riunivano l'ultimo giorno delle solenni assise aventi luogo periodicamente nelle città principali sotto la presidenza del *praeses provinciae*, il quale, come ci informa appunto Ulpiano, non poteva però delegare questa delicata funzione a chi aveva demandato la *iurisdictione*, verosimilmente qualcuno dei suoi *adseorsos*, probabilmente perché «il *consilium* era stato previsto da una disposizione legislativa, rispetto a cui dunque il meccanismo della delega non poteva operare»⁵⁸.

⁵²) Sul quale v. A. PERNICE, *'Parerga'* V, cit., p. 156 e nt. 5, R. DÜLL, *Über die Bedeutung des Verfahrens 'de plano'*, cit., p. 181 e P. PESCANI, *Studi sul 'Digestum Vetus'*, in *BIDR*, 84, 1981, p. 213.

⁵³) Sul significato di questa espressione v. le diverse opinioni ricordate da P. PASQUINO, *'Sed voluntariam'*. *Ricerche in tema di 'iurisdictione'*, Napoli, 2020, p. 199 nt. 168.

⁵⁴) Sul significato dell'inciso *non potest* come espressione facente riferimento alla mancata produzione di effetti giuridici degli atti negoziali v. F. PERGAMI, *'Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere'*. *Studi sull'invalidità e sulla sanatoria degli atti negoziali nel sistema privatistico romano*, Torino, 2012, p. 33 e nt. 108.

⁵⁵) M. DE DOMINICIS, *La 'Latinitas Iuniana' e la legge Elia Sentia*, in *TR*, 33, 1965, p. 568.

⁵⁶) P. PASQUINO, *'Sed voluntariam'*, cit., p. 199.

⁵⁷) Gai. 1.20: *Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in provinciis autem viginti recuperatorum civium Romanorum, idque fit ultimo die conventus; sed Romae certis diebus apud consilium manumittuntur.*

⁵⁸) P. PASQUINO, *'Sed voluntariam'*, cit., p. 199.

E se il Solazzi⁵⁹ ha espresso la convinzione che Ulpiano intendesse dire «che la competenza alla *legis actio* non si trasferiva insieme con la *iurisdictio mandata*», il De Martino⁶⁰, dopo avere premesso che certamente «l'interpolazione di tutti i testi in tema di mandato di poteri deve renderci molto cauti prima di pronunciare giudizi decisi», ha dubitato che «il mandato non fosse vietato in linea generale come vorrebbe far credere D. 1.21.1 pr.».

In D. 1.21.2.1, il giurista precisa che se i tutori od i curatori vogliono vendere dei fondi (*Si ... vendere*), ciò deve essere permesso, *causa cognita*, dal pretore o dal governatore della provincia (*causa ... permittat*), dal momento che, anche se avrà delegato la *iurisdictio* (*quod ... iurisdictionem*), in alcun modo potrà *eam quaestionem transferre* unitamente alla *iurisdictio* che ha delegato (*nequaquam ... transferre*).

Il Solazzi⁶¹ ha ritenuto che l'inciso *vel curatores* o non comprendesse i curatori dei minorenni oppure – come crede il Partsch⁶² – fosse un emblema e, in maniera più cauta, che l'espressione *praetor vel* sia insiticia, dal momento che si parla di *iurisdictio mandata*. E, se si tiene presente che Ulpiano si riferiva certamente all'*oratio Severi de praediis pupillorum*⁶³, non può dubitarsi della genuinità delle parti rimanenti del testo, fatta eccezione della menzione del «*praetor*», che, provenendo il frammento dal terzo libro del *De omnibus tribunalibus*, potrebbe non essere l'*urbanus*. Ma i verbi al singolare (*permittat, mandaverit e poterit*)⁶⁴ fanno appunto temere che il binomio *praetor vel praeses* non sia genuino. Rilievo, quest'ultimo, che è fatto proprio dal Brasiello⁶⁵, secondo cui, tenuto conto del fatto che nel *principium* si parla del *praeses*, tutto lascia supporre che inserita sia la menzione del *praetor* e, se è vero che quest'ultimo precede nel testo il governatore provinciale, ciò avviene «per un riguardo al magistrato romano tipico, che nei testi

⁵⁹) S. SOLAZZI, '*Iurisdictio contentiosa*' e '*voluntaria*' nelle fonti romane, in *AG*, 98, 1927, p. 27 nt. 1.

⁶⁰) F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 289 nt. 1.

⁶¹) S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1912, p. 114 e ID., *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, p. 75 nt. 1.

⁶²) J. PARTSCH, *Studien zur 'Negotiorum Gestio'*, 1, Heidelberg, 1913, p. 91 nt. 3.

⁶³) A. WACKE, *Zur 'iurisdictio voluntaria'*, in *ZSS*, 106, 1989, p. 198 e nt. 78 e P. CAPONE, *La gestione dei beni pupillari nella disciplina di un 'oratio Severi'*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 9 s. e nt. 16.

⁶⁴) Sul singolare del verbo *poterit* v., però, P. PESCANI, *La posizione del V 1406 nella ricostruzione della prima parte del Digesto*, in *Studi G. Grosso*, 5, Torino, 1972, p. 111. In ordine poi al verbo *permittat*, G. DE BONFILS, '*Honores*' e '*munera*' per gli Ebrei di età severiana, in *Labeo*, 44, 1998, p. 214 s. e nt. 53, ha sottolineato che il suo utilizzo da parte di Ulpiano lascia intravedere che questo giurista sentisse quasi la necessità psicologica di corroborare le sue affermazioni con la forza derivante da un'autorità esterna. E R. BASILE, *Note sulle servitù nella giurisprudenza severiana*, in *Index*, 25, 1997, p. 358 nt. 8, ne ha rimarcato il senso "attivo" di «autorizzare», «concedere».

⁶⁵) U. BRASIELLO, '*Auctoritas praetoris*'. I. '*Auctoritas praetoris*' ed alienazione dei beni dei pupilli, in *Studi S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 720.

genuini dov'è il binomio viene sempre nominato per primo, e che in diritto giustiniانو riprende, almeno apparentemente, il suo posto».

Il testo⁶⁶ è stato poi appuntato dal Beseler⁶⁷ per l'uso dell'avverbio *nequam*, ma senza espliciti rilievi, e giudicato manipolato dal De Martino⁶⁸, secondo cui precisi indizi di interpolazione sono «*permittat* imperativo, la ripetizione *mandaverit ... mandata* – due frasi che dicono la stessa cosa, l'uso di *quaestio* in senso non tecnico e certamente improprio. I classici non si ponevano il problema, se il mandato della *iurisdictio* porti con sé quello della *cognitio* sulla vendita dei fondi, ma unicamente se era ammissibile il mandato della *cognitio*».

Ma a me sembra che, al di là delle convincenti argomentazioni del Cervenca⁶⁹ volte a dimostrare la genuinità del riferimento ai *curatores* (*Si tutores vel curatores velint praedia vendere*), ben tre siano gli indizi che escludono che la menzione del *praetor* insieme a quella del *praeses* possa essere bollata come non genuina.

In primo luogo, se è vero che nel *principium* Ulpiano discorre del *praeses*, è altrettanto incontestabile che, come si è visto in sede di esame di D. 47.10.35 e D. 2.1.16, ambedue questi frammenti si occupavano unicamente del pretore.

In secondo luogo, va sottolineato che, come si è appena ricordato, D. 1.21.2.1 fa sicuro riferimento all'*oratio Severi*, cioè a quel provvedimento imperiale in relazione al cui contenuto la competenza era certamente del pretore urbano, ciò che è inoppugnabilmente dimostrato dallo stesso testo di tale *oratio*, riferitoci alla lettera da Ulpiano in D. 27.9.1.2, in cui si menziona espressamente appunto il *praetor urbanus*: '*Practerea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrabant [...] tunc praetor urbanus vir clarissimus aedeatur [...]*'.

Infine, decisiva appare la menzione, nel testo, della '*causae cognitio*' (*causa cognita id praetor vel praeses permittat*), che – come ha dimostrato il Martini⁷⁰ – era sicuramente una prerogativa pretoria e che spiega inoltre perché Ulpiano non accenni in alcun modo alla possibilità di delegare la competenza ad autorizzare l'alienazione dei fondi dei pupilli ai magistrati municipali⁷¹.

⁶⁶) Che, secondo F. GRELLE, *Le categorie dell'amministrazione tardoantica: 'officia', 'munera', 'honores'*, in *Società romana e impero tardoantico. I. Istituzioni, ceti, economie* (cur. A. GIARDINA), Roma-Bari, 1986, p. 39, in riferimento alla *iurisdictio mandata* sviluppa con formulazioni più esplicite il principio per cui il magistrato acquista il proprio potere a titolo originario in virtù della legge e, quindi, non lo deriva come mandatario dall'assemblea, ma «lo gestisce discrezionalmente nell'ambito di un generico *plurimum consulere rei publicae*».

⁶⁷) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, p. 139.

⁶⁸) F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 289.

⁶⁹) G. CERVENCA, *Studi sulla 'cura minorum'*. 3. *L'estensione ai minori del regime dell'Oratio Severi*, in *BIDR*, 82, 1979, p. 67 s. nt. 92.

⁷⁰) R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, p. 44 s. e 170 s.

⁷¹) Così anche D.P. KEHOE, *Agency, Tutorship, and the Protection of Pupils in Roman Law*, in *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli*

Da quanto ora rilevato discende dunque che il pretore fosse certamente menzionato nel testo originario e che esso fosse l'*urbanus*⁷² e, al contrario, che, come ha sostenuto il De Martino⁷³, il governatore provinciale non vi fosse contemplato. Ma questa conclusione appare francamente eccessiva, dal momento che ad essa osta la già evidenziata ricorrenza del solo *praeses* nel *principium* del frammento, nel cui primo ed ultimo paragrafo si discorreva dunque tanto del pretore dell'*ordo* quanto del governatore della provincia⁷⁴, fungendo, a mio avviso, la giurisdizione del primo da «paradigma» della giurisdizione del secondo.

E, invero, l'accostamento di *praeses* a *praetor* nei passi in cui ricorre, tra i quali anche il nostro, non sempre può riportarsi ad un intervento «completomane»⁷⁵ dei commissari giustiniani, dovendosi dunque ritenere che Ulpiano si riferisse consapevolmente al «doublet»⁷⁶ *praetor vel praeses*.

Quanto poi al contenuto del testo, il Pugliese⁷⁷ ha annoverato il frammento tra quelli che confermerebbero la maggiore ampiezza che l'uso volgare di '*iurisdictio*' aveva rispetto all'accezione tecnica di questo termine⁷⁸, ciò che è appunto testimoniato anche dal paragrafo in esame, nel quale Ulpiano non si spinge fino a qualificare come '*iurisdictio*' il potere di autorizzare l'alienazione dei *praedia* e quindi a comprimere tale concetto «in ein starres Begriffsschema»⁷⁹, preferendo invece servirsi del termine '*quaestio*' (*nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre*).

E, in riferimento al potere del pretore e del governatore della provincia di autorizzare la vendita dei *praedia* da parte dei tutori o dei curatori, che, estrinsecandosi in un atto non delegabile⁸⁰, veniva concesso non *de plano* (come avveniva in-

dell'Impero) (cur. E. LO CASCIO, D. MANTOVANI), Pavia, 2018, p. 426 nt. 46, secondo cui «the praetor or provincial governor was expected to hear such cases, and could not mandate this responsibility to another».

⁷² Cfr. F. VON VELSEN, *Das 'edictum provinciale'*, cit., p. 93 e nt. 5, R. DÜLL, *Über die Bedeutung des Verfahrens 'de plano'*, cit., p. 186 e D. LIEBS, *Gemischte Begriffe*, cit., p. 150 e 167 s. nt. 57.

⁷³ F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 289.

⁷⁴ Così anche G. CERVENCA, *Studi*, cit., p. 72 s. e nt. 111.

⁷⁵ L'azzeccato termine – ripreso da L. FANIZZA, *'Iurisdictio mandata'*, cit., p. 316 nt. 42 e EAD., *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 83 nt. 42 – è di M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze, 2-4 maggio 1974* (cur. G.G. ARCHI), Milano, 1976, p. 119.

⁷⁶ Anche questo termine è di M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 119.

⁷⁷ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., p. 125 s.

⁷⁸ Così anche, recentemente, P. PASQUINO, *'Sed voluntariam'*, cit., p. 241.

⁷⁹ M. KASER, *Rec. di G. Pugliese, Il processo civile romano. 2. Il processo formulare 1*, in *TR*, 33, 1965, p. 94.

⁸⁰ Ciò che, secondo D.P. KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy. The Jurists and the Roman Agrarian Economy*, Ann Arbor, 1997, p. 55 nt. 64, testimonia quanto «the supervision of the pupil's property was considered such an important matter».

vece per gli atti suscettibili di delega) ma *pro tribunali*⁸¹, il Fernández de Buján⁸² ha precisato che l'idea che ci si trovi in presenza di un atto di *iurisdictio contentiosa* «se explica sólo si consideramos la existencia de partes contendientes en un proceso que concluye con sentencia del juez o magistrado, según la época, pero a falta de *contentio* la cuestión se resuelve mediante *decretum* del magistrato ... realizada la correspondiente *causae cognitio*», mentre lo Spagnuolo Vigorita⁸³ ha specificato che la formula '*neque imperii neque iurisdictionis*' si prestava ad essere applicata anche nel caso di cui al testo in esame e la Fanizza⁸⁴, la Giodice Sabbatelli⁸⁵ e la Pasquino⁸⁶ hanno ritenuto che la ragione per cui la vendita dei fondi dei pupilli non era tra quelle che si trasferivano con la *iurisdictio mandata* vada ricercata nel fatto che tale *quaestio* fosse stata attribuita *specialiter*, e cioè che si trattava di un atto espressamente assegnato da un provvedimento autoritativo imperiale, quale appunto l'*oratio Severi*.

4. E che il *praetor* menzionato in D. 47.10.35, 2.1.16 e 1.21.2.1 fosse quell'*ordo* e, precisamente, l'*urbanus* mi sembra implicitamente avvalorato da D. 49.1.11, il quarto ed ultimo frammento escerpito dal terzo libro del *De omnibus tribunalibus* anch'esso già richiamato, al pari di D. 2.1.16 e 1.21.2, all'inizio del secondo paragrafo:

D. 49.1.11 (Ulp. 3 de omn. trib.): Cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex ne-

⁸¹) Sul punto v., per tutti, R. DÜLL, *Über die Bedeutung des Verfabrens 'de plano'*, cit., p. 183 ss. e L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 204 e nt. 117.

⁸²) A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986, p. 106. In proposito, M. TALAMANCA, Rec. di *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors I-II*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 778 s., stante appunto il principio che nella *iurisdictio mandata* non rientri la competenza a dare l'autorizzazione alla vendita dei *praedia pupilli* ed ancora il fatto che il *mandatum iurisdictionis* è attestato nell'ambito del processo formulare tra il pretore urbano e peregrino, dichiara di non comprendere cosa voglia dire l'autore spagnolo laddove afferma – sia in questa monografia (p. 36) e sia in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Diferencias entre los actos de 'iurisdictio' contenciosa y los actos de la denominada 'iurisdictio voluntaria' en el Derecho Romano*, in *Estudios A. D'Ors*, 1, Pamplona, 1987, p. 452 – che «los verdaderos casos de jurisdicción delegada que nos ofrecen las fuentes correspondan a actos de *cognitio extraordinaria* y de *iurisdictio voluntaria*». Ma che questo non sia il pensiero di tale autore è probabilmente spiegabile immaginando – con G. IMPALLOMENE, Rec. di A. Fernández de Buján, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, in *Iura*, 37, 1986, p. 131 – che nella frase incriminata, per un errore di stampa, sia caduto un «no».

⁸³) T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Imperium mixtum*, cit., p. 126.

⁸⁴) L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata*, cit., p. 317 e EAD., *L'amministrazione della giustizia*, cit., p. 84.

⁸⁵) V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio*, Bari, 2001, p. 260 e *Iurisdictio de fideicommissis' e poteri dati*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* (cur. C. CASCIONE, C. MASI DORIA), Napoli, 2002, p. 635.

⁸⁶) P. PASQUINO, *Sed voluntariam*, cit., p. 243 s.

cessitate iudicis ab eo, qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam, recipere eum pecuniam quam solvit oportet.

Ulpiano afferma che, essendo stata pagata una somma di denaro *ex causa iudicati* per ordine del *iudex* (*Cum ... iudicis*) da chi, proposto appello, aveva ottenuto una sentenza più favorevole (*ab ... sententiam*), è necessario che gli venga restituito ciò che ha pagato (*recipere ... oportet*).

Il Solazzi⁸⁷ ha ritenuto che, nel dettato originario, si facesse riferimento non al *iudex* ma a *consul*, ma di questa presunta sostituzione non fornisce alcuna spiegazione. E, invero, nel testo non vi è alcun indizio, seppur labile, che possa giustificare questa asserzione, ciò che è stato riconosciuto anche da chi ha definito questa surrogazione «fraglich»⁸⁸.

Il Biondi⁸⁹ ha invece espunto la frase *ex necessitate iudicis* giudicandola «impossibile: o il passo riguarda la *condemnatio* del *iudex privatus*, ed allora non si comprende come il giudice potesse costringere il condannato a pagare; o riguarda la *cognitio*, come è più probabile, ed allora non si poteva parlare di *iudex*».

Ma questa opinione non è stata accolta dal Litewski⁹⁰, il quale l'ha rigettata esclusivamente sulla base del preteso riferirsi dei *libri de omnibus tribunalibus* alla *cognitio extra ordinem*, alla cui procedura andrebbe perciò ricondotto anche il testo in esame, ed ha inoltre attribuito il principio ulpiano al caso di sentenze dichiarate provvisoriamente eseguibili.

Al contrario, il Serangeli⁹¹, pur aderendo alla critica della ricostruzione del Biondi, ha affermato che il principio generale della ripetibilità di quanto si è pagato in via di esecuzione della sentenza *ab eo, qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam*⁹², lungi dal potersi ritenere dettato da Ulpiano con riguardo ad un campo così ristretto, fosse stato enunciato dal giurista, e ribadito dai compilatori giustiniani, essenzialmente a favore di chi aveva visto eseguire la sentenza a suo carico tra la data della pronuncia e quella dell'*appellationis interpositio*. Tale principio era dunque applicabile nei confronti di ogni sentenza che fosse stata messa ad esecuzione prima dell'appello e del suo effetto sospensivo, dimostrando così il testo in esame la generalizzata eseguibilità della sentenza durante il termine per appella-

⁸⁷ S. SOLAZZI, *Leggendo i libri 'de officio consulis'* (1922), in *Scritti di diritto romano*, 2, Napoli, 1957, p. 524.

⁸⁸ V., per tutti, M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 625 nt. 13.

⁸⁹ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi P. Bonfante* (cur. E. ALBERTARIO, P. CIAPESSONI, P. DE FRANCISCI), 4, Milano, 1930, p. 82.

⁹⁰ W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen* (III), in *RIDA*, 14, 1967, p. 399 ss. e nt. 35-36 e ID., *Suspensiveffekt binnen der Frist zur Appellationseinlegung*, in *ZSS*, 113, 1996, p. 380 s.

⁹¹ S. SERANGELI, *Diritto romano e 'Rota Provinciae Marchiae'*. II. *Corso di lezioni*, Torino, 1994, p. 29 e nt. 50.

⁹² Sul quale v. anche, in precedenza, O. GRADENWITZ, *Ueber den Begriff der Voraussetzung*, Berlin, 1880, p. 44.

re⁹³. E, da qui, la conclusione che, nella *cognitio extra ordinem*, vigesse la regola dell'immediata eseguibilità della sentenza anche se appellabile e che solamente la proposizione dell'appello determinasse la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza stessa, cioè, in altri termini, che la sentenza di primo grado in tale processo non avesse, nei fatti e di regola, efficacia esecutiva *pendente tempore ad appellandum*.

Ora, non è facile dire quale di queste due tesi sia preferibile e, tutto sommato, prendere proposizione in favore dell'una o dell'altra non è rilevante ai fini della presente indagine, in ordine alla quale assume invece un maggiore rilievo accertare chi fosse il '*iudex*' menzionato nel testo ed a quale tipo di processo facesse riferimento Ulpiano.

Come si è visto, gli autori ora richiamati, pur nella diversità delle loro opinioni, concordano tuttavia nel ritenere che il giurista si riferisse alla *cognitio extra ordinem* e ad un organo giudicante fuori dall'*ordo* (come il già ricordato *consul*), ma a me sembra che non possa affatto escludersi che il testo riguardasse invece il *iudex privatus* del processo formulare.

Infatti, premesso che ampio e complesso e, dunque non affrontabile in questa sede, è il problema se, dietro le espressioni '*iudex*' e '*iudices*' che ricorrono in molti passi del Digesto e del Codice di Giustiniano, si celino i magistrati dell'*ordo*, i giudici privati formulari, i funzionari della *cognitio* od i *iudices dati extra ordinem*, e che cercare di dipanare, in riferimento a ognuno di questi testi, l'intricata matassa, comporta non di rado la fallacità di ricostruzioni dottrinarie spesso divenute tralatie, un preciso indizio in favore dell'idea che Ulpiano si occupasse di un giudizio di primo grado formulare e, quindi, della *condemnatio* del *iudex privatus* dell'*ordo* – ipotesi, questa, che, come si è appena ricordato, non è stata aprioristicamente esclusa dal Biondi – mi sembra potersi ravvisare nella frase *ex necessitate iudicis*.

E, invero, se si ricollega tale frase a quanto detto subito prima da Ulpiano, e cioè che era stata pagata una somma di denaro *ex causa iudicati*, si può immaginare che il giurista, richiamando la *necessitas iudicis*, non intendesse affatto riferirsi ad un ordine del *iudex*, ma alla forza, appunto la *necessitas*, della *condemnatio* del *iudex* formulare pronunciata in quel caso concreto, che, fondata sul formale *iussum iudicandi* con il quale il pretore investiva il *iudex* del compito di pronunciare il *iudicatum*, aveva reso appunto «necessaria» l'esecuzione della sentenza di primo grado da parte del *iudicatus*.

⁹³) Cfr. B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, p. 13 s., secondo cui Ulpiano si sarebbe occupato di un caso nel quale «ein That nicht beschuldertes (wegen noch nicht eingetretener Rechtstraft des Urtheils) geleistet worden war, also ein Fall der gewöhnlichen *condictio indebiti*», sicché «man braucht sich nur statt der Appellation ein Rechtsmittel ohne Suspensivkraft zuwenden».

Pertanto, i due incisi *ex causa iudicati* e *ex necessitate iudicis* costituiscono, a mio avviso, una preziosa chiave interpretativa che induce a ritenere che il termine ‘*iudex*’ di cui al testo fosse genuino e, quindi, riferibile all’ambito formulare.

5. Ma se questo è vero, e cioè che D. 49.1.11 trattasse del *iudex privatus* formulare e, quindi, implicitamente, del pretore dell’*ordo*, risulta allora acclarata la conclusione alla quale si è pervenuti nei paragrafi precedenti: il *praetor* di cui discorreva Ulpiano in tutti e quattro i frammenti del terzo libro del *De omnibus tribunalibus* a noi pervenuti (espressamente in D. 2.1.16, 1.21.2.1 e 47.10.35 ed implicitamente in D. 49.1.11) era il pretore urbano ed a questo magistrato era dedicata quasi per intero (stante la già evidenziata menzione anche del *praeses* in D. 1.21.2) l’attenzione del giurista in tale libro.

E si tratta di un importante punto di arrivo, poiché consente di ritenere che il *praetor urbanus* fosse il perno attorno al quale ruotava il terzo dei *libri de omnibus tribunalibus* e, invero, i testi ora esaminati dimostrano che fosse proprio quest’organo giurisdicente ad essere al centro dell’attenzione di Ulpiano, ai cui occhi la giurisdizione del pretore urbano appariva a tal punto prestigiosa da costituire il “faro” dell’intera opera dedicata agli *omnia tribunalia* dell’impero romano, dei quali il ‘*tribunal*’ per eccellenza era appunto ancora quello del pretore dell’*ordo*.

In questo senso, il *De omnibus tribunalibus* ulpiano è dunque uno scritto che sorprende non poco l’interprete moderno, dal momento che, a fronte, da un lato, dell’emanazione nel 212 d.C. della *Constitutio Antoniniana de civitate danda* attributiva della cittadinanza romana a tutti (o quasi) gli abitanti dell’impero che aveva provocato certamente l’atrofizzazione delle competenze del *praetor peregrinus* e, dall’altro, di una *cognitio extra ordinem* agli inizi del III sec. d.C. dilagante e prossima ormai a sostituirsi al processo formulare, tale opera mostra in maniera inequivocabile quanto vitale fosse ancora al tempo di Caracalla la pretura urbana e, insieme, quanta importanza Ulpiano continuasse ad attribuire alla sua *iurisdictio*.