

IV.

«IN LIMINE LITIS»: ESAME DELLE DISPOSIZIONI INTRODUTTIVE DEL PROCESSO FORMULARE

I. Contributi in tema di corruzione dell'albo edittale – II. L'analisi del «De edendo» – III. Dottrine in materia di «in ius vocatio» – III.1. Disciplina processuale e diritto delle persone – III.2. Il divieto di sottrarre l'*in ius vocatus* – IV. Divieti e limiti nel «postulare» – V. Le testimonianze relative al «De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus» – V.1. *Cognitores* e *tempus legendi* – V.2. Tipologie di *procurator* – V.3. Procedure contro o in nome di *municipes* – V.4. Dottrine in tema di *negotiorum gestio*.

I. Contributi in tema di corruzione dell'albo edittale

Carattere spiccatamente procedurale presentano le disposizioni attorno alle quali possiamo iniziare a ricostruire il pensiero di Pomponio. Esse riguardano la salvaguardia del programma giurisdizionale del pretore; l'introduzione del processo formulare e le formalità che deve assolvere l'attore; i limiti che egli incontra nella *in ius vocatio*, o che attengono al *postulare pro aliis*; la regolamentazione dell'intervento nel processo di soggetti diversi dalle parti¹.

¹) Chiaramente la sede privilegiata per seguire la riflessione di Pomponio attorno a queste materie è costituita dalla sua indagine lemmatica circa gli editti '*De iurisdictione*', '*De edendo*', '*De in ius vocando*', '*De postulando*', '*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*', da lui condotta (si veda *supra* I.3.I) in circa venti libri, essendo stata probabilmente iniziata all'altezza del III o IV libro e conclusa non prima del XXVI. Un arco di libri dal quale devono però essere sottratti quelli dedicati al '*De pactis*' (i cui resti esamineremo *infra* III.5.I) e al '*De vadimonis*', dal cui esame, a parte D. 2.9.2.1 (su cui *supra* II.4.III.2 ove

La salvaguardia del programma giurisdizionale cui accennavamo è in primo luogo da intendere in senso materiale, ossia in relazione alle tavole imbiancate (*album*) sulle quali il pretore faceva pubblicare il proprio editto, e la cui «corruzione» (purché dolosa)² egli sanzionava con la concessione di un'azione – popolare e con condanna in una somma fissa – il cui tenore è ricostruibile sulla base di (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 2.1.7.pr.³. Naturalmente il permanere di questa previsione (*De albo corrupto*) anche dopo la *compositio edicti* giuliana, e la conseguente attenzione ancora riscossa presso Pomponio⁴ e i giuristi severiani, solleva numerosi interrogativi circa il suo ambito di applicazione e la stessa portata della «codificazione» voluta da Adriano⁵.

bibliografia), niente ci è pervenuto.

²) Sul requisito del dolo Ulpiano insiste soprattutto in D. 2.1.7.4; ma si vedano anche le distinzioni operate sulla base del dolo nell'ipotesi di concorso fra mandanti ed esecutori della corruzione dell'albo (D. 2.1.7.5). Nella condotta incriminata è poi ricompresa, come apprendiamo dallo stesso § 5, non solo la corruzione in senso stretto (ossia l'alterazione), ma anche la cancellazione o rimozione di una clausola, in quanto anch'essa lesiva della *maiestas* del magistrato e dell'interesse pubblico alla conoscenza delle norme pretorie (da cui il carattere popolare della relativa *actio*).

³) Dove la disposizione editale non è riprodotta *verbatim* (come più volte accade), ma in una sorta di parafrasi (così già A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass.* 36.40.1-2, in «*Dura*», XX, 1969, p. 515, MANCUSO, *Praetoris edicta*, cit., p. 378): '*Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit. datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est*' (sui sospetti destati dal testo quale oggi lo leggiamo, per tutti, MANCUSO, *Praetoris edicta*, cit., p. 378 ss. ove bibliografia, PALAZZOLO, *L'edictum «de albo corrupto»*, cit., p. 595 ss. ove bibliografia).

⁴) E Gaio, da cui è però pervenuta una sola, breve testimonianza al riguardo: (1 *ad ed. prov.*) D. 2.1.8, sulla cui riferibilità al *De albo corrupto*, LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 189.

⁵) La perdurante vitalità della disposizione in esame si presta a essere più agevolmente spiegata da chi, come Guarino, ritenga che l'*ordinatio* giuliana, lungi dal costituire una codificazione e un punto terminale nell'evoluzione dell'editto, ne rappresenti nient'altro che un'operazione di commento e di rielaborazione in chiave relativamente – ma non compiutamente – sistematica, tale da non impedire la proposizione di nuove clausole. Questa interpretazione «eversiva» era già in *La leggenda sulla codificazione dell'editto e sua genesi*, in «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto (Verona 1948)», II, Milano, 1951, p. 167 ss., e in *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 625 ss.; un riepilogo dei propri contributi sull'argomento è in A. GUARINO, *Le ragioni del giurista*³, Napoli, 1990, p. 381 ss. Lo studioso napoletano può così spiegare la permanenza del '*De albo corrupto*' nel senso che «*l'edictum perpetuum* non si immobilizzò all'epoca di Adriano, ma continuò anche sino all'età dei Severi, ad accrescersi, sia pur parzialmente, di nuove clausole» (così A. GUARINO, *De albo corrupto*, in «*Index*», XVIII, 1990, p. 278). Anche per queste previsioni sarà dunque necessaria l'usuale *propositio* nell'albo e di conseguenza il ricorso all'azione in esame, onde tutelare il diritto che il «*quivis de populo* aveva a prendere notizia esatta di ogni nuovo editto giurisdizionale che lo potesse riguardare» (ancora GUARINO, *La formazione*

dell'editto perpetuo, cit., p. 74). Ove invece, pur riconoscendone le proficue problematizzazioni, ci si discosti da questa tesi per valorizzare la «cristallizzazione» giuliana e il suo significato «epocale» – escluderei che l'albo cui i giuristi di II e III secolo riferivano la corruzione fosse quello contenente il testo dell'editto «codificato» o «perpetuo» nel nuovo senso (come invece presupposto da P. DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in «RIDA», IV, 1950, p. 357, e come mostra di credere, ma con un ambiguo riferimento a una più tarda configurazione, MANCUSO, *Praetoris edicta*, cit., p. 380). Confortano in questa direzione – come rileva PALAZZOLO, *L'edictum «de albo corrupto»*, cit., p. 617 – sia l'intervenuta, materiale difficoltà di corrompere un testo simile (nel senso di impedirne o falsarne la conoscenza al *quivis de populo*), sia soprattutto la testimonianza di passi come il nostro D. 2.1.7.2, ove Pomponio e Ulpiano si pongono il problema del momento in cui ha luogo la *corruptio* rispetto alla pubblicazione (che senso avrebbe invece, in quell'età, parlare di un'alterazione precedente la *propositio* dell'editto adrianeo?). Dobbiamo quindi pensare che oggetto di pubblicazione nell'albo e di eventuale corruzione fossero piuttosto «tutte le modifiche (o aggiunte) imperiali al testo dell'Editto», cosicché tale *album* sarebbe stato «utilizzato anche per norme di origine diversa, aventi in comune con quelle edittali il fatto di essere ... *iurisdictionis perpetuae causa propositae*» (così PALAZZOLO, *op. cit.*, p. 616 s., che solo in tal modo giustifica la circostanza che «ai tempi di Pomponio (e poi di Ulpiano)» vi fosse «ancora qualcosa che veniva pubblicato nell'albo» [«e altrove», aggiunge GUARINO, *De albo corrupto*, cit., p. 278, in riferimento al '*vel in charta vel in alia materia*' di D. 2.1.7.pr.] «ai fini della giurisdizione pretoria»; una serrata critica all'interpretazione di Palazzolo è tuttavia in GUARINO, *De albo corrupto*, cit., p. 278 s.). Probabilmente dovremmo anche pensare agli eventuali frutti di quella «materiale attività edittale» che, sia pure «in funzione suppletiva, fors'anche rafforzativa, ma non mai correttiva», rimase, come scrive TONDO, *Profilo*, II, cit., p. 402 s. ove bibliografia (ma si veda anche *supra* III.3; nonché C. FURIA, *Gai. 3, 84; 4, 38 e la collocazione originaria dell'editto 'de capite minutis'*, in «SDHI», LIII, 1987, p. 131), in capo ai pretori anche dopo la riforma adriano-giuliana (che certo non ne negò il *ius edicendi*: così anche quanti – come PALAZZOLO, *op. cit.*, p. 612 – pensano che il principato adrianeo segni «la fine dell'attività edicente dei pretori»; ritiene verosimile che essi «abbiano continuato, almeno per un certo periodo, a pubblicare, all'inizio della carica, il testo dell'editto, se pure da essi non più modificabile», GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., p. 83 s., secondo il quale sarebbe rimasto nella competenza di quei magistrati «la recezione, se pure doverosa, nel testo stesso [*scil.* dell'editto] delle eventuali inozioni recate dall'imperatore o dal senato»). La situazione così delineatasi fra gli Antonini e i primi Severi muterà sensibilmente (pur rimanendo, almeno in Modestino, il problema della perdurante *propositio edictorum*) già alla fine di questa dinastia, quando – come rileva PALAZZOLO, *op. cit.*, p. 618 – da un lato tutto il complesso di norme di origine imperiale destinate alla giurisdizione pretoria venne inserito in documenti diversi (come *epistulae* e *libelli*), a loro volta autonomamente *propositi*, e dall'altro la dilatata portata dell'illecito di falsificazione del documento quale punito dalla *lex Cornelia de falsis* (su cui, per tutti, M.P. PIAZZA, *La disciplina del falso nel diritto romano*, Padova, 1991, p. 201 ss., B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, in particolare p. 263 s. ove bibliografia), consentì – dopo i dubbi di Ulpiano, che mantenne la tradizionale soluzione in *7 ad ed.*, D. 48.10.25 – l'innovativa disciplina di Modestino. A questi risale infatti (1 *de poenis*) D. 48.10.32 ('*Hodie qui edicta proposita dolo malo corrumpunt, falsi poena plectuntur*'), ove quell'*hodie* – anziché essere indizio di interpolazione, come in genere pretendevano G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Quellen*, I, Tübingen, 1910, in

A noi peraltro preme soprattutto sottolineare come questa forma di tutela non solo apparisse a Pomponio tutt'altro che un relitto del passato, ma conoscesse nella sua indagine una significativa rielaborazione. Così, nel più volte citato (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 2.1.7.2⁶, il nostro giurista risulta il primo (e forse l'unico) che intese ampliare e integrare la disciplina prevista nel 'De albo corrupto'. Egli infatti stimava da concedere l'azione anche laddove il danneggiamento dell'albo edittale fosse avvenuto prima o nel corso della sua pubblicazione, e non dopo di essa. La soluzione era piuttosto ardita, sorretta dalla *ratio* che Pomponio riconosceva in questa previsione (essenzialmente, la tutela della *maiestas* del pretore) più che dal suo tenore letterale: un atteggiamento che Ulpiano – il quale pure nutriva un'opinione opposta – considerò utile registrare nel III libro *ad edictum*.

Il profilo indagato negli altri due testi che restituiscono la riflessione pomponiana su questo tema⁷, non attiene invece al momento della *corruptio* quanto alla particolare condizione dei suoi artefici. Il fattore problematico è costituito – come tante volte accade nel diritto privato romano – dallo *status* servile di un soggetto: in questo caso, quello (o quelli) cui sia imputabile l'alterazione o cancellazione dell'albo. Un punto controverso a proposito del carattere nossale della nostra *actio*⁸ è così affrontato in (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 9.4.7⁹:

particolare p. 103, e, pur con maggiori cautele, E. ALBERTARIO, *Hodie*, ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 125 ss. – esprime tutta la forza di una modifica recente, tale da estendere, al di là delle titubanze del proprio maestro, l'apposita coercizione a ipotesi lontane da quelle originariamente contemplate dalla *lex* istitutiva della *quaestio* (*de falsis o testamentaria nummaria*, introdotta da Silla).

⁶ *Quod si dum proponitur vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec*. Un'esegesi di questo passo è stata svolta, soprattutto in relazione alla disparità di soluzioni configurate da Pomponio e Ulpiano, *supra* I.2.V ove bibliografia; ma si veda anche III.3.II.

⁷ Non può in effetti escludersi dal nostro discorso – nonostante le perplessità palinogenetiche evidenziate *supra* I.2.V e I.3.I – un testo come (Paul. 3 *ad ed.*) D. 2.1.9.

⁸ Il che spiega sia il contenuto del testo che la sua collocazione nella silloge giustiniana (D. 9.4 concerne appunto le *actiones noxales*). Le indicazioni ulpianee in D. 2.1.7.4 (*servi quoque et filii familias verbis edicti continentur ... in servos autem, si non defendentur a dominis, et eos qui inopia laborant corpus torquendum est*) chiariscono la necessità di soffermarsi sui caratteri della nossalità, quale rintracciamo anche in altri testi compilati in D. 9.4 (D. 9.4.3 e D. 9.4.5), anch'essi provenienti dal III libro ulpiano (dedicato al *De iurisdictione*: i passi in questione – ivi compreso, con una clamorosa difformità rispetto alla palinogenesi pomponiana, D. 9.4.7 – sono tuttavia ricondotti da LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., c. 428 s., non al 'De albo corrupto', ma al 'Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur'). Circa la riferibilità del nostro testo all'esame del 'De albo corrupto', si veda, dopo Lenel e in opposizione a De Visscher, B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 132 ss. Assai vaghi i dubbi formulati in proposito da T.

(pr.) Noxalis autem non alias datur, nisi apud me sit servus: et si apud me sit, licet eo tempore non fuit, quo delinquebat, teneor, et heres meus tenetur, si noxius vivat. (1) Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri iam non posse.

Pomponio escludeva la legittimazione passiva del *dominus* che pure fosse stato a conoscenza del delitto, una volta avvenuta la compravendita del servo responsabile della *corruptio* e convenuto il suo acquirente. Da un lato, infatti, il venditore risultava privo di quella *potestas* sullo schiavo, la cui sussistenza è viceversa necessaria per stabilire chi e se sia tenuto in via nossale¹⁰. Dall'altro, la circostanza che lo stesso *venditor* fosse stato *sciens* del fatto delittuoso, apriva verosimilmente il problema del concorso di un'azione diretta (o *in solidum*)¹¹ contro quest'ultimo accanto all'*actio noxalis* nei confronti dell'acquirente, ma senza consentire – a giudizio di Pomponio – che, una volta esperita quest'ultima azione, rimanesse fruibile anche l'altra¹².

Sotto il primo aspetto, ricordiamo come a proposito della titolarità della

GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, p. 406 s.

⁹⁾ Su cui P. BONFANTE, *Il concetto unitario della solidarietà*, ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 221, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, p. 339 s., B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in «AUPA.», X, 1925, p. 336 s., Z. LISOWSKI, *Noxalis actio*, in «PWRE.», Suppl. VII, Stuttgart, 1940, p. 651, F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, p. 149 s. nt. 6, 493 s. nt. 13, 498, B. ALBANESE, *loc. cit.*, U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 53, G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976, in particolare p. 150 s., H.P. BENÖHR, *Haftung für Sklavendelikte*, in «ZSS.», XCVII, 1980, p. 286, GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, p. 364.

¹⁰⁾ In questo senso soprattutto FALCHI, *loc. cit.*

¹¹⁾ Su questa terminologia, ALBANESE, *Sulla responsabilità*, *cit.*, in particolare p. 125 s.

¹²⁾ A una «Konkurrenz zwischen der *actio noxalis* gegen den Käufer und der *actio sine noxae deditione* gegen den wissenden Verkäufer» – con opzione di Pomponio per la «Prozeßkonsumtion» della seconda – pensava, sulla scia del LEVY, *loc. cit.* (ma si vedano anche LISOWSKI, *loc. cit.*, e DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 493 s. e nt. 13), VON LÜBTOW, *loc. cit.* In termini analoghi BENÖHR, *loc. cit.*, GIMÉNEZ-CANDELA, *loc. cit.*, e soprattutto, in precedenza, BIONDI, *op. cit.*, p. 335 ss. ove bibliografia, il quale – difesa la genuinità della soluzione negativa circa il cumulo fra le due azioni – la spiegava col fatto che, esperita per prima l'azione nossale, il proprietario assumerà in proprio, con l'*accipere iudicium*, la *obligatio ex delicto*. A suo carico sorgeranno così «due obligationes, una ex litis contestatione l'altra ex scientia, le quali hanno per oggetto la eadem res, cioè la pena»: evidente quindi che, «consumata» l'azione nossale, non potrà più più esperirsi l'altra. Una soluzione da cui Pomponio non si discostava anche nella nostra ipotesi, in cui diverso era il convenuto nei due procedimenti, ma uguale l'*obligatio*, seppure sorgente in un caso dalla *litis contestatio* e nell'altro direttamente dal delitto, o comunque dall'atteggiamento psicologico del *dominus* di fronte ad esso.

potestas sul *servus* – intesa come requisito della legittimazione nossale passiva – sia stata distinta¹³ la componente giuridica del *dominium*¹⁴ e quella fattuale della disponibilità fisica¹⁵. Una titolarità che deve sussistere – e in questo Ulpiano è assai esplicito – al momento in cui è esperita l'azione, e non anche, necessariamente, in quello in cui il delitto fu commesso¹⁶. In verità il nostro testo fa riferimento solo alla conclusione di un'*emptio-venditio*, e non anche – niente indicandosi circa una contestuale *mancipatio* o intervenuta usucapione – a un trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*. Più che a un'acquistata proprietà che, in quanto elemento della *potestas*, rende convenibile l'avente causa, dobbiamo quindi pensare alla legittimazione passiva del nuovo possessore¹⁷, quale del resto non era ignota a Gaio¹⁸, e che poi Ulpiano avrebbe recepito persino come criterio prevalente – ove si tratti di possesso di buona fede – sulla titolarità del dominio¹⁹. Anche ad accogliere questa

¹³ In particolare da P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, ora in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1923, p. 328 ss., la cui nozione di *potestas* è sostanzialmente ripresa da FALCHI, *op. cit.*, p. 149 ss.; ma si veda anche BIONDI, *op. cit.*, in particolare p. 181 s.

¹⁴ Naturalmente, per quanto concerne casi come il nostro, mentre in altre ipotesi di azioni nossali dovremo pensare a *patria potestas*, *causa mancipii* o *manus*.

¹⁵ Sul quale appunto, presupposta evidentemente la sussistenza del primo requisito, insiste Ulpiano nel *principium* del testo in questione (si noti il ricorrere, per due volte, dell'espressione '*apud me*').

¹⁶ Diversamente dalla responsabilità diretta del *dominus sciens* (o addirittura *iubens*) il delitto dello schiavo: BIONDI, *op. cit.*, p. 333.

¹⁷ O, se vogliamo, al possesso stesso – verosimilmente di buona fede – quale integrante, con l'effettiva disponibilità dello schiavo, la *potestas* in questione. La particolarità di testi come D. 9.4.7 rispetto alla teoria precedentemente esposta, era già segnalata da GIRARD, *op. cit.*, p. 330 s. Più difficile seguire FALCHI, *op. cit.*, p. 150 s. (nonostante quanto egli osserva alla nt. 26), secondo il quale nel nostro passo è richiesto che lo schiavo si debba «trovare presso, e a disposizione, del proprietario» – che, *iure civili*, rimane invece il venditore, che appunto non è tenuto in via nossale. Insoddisfacente anche GIMÉNEZ-CANDELA, *op. cit.*, p. 364, che parla semplicemente di «nuevo» e «antiguo dueño».

¹⁸ Si veda (13 *ad ed. prov.*) D. 9.4.13: '*Non solum adversus bonae fidei possessorem, sed etiam adversus eos qui mala fide possident noxalis actio datur*'. Qui evidentemente il problema non è quello della legittimazione passiva del possessore di buona fede, che appare scontata, ma quello di un'analogia previsione riguardo al possessore di mala fede (motivata col rilievo secondo cui '*absurdum videtur eos quidem qui bona fide possiderent excipere actionem, praedones vero securos esse*'). Nessun dubbio, sulla base del principio qui adombrato, che anche Gaio avrebbe dovuto condividere la soluzione di Pomponio, relativa a un caso di *possessor bonae fidei*, come appunto l'*emptor*. Circa i rapporti fra i due tipi di possessori ai fini della responsabilità nossale, si veda invece quanto emerge dal prossimo frammento ulpiano. Riguardo alla «sottomissione» di entrambe le categorie di *possessores* alle azioni nossali, ancora utile, al di là di certe posizioni interpolazionistiche, DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 260 ss.

¹⁹ Così in (7 *ad ed.*) D. 9.4.11: '*Bona fide servi possessor ius nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur*'.

interpretazione, rimane peraltro difficile stabilire se la soluzione del giurista antoniniano costituisca, rispetto all'argomentazione ulpiana, una esemplificazione confermativa del principio cui accennavamo (magari già presente a Pomponio), oppure rappresenti il punto di avvio della più generale previsione che apre il frammento.

Sotto il secondo aspetto, osserviamo come l'astratta prospettabilità del nostro caso in termini di concorso – fra azione diretta contro il *venditor* (che quindi risponderebbe *suo nomine*) e nossale contro l'*emptor* – spiegherebbe il riferimento alla *scientia* del primo, e soprattutto presupporrebbe, da parte di Pomponio, la recezione della rilevanza attribuita all'atteggiamento psicologico del proprietario anche al di fuori dell'ambito di applicazione della *lex Aquilia*²⁰, quale ancora non sembra emergere, ad esempio, da parte di un Celso²¹. L'attenzione che il nostro autore – per primo, a quanto ne sappiamo – prestava a questa problematica in relazione all'*actio de albo corrupto*, e la disciplina in cui egli risolveva il concorso fra azioni, erano destinate a una discreta eco: esse non solo sarebbero state implicitamente condivise da Ulpiano, ma risultano seguite, nella sostanza, anche da Paolo²².

Ancora un aspetto inerente al carattere nossale dell'azione *de albo corrupto* è al centro di un altro testo paolino, contenente stavolta un espresso richiamo a Pomponio, ossia (3 *ad ed.*) D. 2.1.9²³, già esaminato al fine di ricostruire il

²⁰) Sul punto B. BIONDI, *op. cit.*, p. 332 ss., DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 489 ss., in particolare 496 ss., FALCHI, *Ricerche*, cit., p. 71 ss., in particolare 103 ss.

²¹) E appare viceversa prevista da Giuliano: si vedano BIONDI, *op. cit.*, p. 344, DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 496, ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 144 (ma con una diversa ricostruzione della divergenza fra i due scolarchi), a proposito di (Ulp. 18 *ad ed.*) D. 9.4.2 – su cui da ultimo J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin, 1999, p. 70 ss.

²²) Si veda (3 *ad ed.*) D. 9.4.4.2: «*Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est: nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit. ergo dolus servi impunitus erit? quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur*». Sulla provenienza del frammento dall'esame paolino del *De albo corrupto*, LENEL, *Palíngenesia*, I, cit., c. 969, ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 132, 159 (sembra invece riferirlo all'*actio legis Aquiliae* G. TILLI, «*Dominus sciens*» e «*servus agens*», in «*Labeo*», XXIII, 1977, p. 22); dubbi sulla seconda parte del testo in BIONDI, *op. cit.*, p. 336 nt. 2, 344; ma si vedano anche ALBANESE, *op. cit.*, p. 159 ss. (che comunque non ne esclude la base paolina) e TILLI, *op. cit.*, p. 29 ss. ove altra bibliografia. Quasi impossibile risulta invece definire quale fosse la portata attribuita da Pomponio alla *scientia domini*, e in che rapporto essa si ponesse con la riflessione di Ulpiano e Paolo (che probabilmente optarono, al riguardo, per un'accezione dilatata di proprietario *sciens*, nel senso di chi, «pur potendolo, non avesse impedito l'operare del servo»: ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., in particolare p. 139 ss., 161).

²³) «*Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio*

rapporto fra il contributo di Ottaviano e l'«annotazione» del nostro autore²⁴. Qui è sufficiente rilevare come anche per quest'ultimo, nel caso di danneggiamento compiuto dai servi della casa (*familia*), la responsabilità del loro padrone dovesse risultare più gravosa rispetto, ad esempio, all'ipotesi di furto, in cui egli dovrà rispondere dell'illecito come *'si unus liber furtum fecisset'*²⁵. E' probabile che al riguardo dovesse giocare un ruolo decisivo – al pari di quanto verificheremo in contesti vicini – la protezione della violata *maiestas* magistratuale, così come possiamo immaginare che Pomponio sia stato il primo a chiarire come un temperamento della soluzione esposta sia sì possibile (come già suggerito da Ottaviano), ma solo ove l'intervento della pluralità degli schiavi si sia risolto esclusivamente in un *consilium* rivolto ad uno di loro perché realizzasse, con unico *factum*, la *corruptio*.

Attraverso il doppio filtro dei giuristi severiani e dei compilatori, il contributo di Pomponio in tema di corruzione dell'albo edittale si segnala così per l'attenzione prestata a due profili: da un lato, il riconoscimento del bene giuridico a tutela del quale si poneva la prescrizione edittale, e dall'altro, la regolamentazione di alcuni problemi connessi alla natura nossale della relativa *actio*. Sotto il primo aspetto, era individuata nella salvaguardia della *maiestas* magistratuale²⁶, prima ancora che della pubblica conoscibilità del programma giurisdizionale, la finalità e la *ratio* dell'intervento pretorio. Ne era perciò esteso, in genere, l'ambito di applicazione, e resa più gravosa la posizione del proprietario di più schiavi artefici della *corruptio*, salvo poi graduarne la responsabilità a seconda dell'unità o pluralità delle attività materiali poste in essere, e allo stes-

detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavianus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumpetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat'.

²⁴) Si veda supra II.3.II.3 ove bibliografia.

²⁵) Il confronto con tale fattispecie delittuosa non è certo casuale, atteso il tenore dell'editto *'Si familia furtum fecisse dicitur'* riportato da Ulpiano in (38 *ad ed.*) D. 47.6.1.pr. Sul punto già BONFANTE, *Il concetto unitario*, cit., p. 215 s., LISOWSKI, *Noxalis actio*, cit., p. 647 s. Quanto all'inasprimento della disciplina relativa alla corruzione dell'albo, atteneva verosimilmente all'operato di uomini liberi, ma è in sintonia con la posizione di Pomponio, il coevo orientamento di Gaio, succintamente tramandato (sempre che il montaggio compilatorio non ne abbia alterato la portata) in (1 *ad ed. prov.*) D. 2.1.8.

²⁶) Che appare sottesa alla soluzione pomponiana di D. 2.1.7.2, ed è poi esplicitamente posta alla base dell'articolata disciplina di D. 2.1.9, ove il riferimento ad essa può essere solo paolino, ma doveva essere senz'altro presupposto, nella sostanza, anche da Pomponio – non potendosi altrimenti spiegare il particolare regime di nossalità che caratterizza quest'azione rispetto ad altre.

so ruolo assunto dai diversi servi. Strettamente connesso, in quanto anch'esso mirante a precisare il regime nossale dell'*actio de albo corrupto*, è l'altro spunto di Pomponio, alla cui stregua il proprietario dello schiavo che ha danneggiato l'*album edicti* sarà tenuto in via nossale solo ove abbia mantenuto, anche al momento dell'esperimento dell'azione, la disponibilità «presso di sé» del *servus*; oppure risulterà *suo nomine* responsabile, se a suo tempo *sciens* del fatto delittuoso e citato prima che sia esperita l'*actio noxalis* contro l'acquirente del servo.

II. L'analisi del «De edendo»

Interessanti sono anche le posizioni assunte dal nostro giurista nel commentare il «De edendo», e specialmente in tema di informazione della controparte circa il procedimento giudiziale che si vuole intentare (*editio actionis*). Centrale appare qui (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 44.7.37.pr.²⁷, cui abbiamo già accennato nello studiare il

²⁷ Su cui G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 355, A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, p. 84, 126 ss., M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, estr. da «AUPA», XXIV, 1955, p. 396, D. DAUBE, *Utiliter agere*, in «Dura», XI, 1960, p. 137, F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, in «Studi E. Betti», II, Milano, 1962, p. 122 s., J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praeindictum*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 221 ss., A. GUARINO, *La classificazione delle «stipulationes praetoriae»*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 216 ss., G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II.1. Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 358 s., G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 393 ss., F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli, 1965, p. 19, 105, L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, p. 82, A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales «in factum»*, in «Dura», XX, 1969, p. 77, J. AICHER, *D. 44.7.37.pr.*, in «SDHL», XXXV, 1969, p. 360 ss. ove bibliografia, A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, p. 60 ss., R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, p. 51 s., F. STURM, *Stipulatio aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 238 ss. ove bibliografia, K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in «ZSS», XC, 1973, p. 134, E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 28 s., 381, M. LEMOSSE, «*Editio actionis*» et *procédure formulaire*, in «Labeo», XXI, 1975, p. 46, K. HACKL, *Praeindictum im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München, 1976, p. 199 ss., R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, in particolare p. 441 ss., ID., *Les actions qualifiées d'«utiles»*, in «Labeo», XXV, 1979, p. 153, A.M. GIOMARO, *Ulpiano e le «stipulationes praetoriae»*, in «Studi Biscardi», IV, cit., in particolare p. 432, A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in «ZSS», CXII, 1995, p. 8, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht?*, München, 1996, p. 220, 330, 347, 429, E. JACAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, p. 228, I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva*

lavoro dell'interprete attorno a fondamentali termini edittali, come appunto *actio*²⁸:

Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur.

Si tratta di un testo di estremo rilievo, anche se la provenienza dal commento al *De edendo* ridimensiona, come vedremo, il carattere generale di certe sue enunciazioni. Esse presentano peraltro punti controversi, variamente messi in luce dalla romanistica: quello che viceversa è mancato è il tentativo di definire la portata del contributo pomponiano²⁹. La lettera del passo è in quest'ottica piuttosto ambigua, essendo incerto a cosa si riferisca quel *sicut ait Pomponius* che chiude³⁰ il frammento palinogenetico pomponiano, e al contempo spezza in due tronconi l'argomentazione di Ulpiano. Mentre nella seconda parte è probabile – ma tutt'altro che certo – che il giurista severiano proponga in prima persona l'inclusione di stipulazione ed interdetti³¹, non è affatto evidente che, fra i cinque mezzi processuali menzionati nella prima parte, fosse pomponiano il solo riferimento all'ultimo e più controverso di essi (ossia il *praeiudicium*: non suscita infatti problemi il richiamo di *actiones in rem* e *in personam*, mentre un discorso più articolato dovrà riservarsi alle azioni *directae* e *utiles*).

Lo svolgimento del discorso ulpiano e la nuda successione delle parole – se prescindiamo dalla punteggiatura inserita nel passo dagli interpreti moderni (Mommsen *in primis*) – possono invece suggerire che a Pomponio risalga tutta la prima serie di mezzi processuali. Diverrebbe così più logica sia la scelta di Ulpiano di proporre inizialmente un blocco di pensiero pomponiano per poi operarvi delle aggiunte (anziché inserire quell'ardita e isolata inclusione del *praeiudicium* nel cuore di un discorso tutto svolto in proprio), sia il ragionamento di Pomponio che, dopo varie tipologie di azioni, sarebbe giunto a ri-comprendere nella nozione di *actio* – in quanto soggette ai medesimi obblighi di *editio* – le *formulae praeiudiciales* (se non anche interdetti e stipulazioni), in se-

all'interdetto quod vi aut clam, Milano, 1998, p. 98 ove altra bibliografia, F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, p. 51.

²⁸) Si veda *supra* II.2.III.4.I ove bibliografia, nonché III.3.II.

²⁹) Esempio, in questo senso, il citato studio di Aicher, che in dodici pagine di esegesi neppure nomina il giurista antoniniano.

³⁰) Nella discutibile – e non motivata – scelta di LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., c. 15, fr. 5.

³¹) In effetti, come rileva STURM, *op. cit.*, p. 242, «mit *stipulationes* beginnt kein neuer Satz, sondern wird die begonnen Aufzählung fortgeführt».

guito a un progressivo ampliamento di prospettive.

Naturalmente questa proposta è praticamente indimostrabile, così come sono numerosi i problemi sostanziali suscitati dal testo. Punto d'avvio dei nostri giuristi doveva essere l'analisi dell'espressione 'qua quisque actione agere volet, eam edere debet' che, impiegata in (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.13.1.pr., riproduce verosimilmente il dettato del titolo editale³². Come suggerisce soprattutto l'inclusione di stipulazioni pretorie ed interdetti³³, *actio* qui rileva non tanto nel senso di 'potestas agendi', cioè come «possibilità di esercitare in concreto l'attività processuale secondo gli schemi all'uopo predisposti», ma piuttosto come «schema del mezzo processuale»³⁴. Se peraltro, da un punto di vista «dogmatico», è apparsa una forzatura ricomprendere *stipulationes praetoriae* ed *interdicta* nella figura dell'azione, problematica è risultata anche l'inclusione dei *praeiudicia*³⁵. Il confronto con un altro frammento ulpiano (9 *ad ed.*, D. 3.3.35.2, ove si sarebbe distinto fra *actio* e *praeiudicium*) ha indotto alcuni³⁶, a escludere nettamente che la soluzione del nostro testo risalga al giurista severiano (col che – neppure accennandosi alla possibilità, invero tortuosa, che ne fosse autore solo Pomponio e che la sua tesi venisse ricordata senza una confutazione – se ne contestava senz'altro la «classicità»)³⁷.

³² Così già LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 59, CASAVOLA, *Actio*, cit., p. 19.

³³ Pur invisa a molta critica interpolazionista (esemplare LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit., p. 394): una rassegna e una confutazione è in AICHER, *op. cit.*, p. 360 ss., ma si vedano anche PUGLIESE, *op. cit.*, p. 358 s. ove bibliografia, VALINO, *Actiones utiles*, cit., p. 381, nonché il dibattito ricostruito da STURM, *loc. cit.*; decisamente conservativa la lettura di QUADRATO, *op. cit.*, p. 51 s., ove altra conforme bibliografia.

³⁴ Così, riprendendo una terminologia di Pugliese, RAGGI, *La restitutio*, cit., p. 82 nt. 51, ma anche CASAVOLA, *Actio*, cit., p. 105, HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 199. In particolare, secondo BONIFACIO, *op. cit.*, p. 113, «da stipulazione pretoria, come schema ben determinato, è in questo senso un'actio»: l'innovazione dei compilatori – che mutarono la *sedes* del frammento collocandolo nel 'De obligationibus et actionibus' anziché nel 'De edendo' – consisterebbe «nel fatto di aver utilizzato in senso sostanziale quella che per i classici era una categoria formale».

³⁵ Essa almeno già proposta da Pomponio, primo o più illustre esponente di una corrente interpretativa che, nella discutibile ricostruzione di TRIANTAPHYLLOPOULOS, *op. cit.*, p. 77, tende a identificarsi con la scuola proculiana. Quanto all'equiparazione fra *actiones* e *stipulationes praetoriae*, essa sarebbe stata riproposta da Ulpiano, praticamente negli stessi termini ('In stipulationibus quoque quae instar actionum habent, id est praetoriis ...') in (63 *ad ed.*) D. 16.2.10.3 (ma si veda, almeno in riferimento alle *stipulationes cautionales*, anche 70 *ad ed.*, D. 46.5.1.2): GIOMARO, *Ulpiano e le «stipulationes praetoriae»*, cit., p. 414 ss., in particolare 432, JACAB, *Prædicere*, cit., p. 228.

³⁶ Come MARRONE, *op. cit.*, p. 396 nt. 820.

³⁷ D. 3.3.35.2 era considerato meno probante da TRIANTAPHYLLOPOULOS, *op. cit.*, p. 77 (che vi scorge anzi la traccia dello stesso dubbio latente nel nostro frammento, ossia se i *praeiudicia* siano o meno azioni), mentre la prospettiva di Marrone risulta addirittura

Più probabilmente, la dilatazione del termine *actio* risente in modo determinante della *sedes materiae*, in quanto la necessità di imporre l'assolvimento di determinate formalità³⁸ a chiunque assumesse un'iniziativa processuale³⁹, faceva ricondurre fra le azioni anche mezzi (come il *praeiudicium*) di più incerta qualificazione e che, in una prospettiva più generale, o comunque diversa (si veda appunto D. 3.3.35.2), si presentavano come figure autonome. Qualche perplessità suscita peraltro anche il riferimento a quei mezzi che, pur rientrando senza dubbio nella nozione in esame, comportano nella pratica un più difficile adempimento dell'informazione della controparte: pensiamo alle *actiones utiles* e all'improbabilità di eseguirne (attesa la loro usuale assenza nell'albo editale)⁴⁰ l'*editio* nei modi prescritti da Ulpiano, sulle orme di Labeone, in D. 2.13.1.1⁴¹.

rovesciata in AICHER, *op. cit.*, p. 365: «Der Grund für die Anführung von praeiudicium, stipulatio und interdictum ist sowohl in D. 44.7.37.pr. als auch in D. 3.3.35.2 derselbe».

³⁸) E' discusso attraverso quale mezzo di coazione, nel senso che le fonti non indicano (se non in modo indiretto e approssimativo, come nel caso di D. 2.13.1.5) le conseguenze dell'omissione dell'*editio actionis* (e *instrumentorum*): sul punto, per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 366 ss., LEMOSSE, «*Editio actionis*», cit., p. 48 ss., C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, Torino, 1982, p. 142, I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 216 ss. ove altra bibliografia, A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela, 1984, p. 27, BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, cit., in particolare p. 35 s.

³⁹) E potesse quindi invocare a sostegno della propria pretesa la sussistenza di una *formula*, fosse essa *iudicii*, *praeiudicialis*, *stipulationis* o *interdicti*. Sull'attestazione, nelle fonti, anche di queste ultimi tipi di *formulae*, di recente, MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 15 s. Che l'*editio actionis* consistesse proprio nell'«edere la formula, con cui si sarebbe agito», era già sottolineato da PUGLIESE, *op. cit.*, p. 360. Sul punto anche BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 206 ss. ove bibliografia, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 220 ove bibliografia. Sull'incidenza della *sedes materiae* nel senso indicato, HACKL, *Praeiudicium*, cit., p. 200 nt. 23, che giustamente rileva come «die Juristen den Aktionenbegriff je nach dem Sachbedürfnis eng oder weit verstehen».

⁴⁰) Pur non priva di significative eccezioni, dall'*actio Publiciana* alla tutela prevista nel «*De fideicommissaria hereditatis petitione et utilibus actionibus*» e all'*actio communi dividundo utilis* (su cui già, rispettivamente, LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 183 ss., 212 s.), sino all'*actio Serviana* (per altre *formulae* di *actiones utiles*, si veda MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 46 s. ove bibliografia). Su questi aspetti, AICHER, *op. cit.*, p. 364, VALINO, *Actiones utiles*, cit., in particolare p. 29, SOTTY, *Recherche*, cit., p. 441 ss., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 329 ss.

⁴¹) Sul punto soprattutto SOTTY, *Recherche*, cit., p. 441 ss., ove importanti rilievi anche circa il mancato riferimento, nel nostro passo, alle *actiones in factum* (forse motivata dal fatto che qui l'*actio* oggetto di *editio* «n'apparait que postérieurement à sa concession par le magistrat»). Da quanto esposto nel testo possiamo ipotizzare che i nostri giuristi – oltre ad avere in mente le azioni utili previste nell'albo – pensassero a una forma di *editio* differente

Anche in questo caso il contributo di Pomponio si lascia apprezzare per una preventiva individuazione della *ratio* della disciplina, e per la sua conseguente estensione, così da comprendere fattispecie altrimenti (e forse fino ad allora) non contemplate. La strada percorsa è quella di una «definizione strumentale», quantomai lontana dal modo di procedere di un giurista moderno – che tende a stabilire una volta per tutte ciò che è indicato da un termine tecnico –, ma forse proprio per questo capace di suscitare un tacito consenso ed ulteriori sviluppi in età severiana.

Una non secondaria innovazione è ascrivibile a Pomponio anche a proposito del dovere di *edere* – stavolta non l'*actio* ma le *rationes* –, quale grava sugli esercenti una *mensa argentaria*⁴². L'equiparazione a questi ultimi dei *nummularii*, almeno nel senso di assoggettare entrambe le categorie all'eventuale dovere di rendere pubblica la propria contabilità – quale è delineata in (Paul. 3 *ad ed.*) D. 2.13.9.2⁴³ –, costituisce un momento importante nell'evoluzione della disciplina giuridica delle imprese finanziarie antiche. Al riguardo è qui sufficiente osservare come il giurista antoniniano risulta essere il primo a proporre questa parificazione – significativamente condotta sul filo dell'equità⁴⁴ –, pur avendola probabilmente formulata non in una prospettiva generale

dal *producere adversarium suum ad album* (l'unica cui sembra guardare SOTTY, *loc. cit.*; più complesso il discorso per le altre procedure indicate da Ulpiano in D. 2.13.1.1, come fornire il convenuto di un libello con copia della relativa *formula*, o dettargliene il contenuto; nel senso da noi indicato già AICHER, *op. cit.*, p. 364). Una modalità che non avrebbe senso – come rilevato da SOTTY, *Recherche*, cit., p. 442 s. – anche se riferita all'azione editale in analogia della quale era concessa la tutela in esame. Altri – come AICHER, *op. cit.*, p. 364 – hanno immaginato che il pretore potesse richiedere «durch sein Edikt vom Kläger von concepta verba Gebrauch zu machen»: *concepta verba* che costituivano un «Satzgefüge» adattato al caso singolo ma pur sempre corrispondente alle usuali formule previste nell'editto («dem üblichen Formeltypus entspricht»).

⁴² Circa il tenore della previsione pretoria, si vedano (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.13.4.pr. (Praetor ait: 'Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinent, edent adiecto die et consule') – su cui però A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, p. 20 s. ove bibliografia –, nonché (Ulp. *ibid.*) D. 2.13.6.8 (Praetor ait: 'Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo').

⁴³ 'Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur'. Tornremo più diffusamente su questo passo, contestualizzato in una realtà economica che proprio in Pomponio doveva trovare una delle più adeguate regolamentazioni giuridiche, *infra* IV.2.1.1 ove bibliografia.

⁴⁴ Si noti l'*incipit* del testo, per cui potremmo pensare alla registrazione – in termini di approvazione – di una prassi già invalsa, ma anche al suggerimento di introdurne una nuova. Circa l'affiorare, nella soluzione di Pomponio, di un *iter* logico simile a quanto rilevato riguardo all'*actio de albo corrupto*, si veda quanto osservato da BARREIRO, *La previa*

ma, come nel caso di D. 44.7.37.pr., funzionalmente alla previsione edittale indagata.

III. Dottrine in materia di «*in ius vocatio*»

III.1. Disciplina processuale e diritto delle persone

Nutrita è la riflessione pomponiana a noi pervenuta a proposito del regime della *in ius vocatio*. I frammenti relativi si segnalano fra l'altro per restituire – oltre a una regolamentazione strettamente processuale – alcune posizioni del nostro autore in merito al diritto delle persone e di famiglia, come quando è chiarita l'accezione da attribuire ai termini *parens, liberi* e, in un certo senso, *patronus*⁴⁵. Nell'arco dell'intero commentario all'editto questa doveva essere la sede più opportuna per simili indagini, soprattutto dove era affrontato il primo titolo («*In ius vocati ut eant aut vindicem dent*») del «*De in ius vocando*», teso a garantire l'effettiva presenza *in iure* (o la sua offerta di un *vindex*) da parte di chi fosse stato ritualmente convenuto (e pure di chi fosse in realtà soggetto ad *aliena iurisdictio*)⁴⁶, ma anche a fissare formalità e limiti a cui l'*in ius vocatio* andava

informacion, cit., p. 198, secondo cui la tesi del nostro autore sarebbe stata accolta in quanto derivata dalla *ratio edicti*, se non dal suo tenore letterale, dal momento che tanto per gli *argentarii* che per i *nummularii* ricorrevano i presupposti che avevano spinto il pretore a emanare – ma in relazione solo ai primi – il proprio editto.

⁴⁵ Si tratta peraltro, come nel caso del «*De edendo*», di precisazioni strettamente funzionali alle disposizioni procedurali oggetto di *interpretatio*: significativo è ad esempio l'*hic* che leggiamo in D. 2.4.4.2, su cui *infra* nel testo.

⁴⁶ Come apprendiamo da (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 5.1.5: «*Si quis ex aliena iurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt: praetoris est enim aestimare, an sua sit iurisdictio, vocati autem non contemnere auctoritatem praetoris. nam et legati ceterique qui revocandi domum ius habent in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant privilegia sua allegaturi*». Qui Pomponio e Vindio sono concordi nello stimare che anche il soggetto in questione debba presentarsi *in iure*, verificandosi, in caso contrario, un oltraggio all'*auctoritas* del pretore. Si parla appunto di *auctoritas* (così come in D. 13.6.5.2, che esamineremo *infra* III.5 ove bibliografia) e non di *maiestas*, e neppure è certo che la seconda parte del frammento riproduca la motivazione già espressa dal nostro giurista. Sembra però di potervi scorgere – come a proposito della corruzione dell'albo edittale – un analogo riconoscimento, da parte sua, della tutela dell'autorità del magistrato come valore-guida di molte di queste prime disposizioni edittali. Una *ratio* qui prevalente sulla stessa esigenza di assicurare, a vantaggio dei *cives*, funzionalità e speditezza delle procedure, e che sembra fosse riconosciuta, pur nel quadro di una soluzione più articolata, anche da Paolo (si veda 1 *ad ed.*, D. 2.5.2). Una più puntuale disamina di D. 5.1.5 può leggersi *supra* II.4.III.2 ove bibliografia.

incontro.

Particolarmente ricco, sotto questo secondo profilo⁴⁷, il contributo di Pomponio all'interpretazione della disposizione del pretore secondo cui *'parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet'*⁴⁸. Il significato qui assunto dal termine *parens* è chiarito dal giureconsulto antoniniano, sulla scorta dei *veteres* – ma non di Cassio, seguito da Ulpiano –, in (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.4.4.2⁴⁹:

Parentem hic utriusque sexus accipe: sed an in infinitum, quaeritur. quidam parentem usque ad tritavum appellari aiunt, superiores maiores dici: hoc veteres existimasse Pomponius refert: sed Gaius Cassius omnes in infinitum parentes dicit, quod et honestius est et merito optinuit.

Duplici è il problema dibattuto nel passo: innanzitutto se il termine *parens* sia riferibile ai (pro)genitori di entrambi i sessi; in secondo luogo, se tale riferimento riguardi tutti gli ascendenti. Nel primo caso la soluzione, affermativa e sostanzialmente incontroversa, si presenta come formulata esclusivamente da Ulpiano – che adottava lo stesso criterio in D. 2.4.10.5 (*'liberos parentesque patroni patronaeque utriusque sexus accipere debemus'*) e poi, seppure in un contesto diverso, anche in (8 *ad ed.*) D. 3.2.23 e (*ibid.*) *Vat. fr.* 321⁵⁰. Riguardo al secondo punto è invece richiamato il nostro giurista, il

⁴⁷) Che peraltro concerne, come vedremo, quei limiti alla facoltà di *'vocare in ius'* di carattere relativo, in quanto impongono all'attore di ottenere una preventiva autorizzazione del magistrato. Caso diverso è quello delle persone (indicate soprattutto in Ulp. 5 *ad ed.*, D. 2.4.2) che era vietato, in modo assoluto, convocare in giudizio: BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 236 ss. ove bibliografia.

⁴⁸) Questa prescrizione è riferita da Ulpiano in (5 *ad ed.*) D. 2.4.4.1, ma sostanzialmente trascritta già in Gai., *Inst.* 4.183 e poi, pur in una prospettiva più generale, da Modestino (10 *paed.*, D. 2.4.13). Ulpianei sono anche tutti i richiami a Pomponio sul tema.

⁴⁹) Su questo testo F. LANFRANCHI, *Premesse terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano classico*, in «SUC.», XXX, 1943-46, p. 46 s., PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 372, A. FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización pretoria para la 'in ius vocatio'*, in «SDHL.», XXXVII, 1971, p. 264 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 259, A. GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., in particolare p. 58 ss. (per il quale ancora sussistono sospetti di interpolazione), BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 242, F. HORAK, *Wer waren die «veteres»? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in «Vestigia iuris romani. Festschrift G. Wesener», Graz, 1992, p. 223 ss., 233, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 222.

⁵⁰) Non infondata appare comunque la cautela di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 16, fr. 13, che riporta tutto D. 2.4.4.2 anche *sub* Pomponio. Negli stessi anni del nostro giurista, Gaio avrebbe optato – sulla linea di Cassio – per considerare *parentes* tutti i *superiores*, ma anche per comprendere gli ascendenti di sesso femminile (si veda 23 *ad ed. prov.*, D. 50.16.51, attribuibile – secondo i motivi e pur con i dubbi indicati da LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 232 nt. 2 – al commento del *De bonis possidentis proscribendis vendundis*: *'Appellatione*

quale riferiva come per i *veteres* (di cui, diversamente da Cassio e Labeone, menzionati più tardi, sembra evidente l'indiretta consultazione ulpiana)⁵¹, '*parens*' fosse riferibile solo agli acendenti fino al sesto grado⁵², mentre i successivi erano detti '*maiores*'.

Invero è plausibile, ma non certa, l'adesione pomponiana a questa «vecchia» tesi, mentre opposta era la soluzione di Cassio, ricordata da Ulpiano come prevalente, e da lui stesso accolta (sia qui che in D. 2.4.10.9 e *Vat. fr.* 321)⁵³. Quel che stupisce in questo testo⁵⁴ è l'inusuale astrattezza – quasi un gratuito scrupolo ermeneutico – con cui viene condotta tutta la discussione, come se la possibilità materiale di citare il bisnonno del nonno del proprio nonno, comportasse realmente il dubbio circa la legittimità della sua *in ius vocatio*! Questa singolarità non è forse sufficiente per supporre che Ulpiano richiamasse una precisazione elaborata da Pomponio in un luogo del suo *ad*

'parentis' non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur: sed et mater et avia et proavia). Nella stessa direzione era la soluzione più generale indicata dallo stesso Gaio nel X libro *ad legem Iuliam et Papianam* (D. 50.16.152: '*Hominis' appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur*') e da Giuliano nel *De ambiguitibus liber singularis* (D. 32.62: '*Semper sexus masculinus etiam femininum sexum continet*'); su quest'ultimo testo, per tutti, C. PENNACCHIO, *Criteri interpretativi di Giuliano in un'ambigua disposizione mortis causa*, in «Nozione formazione e interpretazione del diritto», II, cit., p. 87 ss. ove bibliografia e indicazione di altre, conformi testimonianze giurisprudenziali: di Giuliano si tenga soprattutto presente 81 *dig.*, D. 50.16.101.3). Pomponio, sviluppando un'analoga, benché più circoscritta, riflessione, escludeva invece il procedimento inverso in (8 *ad Q. Muc.*) D. 31.45.pr.: '*si ita scriptum esset: 'filiis meis hocce tutores do', responsum est etiam filiius tutores datos esse. quod non est ex contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur: exemplo enim pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri*'. Un significativo orientamento di età severiana è infine in (Mod. 9 *differ.*) D. 50.16.101.3 ('*Servis legatis etiam ancillas deberi quidam putant, quasi commune nomen utrumque sexum contineat*').

⁵¹) Tanto che solo al giurista severiano potrebbe risalire la dizione *veteres*, laddove Pomponio indicava i nomi degli autori richiamati. Così HORAK, *op. cit.*, p. 224, che però non sembra considerare la presenza di altri riferimenti pomponiani (come in D. 35.2.31 e D. 40.7.21) agli stessi *veteres*.

⁵²) Ossia fino al *tritavus*: torna qui il riferimento al solo maschile. Sull'identificazione di questo *tritavus* (in primo luogo, come '*patris et matris atavus*'), (Paul. *l. s. de grad. et adf.*) D. 38.10.10.17.

⁵³) E prima di lui, come visto, da Gaio in (23 *ad ed. prov.*) D. 50.16.51: un passo tanto più significativo in quanto proveniente da un contesto diverso, e probabilmente segnato – almeno agli occhi dei compilatori – da una prospettiva più generale. La «vecchia» tesi cui ci riferivamo era invece seguita da Paolo in (*l. s. de grad. et adf.*) D. 38.10.10.7. Diversa è la problematica e controversa la soluzione – *avus* nel senso di nonno (come sembra indicare la corrispondente omologazione tra figlio e nipote, già espressa in Iul. 12 *dig.*, D. 14.6.14), o in quello generico di antenato? – in (Iul. 81 *dig.*) D. 50.16.201.

⁵⁴) E che non mi sembra sia stato finora messo in luce, tranne che da HORAK, *op. cit.*, p. 224.

edictum non corrispondente all'esame del 'De in ius vocando' (o addirittura in un'opera diversa)⁵⁵. Possiamo però supporre che un simile chiarimento, pur occasionato dall'esegesi della disposizione in esame, in questo caso non si esaurisse nel suo ambito (l'*hic* cui poco prima accennava Ulpiano), ma mirasse a restituire il significato generalmente assegnato al segno *parens* nel linguaggio giuridico (tanto che alla soluzione del nostro giurista si atterrà, pur senza nominarlo, Paolo nel *l.s. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*)⁵⁶. Un ampliamento di prospettive che forse neppure impediva a Pomponio di ridimensionare, ai fini della nostra norma, la distinzione fra '*parentes*' e '*maiores*', e che comunque non può stupire da parte di un giurista così attento a problemi lessicografici⁵⁷, e che sotto il riferimento ai *veteres* avrebbe potuto alludere anche a indagini grammaticali, oltre che giuridiche, di età repubblicana⁵⁸.

⁵⁵) E' in effetti difficile immaginare un contesto più propizio di questo per compiere simili indagini, o un macroscopico venir meno, in questo tratto, della simmetria fra l'*ad edictum* di Pomponio e quello di Ulpiano, che avrebbe costretto quest'ultimo a ricercare un'interpretazione avanzata in un libro lontanissimo da quello che aveva materialmente sotto gli occhi mentre commentava il 'De in ius vocando'. Sotto il primo profilo sono indicative le perplessità palinogenetiche destinate dal gaiano D. 50.16.51 (*supra* nt. 50), mentre non giova molto ipotizzare che la dottrina di Pomponio provenga dall'esame del primo paragrafo ('*Qui ne dent cognitores*') del 'De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus' (su cui *infra* III.4.V) ove troviamo sì un riferimento anche al *parens*, ma nel senso di sanzionare la mancata osservanza del *tempus legendi* conseguente alla sua scomparsa. Ugualmente sorprendente, quindi, porsi concretamente il problema della disciplina della scomparsa, vivo il discendente, dell'ascendente di settimo grado!

⁵⁶) Penso a D. 38.10.10.7: '*Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur: ulteriores qui non habent speciale nomen maiores appellantur: item liberi usque ad trinopotem ultra hos posteriores vocantur*'. Il collegamento fra il nostro testo e questo (erroneamente indicato come D. 38.10.7) era già in FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 264 s., ma anche in HORAK, *op. cit.*, p. 224. Rispetto alla nozione di *liberi* offerta da Paolo, è ancora diversa, e priva di limitazioni di grado, quella leggibile in Ulpiano: (5 *ad ed.*) D. 2.4.10.9. La sostanziale affidabilità del passo paolino – nonostante il radicale scetticismo che sull'opera di provenienza nutrivava SCHULZ, *Storia*, cit., p. 458 ss. – non sembra da porre in dubbio: così, implicitamente, FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 264 s., GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., in particolare p. 58 e soprattutto LANFRANCHI, *Premesse terminologiche*, cit., p. 47, HORAK, *op. cit.*, p. 224 e nt. 95 ove bibliografia.

⁵⁷) Si veda *supra* in particolare II.2.I.

⁵⁸) Secondo una contiguità di ricerche ben esemplificata dall'opera di Elio Gallo (su cui *supra* II.1.II.1) e dagli interessi di Labeone. Una simile ipotesi non è esclusa dal fatto che, propriamente, il richiamo ai *veteres* operato da giuristi sembra interessare sempre i loro predecessori, la cui collocazione cronologica è peraltro controversa (e può anche essere relativa, in considerazione cioè del periodo cui appartiene il referente): HORAK, *op. cit.*, p. 202 ss. ove bibliografia, ma anche 228 ss. (per l'uso di «*veteres* bei den nichtjuristischen Schriftstellern»). Lo stesso HORAK, *op. cit.*, p. 224 s., si interroga sulla possibilità che la definizione

Più concrete le ipotesi dibattute, e più articolato il quadro problematico, a proposito del divieto imposto al liberto di convocare in giudizio il proprio patrono senza l'autorizzazione del magistrato. Si tratta di un *bonos* spettante al *patronus* – così leggiamo in entrambi i nostri passi –, sulla cui persistenza in fattispecie particolari Pomponio si interroga in D. 2.4.10.6 e D. 2.4.10.13, provenienti dal V libro *ad edictum* di Ulpiano. Nel primo di essi⁵⁹ il giurista severiano scrive:

Sed si per poenam deportationis ad peregrinitatem redactus sit patronus, putat Pomponius eum amisisse honorem. sed si fuerit restitutus, erit ei etiam huius edicti commodum salvum.

L'apporto di Pomponio sembra qui incentrarsi sulla riconosciuta decadenza dall' *'bonos'* in questione nel caso in cui il patrono fosse, a seguito di *deportatio*, privato della cittadinanza. Il nostro giurista era stato verosimilmente il primo ad analizzare questa possibilità: la sua soluzione sarebbe stata implicitamente accolta da Ulpiano, ma anche integrata con la precisazione (evidentemente tutt'altro che ovvia, o comunque inespressa nel nostro commentario) circa il ripristino di tale *'bonos'*⁶⁰ ove il patrono fruisse di un'apposita *in integrum restitutio*, del cui impiego abbiamo notizie almeno a partire da Cervidio Scevola⁶¹.

di *parentes* richiamata da Pomponio risalisse a Labeone, ma anche a Varrone o Elio Gallo. Egli peraltro ritiene – ma senza apprezzabili motivazioni – «unwahrscheinlich ... daß Pomponius unter den *veteres* Varro, Aelius Gallus oder andere eher antiquarisch ausgerichtete Autoren verstanden hat». Senz'altro improbabile appare invece una fedele derivazione da Festo, da cui poteva essere mutuata solo la differenziazione del significato di *parens* nell'accezione volgare (ove indica *'pater aut mater'*) e in quella tecnico-giuridica, per cui il grammatico proponeva però un'ascendenza di grado diverso da quella di D. 2.4.4.2. Si veda Festo 247 (L.): *'parens ... iuris prudentes avos et proavos, avias et proavias parentum nomine appellari dicunt'*.

⁵⁹) Su cui U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 320, C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II, Catania 1950, p. 138, V. DE VILLA, *Exilium perpetuum*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 300, A. SCHIAVONE, «*Matrimonium*» e «*deportatio*». *Storia di un principio*, in «AAN.», LXXVIII, 1967, p. 463 ss., U. ZILLETTI, *In tema di 'servitus poenae'* (Note di diritto penale tardoclassico), in «SDHL.», XXXIV, 1968, p. 57, ID., *Note sulla restitutio in integrum damnatorum*, in «Studi G. Grosso», II, Torino 1968, p. 73 ove bibliografia, FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 272, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 98, 192, 331, GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 69.

⁶⁰) O *'commodum'*, come nella terminologia del testo (peraltro sospetta a più autori: bibliografia in BRASIELLO, *op. cit.*, p. 320 nt. 87).

⁶¹) Si veda (18 *dig.*) D. 36.1.77.pr. Su questo strumento di reintegra, in generale, ZILLETTI, *Note*, cit., p. 35 ss. ove bibliografia; sulla possibile assimilazione al caso in esame di quello «de la pérdida de ciudadanía, no por sanción penal, sino por cautiverio de guerra»,

in cui «el prisionero podía recuperar su derecho por el regreso (*postliminium*)», GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *op. cit.*, p. 69 (ma si veda già FERNANDEZ BARREIRO, *loc. cit.*); sulle analogie fra la disciplina del *deportatus* e quella del condannato *ad metalla*, COSENTINI, *op. cit.*, in particolare p. 138 nt. 336. Quanto sinora esposto implica un sostanziale superamento – come già, implicitamente, in ALBANESE, *op. cit.*, p. 98, 191 s., che tuttavia rileva come «la perdita della *civitas* fu conseguenza accessoria della pena dell'esilio coatto, previsto per alcuni gravi crimini (si parlò di *deportatio*, confondendola in qualche modo con l'antica *aqua et igni interdictio*)» – dei sospetti di radicale alterazione del testo cui ancora, sulle orme del Brasiello, credeva SCHIAVONE, «*Matrimonium*» e «*deportatio*», cit., in particolare p. 465. Secondo questo A. (di cui è invece persuasiva la difesa della sostanziale genuinità di una serie di testimonianze ulpiane o paoline circa la *amissio civitatis* del deportato), «può ... convenirsi con il Brasiello che considera, fra tanti guasti, inesatto il riferimento a Pomponio, il quale doveva riferirsi all'*aqua et igni interdictio*, e tutto il brano “un glossema malamente inserito”». L'alternativa su cui si muovono questi dubbi necessita di un chiarimento. Piuttosto inverosimile è che il riferimento a Pomponio sia stato radicalmente inventato, o anche aggiunto, da una mano tardoantica: quale profitto avrebbe infatti conseguito l'ignoto maestro a ricercare questa opinione – che avrebbe poi comunque dovuto rielaborare, risultando altrimenti diverso il referente ma sempre risalente al II secolo la dottrina – nello sterminato commentario pomponiano, sempre che questo fosse ancora reperibile? Astrattamente plausibile è invece una manipolazione del contenuto della dottrina di Pomponio (già oggetto di citazione ulpiana), a opera di un copista o di un glossatore post-severiano (ma forse neppure potremmo escludere una rielaborazione da parte di Ulpiano). Vero è infatti – come rileva SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*, cit., p. 251 ove bibliografia – che la *deportatio* «venne a sostituirsi, dall'età di Traiano, all'antica *interdictio aqua et igni*», senza però soppiarla in modo repentino e totale (come potrebbe forse suggerire [Ulp. 48 *ad ed.*] D. 48.19.2.1: '*postquam deportatio in locum aquae et ignis interditionis successit*'), ma anzi determinando per un certo periodo – anche per il diverso piano di repressione penale entro cui erano sorte (quello delle *quaestiones perpetuae* per l'*interdictio*, delle *cognitiones extra ordinem* per la *deportatio*) – una loro coesistenza (un loro «correre parallelamente», nella terminologia di DE VILLA, *loc. cit.*), invero già oggetto di riflessione da parte della giurisprudenza antoniniana (una loro analogia è al centro di Gai. 17 *ad ed. prov.*, D. 28.1.8.1-3; alla *deportatio*, in confronto stavolta con la *relegatio*, si riferiva Pomponio stesso in D. 48.22.17 [18], di cui è ignota l'opera di provenienza). Si consideri poi che il rescritto di Antonino Pio di cui ci informa Marciano in (13 *inst.*) D. 48.22.2 ('*manumittere deportatum non posse divus Pius rescripsit*') sembrerebbe indicare la perdita di cittadinanza come non automaticamente conseguente alla *deportatio*, giacché – come rilevava SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 459 – «che un non *civis*, dunque un *peregrinus*, non potesse affrancare uno schiavo, conferendogli, attraverso una *manumissio iusta ac legitima*, libertà e cittadinanza romana, è principio relativamente evidente, e che difficilmente giustifica un rescritto imperiale per ribadirlo». In realtà il primo rilievo di Schiavone è reso meno probante dalle stesse testimonianze cui abbiamo accennato (si che con non maggiore probabilità Pomponio si sarebbe dovuto riferire, in D. 2.4.10.6, all'*interdictio* piuttosto che alla *deportatio*). Il secondo risulta invece inficiato dall'intenzione di attribuire la previsione di Antonino Pio alle sole manomissioni (*iustae ac legitimae*) conferenti (anche) la cittadinanza romana. Liberata da quest'interpretazione restrittiva, la generica *manumissio* menzionata nel rescritto rientra senz'altro – secondo la ricostruzione ulpiana (1 *inst.*, D. 1.1.4) – fra quei negozi *iuris gentium* di cui poteva fruire il *deportatus*, come apprendiamo soprattutto da Marciano (1 *inst.*,

I dubbi attorno al permanere del nostro ‘*bonos*’ sono invece motivati non da una variazione nello *status* del patrono, quanto dalla particolare veste processuale in cui egli compare, nel caso di (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.4.10.13⁶²:

Semper autem hunc honorem patrono habendum, et si quasi tutor vel curator vel defensor vel actor interveniat patronus. sed si patroni tutor vel curator interveniat, impune posse eos in ius vocari Pomponius scribit et verius est.

Ulpiano si interroga qui sulla persistenza del privilegio del patrono ove questi compaia nella veste processuale (e in quanto tale ne sia richiesta la *vocatio in ius*) di *tutor, curator, defensor* o *actor*⁶³. Risolto affermativamente questo dubbio –

D. 48.19.17.1; ben verosimile è infatti la collocazione dei condannati alla *deportatio* fra i *peregrini nullius civitatis*, nonostante i gravi, seppur declinanti, sospetti suscitati dal testo: per tutti, E. VOLTERRA, *Gli ἀπόλυτες in diritto romano*, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, p. 480 ss. ove bibliografia). L'intervento antoniniano troverebbe così la sua *ratio* (e la sua eccezionalità) nell'introdurre una limitazione al diritto del deportato di manomettere gli schiavi acquistati dopo la condanna – alla cui base possiamo rintracciare, con MAROTTA, *Multa de iure sanxit*, cit., in particolare p. 342 s., «il divieto di ogni atto di liberalità in *frandem fisci*», giacché «una *manumissio*, depauperando il condannato, avrebbe reso vane le aspettative del *fiscus*, crede necessario del deportato». Riteneva invece che il rescritto di Antonino Pio, lungi dall'assolvere a queste finalità, confermasse «la soluzione che poteva ricavarsi dai principi (forse era stato avanzato il dubbio che il deportato potesse manomettere in forma pretoria)», M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 826.

⁶²) Una lettura di questo frammento in S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, p. 208 s., FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 276, BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 243 s. e nt. 66, GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citación*, cit., p. 66.

⁶³) Verosimilmente nel senso di *actor municipium* (o *municipii*, o *civitatis*), non comprendendosi altrimenti come possa essere *in ius vocatus* un attore (nel senso di ‘*is qui rem agit*’). L’accezione proposta è del resto quella in cui Ulpiano impiegava *actor* pochi paragrafi prima, in D. 2.4.10.4; nel senso accennato, pur dubitativamente, anche il *V.I.R. s.v. actor*; non menziona invece la nostra tra le fonti che parlano di «*actor (municipii, civitatis, etc.)* in atti processuali», ALBANESE, *le persone*, cit., p. 562 nt. 36. Alla conclusione prospettata può spingere anche il contestuale riferimento a *defensor* – forse da intendersi, come dirà Arcadio Carisio in (*l.s. de mun. civ.*) D. 50.4.18.13, quale sinonimo di *syndicus*, ossia come «rappresentante processuale permanente» di *universitates personarum* (la terminologia è di F.M. DE ROBERTIS, ‘*Syndicus*’. *Sulla questione della rappresentanza processuale dei ‘collegia’ e dei ‘munera’*, in «SDHI.», XXXVI, 1970, p. 304 ss., che peraltro non annovera D. 2.4.10.13 fra i passi che documentano una tale accezione di *defensor*: *op. cit.*, p. 304 nt. 1; parlava sia dell’*actor* che del *defensor* come «rappresentanti stabili» di una *civitas*, E. DE SIMONE, «*Actor sive syndicus*», in «*Syntelesia Arangio-Ruiz*», II, cit., in particolare p. 1065; l’espressione ‘*actor vel syndicus*’ ricorre in [Gai. 3 *ad ed. prov.*] D. 3.4.1.1-2; sull’intera materia, più di recente, A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei ‘collegia’ in diritto romano*, in «*Iura*», XXXI, 1980, p. 1 ss., in particolare 12 ss., V. MANNINO, *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano, 1984, p. 1 ss. ove bibliografia, in particolare 60 ss.). Circa l’attenzione di Pomponio ai mezzi di tutela

e senza che in proposito siano percepibili reminescenze pomponiane –, è riferita la (opposta) disciplina cui perveniva il giurista antoniniano riguardo al tutore o curatore del patrono stesso. Questi ultimi potranno infatti essere liberamente convocati in giudizio, senza necessità di autorizzazione magistratuale, atteso il carattere rigorosamente personale dell' *'bonos'* in questione⁶⁴.

Proprio quest'ultimo elemento doveva sorreggere la scelta del nostro autore, pur tanto sensibile, in altri casi, alle ragioni degli interessi sostanziali e dell'effettività che è dietro le forme⁶⁵. Individuata la *ratio* della limitazione pretoria nella salvaguardia dell'ordine e del rispetto sociale (quale sarebbe viceversa turbato da un'incontrollata facoltà di agire in giudizio anche contro genitori ed ex proprietari)⁶⁶, ben poco rileva la titolarità della situazione giuridica per cui avveniva la *vocatio in ius*⁶⁷. Così, se in un altro contesto

esperibili contro o in nome di *municipes*, *infra* III.4.V.3.

⁶⁴) Sul carattere delle «obligaciones» («personalísimas») sorgenti dal rapporto di patronato, quali emergeranno solo «quando el patrono es la persona a demandar, se trate de negocio proprio o ajeno», GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 66. Sulla «natura strettamente personale» del «privilegio» del patrono, quale attiene «alla mera situazione processuale ... e non a profili sostanziali», BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 243.

⁶⁵) Pensiamo solo al suo contributo in tema di *actio de dolo* (e in particolare alla concessione di questa ove l'insolvenza del legittimato passivo vanifichi – come in D. 4.3.9.3 – il ricorso ad un'*alia actio*); alla sua persuasione che la *collatio bonorum* potesse eseguirsi anche *re* e non solo *cautione* (D. 37.6.1.11); all'equiparazione – ai fini del dovere di *edere rationes* – di *argentarii* e *nummularii* (D. 2.13.9.2); alla convinzione che non costituisca una *pecunia debita*, ai fini del relativo *constitutum*, quanto dovuto *iure civile*, ma non proficuamente perseguibile con successo a causa dell'*exceptio* fruibile dal debitore (D. 13.5.3.1); alla concessione di azione contro il *ensor* in particolari ipotesi in cui venditore o compratore (che sarebbero altrimenti, e a diverso titolo, unici legittimati passivi) siano insolventi (D. 11.6.3.2-3); alla tesi secondo cui integra attività fraudolenta nei confronti del patrono anche *'quod in fraudem patronatus factum sit'* (D. 38.5.1.27); all'utilizzo della *vindicatio servitutis* per ottenere la *refectio* della servitù di *iter, actus* o *via* (D. 8.5.4.5).

⁶⁶) La *ratio* è quindi analoga – mutato quel che è da mutare, e tenuto conto dell'ulteriore rischio di una condanna infamante – a quella che aveva indotto il pretore a escludere la concessione dell'*actio de dolo* a favore, tra gli altri, di *liberi* e *liberti* contro *parentes* e *patroni*. Fondamentale, al riguardo, (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.3.11; la concessione dell'autorizzazione all'*in ius vocatio* non era invece semplicemente subordinata al requisito che l'*actio* non fosse *'famosa'*: BUTI, *op. cit.*, p. 244 ss. Sulla circostanza che «nei confronti delle persone indicate nell'Editto ... l'*in ius vocatio* perdeva la natura di atto puramente privato, assumendo una colorazione pubblicistica», già PUGLIESE, *op. cit.*, p. 374.

⁶⁷) E che, in astratto, potrebbe far pensare, per un caso come il nostro, a una soluzione opposta. Ad avere interesse – economico e giuridico – a che la convocazione in giudizio non avvenisse rimane infatti il patrono, e non chi ne aveva la *tutela* o la *cura*, in quanto solo il primo verrà a sopportare le conseguenze del giudicato (eventualmente – come scrive PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 298 – «mediante il trasferimento pretorio dell'*actio iudicati*). Evidente è in tal senso il nesso fra questa parte del passo e quella che la

Pomponio sembra prospettare (o almeno presupporre) una dilatazione della nozione di *patronus*, annoverando come frode ai suoi danni quanto ‘*in fraudem patronatus factum est*’⁶⁸, qui egli accentua l’elemento personale: non alla citazione che coinvolga gli interessi del «patronato» occorre adesso guardare, ma a quella che rischia di ledere, quale che sia la posizione processuale dell’ex *dominus*, la *reverentia* che nei suoi confronti deve osservare il liberto.

Questa interpretazione coglie ancora – come nel caso dell’elaborazione in tema *de albo corrupto*, o della tutela dell’*auctoritas* pretoria in D. 5.1.5 – la centralità dei «valori pubblici» alla cui salvaguardia mirava il magistrato. E ancor più che in altre occasioni, essa conobbe una certa fortuna: Ulpiano ne segnalava la fondatezza e la veridicità (*‘et verius est’*) – difficile dire se in senso assoluto o rispetto ad altre, per noi irrecuperabili, soluzioni giurisprudenziali⁶⁹ – ed anche altrove mostrava di considerarla un punto ormai acquisito⁷⁰.

precede: nell’ottica cui abbiamo accennato, e che invece i due giuristi scartavano, non si comprenderebbe infatti la disciplina riservata a un patrono che intervenga senza essere necessariamente parte (in effetti non sempre il tutore diviene tale, ad esempio laddove si abbia un’incapacità relativa, che non preclude la possibilità di concludere la *litis contestatio* e quindi di essere parte: PUGLIESE, *op. cit.*, p. 297 ss.). Né appare determinante – attesa soprattutto l’equiparazione al caso del *curator* – la circostanza, peraltro non priva di problemi, «che in età avanzata *dominus* del patrimonio pupillare è considerato ancora il tutore» (così G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall’età arcaica al principato*³, Torino, 1995, p. 80 ove bibliografia, forse è però più corretto parlare – con ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 438, 482 e nt. 275 – di «posizione quasi dominicale del tutore» [*domini loco*]; ancor più tenui i toni in A. WATSON, *The Law of Persons in the later roman Republic*, Oxford, 1967, p. 131 ss.; parlano solo di una «Prozeßvertretung» tanto del tutore che del curatore, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 217; sulla possibilità, per il curatore, «di stare in giudizio per conto del minore», ALBANESE, *le persone*, cit., p. 523 s.; più articolato era il quadro, ma anche superata la metodologia, in SOLAZZI, *La minore età*, cit., p. 195 ss., che confidava da un lato sulla capacità processuale del minore, e dall’altro stimava che il curatore richiamato nel nostro passo, sempre che genuino, fosse da intendere come *curator furiosus* o *curator prodigi* – uniche figure che effettivamente «esercitavano le azioni dei loro protetti»).

⁶⁸ Si veda (Ulp. 44 *ad ed.*) D. 38.5.1.27, in tema di *actio Fabiana* (e quindi di tutela del patrono contro gli atti fraudolenti che rischiavano di vanificare le sue aspettative nella *bonorum possessio contra tabulas*). A proposito di questo testo, abbiamo verificato *supra* I.2.IV come il tratto che adesso più ci interessa appaia sì formulato da Ulpiano, ma in sostanziale aderenza e ripresa dell’argomentazione pomponiana.

⁶⁹ L’alternativa fra un impiego di ‘*verius*’ come comparativo assoluto e l’originaria presenza (più o meno esplicita) di difformi dottrine, mi sembra in effetti l’unica possibile, atteso come da un lato il ‘*sed*’ e dall’altro la *ratio* dell’intera disciplina escludano una contrapposizione fra la prima e la seconda parte del paragrafo (con conseguente sfasatura di vedute fra citato e referente).

⁷⁰ Penso a (Ulp. 10 *ad ed.*) D. 37.15.7.5 (*‘honor autem his personis habebitur ipsis, non etiam interventoribus eorum: et si forte ipsi pro aliis interveniant, honor habebitur’*): un frammento che

Lievemente diverso, ma assai vicino, è il contesto editale, ed egualmente viva – almeno in funzione delle norme concernenti la *in ius vocatio* – l'attenzione di Pomponio per la definizione di figure della *familia*, nel caso di (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.8.2.3⁷¹:

Quod ait praetor 'liberosve suos', accipiemus et ex feminino sexu descendentes liberos. parentique dabimus hoc beneficium non solum sui iuris, sed etiam si in potestate sit alicuius: hoc enim Pomponius scribit.

L'indagine lessicale è qui occasionata dalla previsione riferita da Ulpiano in D. 2.8.2.2: '*si quis parentem, patronum patronam, liberos aut parentes patroni patronae, liberosve suos eumve quem in potestatem habebit, vel uxorem, vel nurum in iudicium vocabit: qualiscumque fideiussor*⁷² *iudicio sistendi causa accipiat*'. Occorre quindi concretamente determinare le ipotesi in cui l'affinità, i rapporti di sangue o gli obblighi di *obsequium* intercorrenti fra l'attore e il soggetto *in iudicium vocatus*

proviene da un contesto diverso (ossia – secondo LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 460 – dall'esame del '*De calumniatoribus*'), ma del quale era espressamente segnalato (§ 4) il nesso con altre disposizioni pretorie, fra cui verosimilmente anche la nostra: '*his enim personis etiam in ceteris partibus edicti honor habebitur*'. L'accostamento fra questo passo e il nostro era già in FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 276, GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 66.

⁷¹) Su questo testo (di cui non rileva ai nostri fini la seconda parte, attribuibile al solo Ulpiano: '*et filius fideiussor pro patre fieri potest, etiam si in alterius potestate sit. nurum etiam pronurum et deinceps accipere debemus*'), M. KASER, *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, in «ZSS.», LVIII, 1938, p. 109, A. GUARINO, *Adfinitas*, Milano, 1939, p. 64 ss., LANFRANCHI, *Premesse terminologiche*, cit., p. 10, 12, COSENTINI, *Studi sui liberti*, II, cit., p. 146, VONGLIS, *La lettre et l'esprit*, cit., p. 47, A. FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex» ne la «in ius vocatio»*, in «AHDE.», XLI, 1971, p. 815 ss., GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 96, BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 302 s.

⁷²) Nelle sue ricostruzioni, tanto dell'Editto Perpetuo quanto delle sequenze palingenetiche (ma si veda già *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, ora in «Gesammelte Schriften» [Hrsgg. O. BEHREND, F. D'IPPOLITO], I, Napoli, 1990, p. 309 ss.), Lenel sostituiva alla terminologia ulpiana (ritenuta in realtà una perifrasi giustiniana) il termine *vindex*. L'ipotesi era accolta da GUARINO, *Adfinitas*, cit., p. 64, e poi da PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 383 ss. ove bibliografia, FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 809 ss. (con ragguagli, entrambi, circa la divergenza di opinioni, sul punto, fra Lenel e Schlossmann), ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 73, R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III, Santiago de Compostela, 1995, p. 28 s. ove altra bibliografia. Per riferimenti al *vindex* a proposito della *in ius vocatio* formulare, si vedano le (uniche) testimonianze di Gai., *Inst.* 4.46 e *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* 21.23: C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui, editio sexta*, Friburgi in Brisgavia et Lipsiae, 1893, p. 101. Un'interpretazione più complessa di queste testimonianze, sino a riporre in discussione la *communis opinio* formatasi da Lenel in avanti, è in S. TAFARO, «*Fideiussor iudicio sistendi causa*», in «Labeo», XXII, 1976, p. 232 ss.

impongano di accettare – quale garante della comparizione – un *'qualiscumque'*⁷³

⁷³ Il che deve essere riferito – stando a Ulpiano (D. 2.8.2.4) – alle sue possibilità economiche: *'quod ait praetor 'qualiscumque fideiussor accipiat': hoc quantum ad facultates, id est etiam non locuples'*. Si tenga però presente anche D. 2.8.2.pr. (*'locuples videtur dari non tantum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facilitate'*): PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 385, BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 302. Diversa è al riguardo l'interpretazione che – sulla scia di Naber (ma anche di Zanzucchi, la cui tesi era già respinta da GUARINO, *Adfinitas*, cit., p. 65 nt. 34) – propone FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 810 ss. ove bibliografia, secondo cui proprio il *vindex*, e non il *vocatus*, dovrebbe trovarsi nel rapporto di parentela, affinità o patronato previsto dall'editto, e questo sarebbe il requisito perché l'attore, quale che sia la sua situazione economica, abbia il dovere di accettarlo. Questa congettura rimane però priva di conforto nelle fonti, e anche debole nell'argomentazione (come quando si afferma che «una persona ligada al *vocatus* por vínculos de parentesco, patronato o afinidad ... suministraría al *vocans* una seguridad moral suficiente de que comparecería el demandado»). Circa il rapporto fra la disposizione in parola e quella, da poco esaminata, che vietava di citare alcuni soggetti senza autorizzazione del pretore, non riesce invece persuasiva l'affermazione di I. BUTI, *loc. cit.*, secondo cui si sarebbe dovuto accettare un *'qualiscumque fideiussor'* qualora egli «intervenisse in favore di chi era stato *vocatus* contro le disposizioni dell'editto» (*scil.*, evidentemente, quelle trascritte in D. 2.4.4.1). Invero, né l'elenco dei soggetti interessati dalle due previsioni coincide perfettamente, né si vede su quale base porre un nesso così stretto – veramente, un combinato disposto – fra queste norme, che risulterebbero entrambe depotenziate (il che vale soprattutto per quella che vieta di *vocare in ius* senza il permesso del magistrato: nell'ottica di Buti si sarebbe potuto eluderla tranquillamente, senza altro incomodo che quello di dover accettare qualsiasi *vindex*). Parlava invece di «ein beliebiger Vindex», che l'attore avrebbe dovuto accettare nel solo procedimento «vom Prätor erlauben», KASER, *Die Geschichte*, cit., p. 109; sulle diverse conseguenze cui andava incontro *'qui contra praetoris edictum in ius vocaverit'*, PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 373 s., GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 83 ss., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 222. Più convincente è così l'accento di PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 386, secondo cui la disposizione trascritta in D. 2.8.2.2 avrebbe interessato le «persone, che non potevano essere chiamate in ius senza il permesso del pretore, e di altre unite al *vocans* da rapporti di parentela» (ma anche di coniugio e di affinità, considerato il riferimento – oltre che a *liberi* e soggetti in potestà – a *uxor* e *nurus*: era la menzione di queste categorie di persone a indurre FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 814, a escludere che fondamento del precetto editale fosse la protezione della *reverentia*, il che, almeno per il caso di liberto e patrono, non sembra però esatto). Per quanto concerne le conseguenze della violazione di questa norma, Gai., *Inst.* 4.46 parla genericamente di *'formulae in factum quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt'*, senza però richiamare quella che ci interessa, come accade invece in (Callistr. 1 *ad ed.monit.*) D. 2.6.2, secondo cui *'in eum, qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum, quinquaginta aureorum iudicium competit'*. Assai dubbio è però che legittimato attivo a quest'azione sia – come pensa FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 823 ss. – «el *vindex* rechazado», così che il *vocatus* sarebbe stato tutelato, in via d'eccezione, solo ove l'attore, dopo aver indebitamente respinto il *vindex*, avesse anche esperito l'*actio in factum* prevista *'adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit'*. Non solo è incerto quale sia l'interesse del *vindex* – tale da giustificare l'introduzione di un nuovo rimedio – a essere accettato dal *vocans*, ma neppure si comprende la difforme disciplina che si delinea rispetto al caso di chi

fideiussores».

Nel riferimento a *'liberos(ve suos)'* vengono inclusi anche i discendenti⁷⁴ da parte femminile, secondo un orientamento che Ulpiano riprenderà nel LXII libro *ad edictum*⁷⁵. Su un piano analogo (non a caso vi è un *—que*) si colloca la precisazione concernente il *parens*, il quale potrà valersi del *beneficium* in questione non solo ove sia *sui iuris*, ma anche se sottoposto ad altrui *potestas*⁷⁶. Soltanto a questo proposito è fatto il nome di Pomponio, anche se è ben possibile che a lui risalga anche l'elaborazione relativa al caso dei discendenti⁷⁷.

E' comunque evidente che qui l'attenzione dei *prudentes* non è rivolta alla determinazione dei gradi di ascendenti indicati col termine *'parens'*: come visto, quel problema era già discusso in D. 2.4.4.2, i cui risultati – attesa la contiguità delle disposizioni coinvolte – erano verosimilmente tenuti fermi anche in questa sede⁷⁸. Rileva piuttosto il rapporto fra il privilegio determinato dalla relazione di sangue e la qualifica di *sui iuris*. La scelta di Pomponio era nel

sia stato irritualmente citato, il quale fruisce, come detto, (anche) di un'*actio in factum*, a prescindere quindi dall'assunzione dell'iniziativa da parte dell'attore. Pensa viceversa, sulla scorta di (Gai. 1 *ad ed. prov.*) D. 2.8.5.1, alla legittimazione attiva ad un'*actio iniuriarum* tanto del convenuto che del garante, BUTI, «*Il praetor*», cit., p. 303, 324, che si riferisce però al solo caso di un attore che rifiuti un *vindex* idoneo. Non è così chiarito (come già in PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 386) chi sia legittimato all'*actio in factum* menzionata in D. 2.6.2, e ben più pertinente al nostro caso; in proposito rimane preferibile l'osservazione di KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 225 nt. 45, secondo cui «*die Klage steht offenbar dem Geladenen zu*».

⁷⁴) A quanto afferma Ulpiano (che di nuovo – come in D. 2.4.4.2, implicitamente richiamato – segue Cassio), anche oltre il sesto grado: si veda (5 *ad ed.*) D. 2.4.10.9, ancora attinente a una disposizione particolarmente vicina, come quella trascritta in D. 2.4.4.1.

⁷⁵) Penso a D. 50.16.56.1: *'Liberorum' appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt exve feminini sexus descendentes*'. Il parallelo fra questo testo e il nostro era già in FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 815 s.

⁷⁶) L'analisi ulpiana – dopo una breve divagazione, attinente più alle caratteristiche del *'qualiscumque fideiussores'* che dei soggetti agevolati dal pretore – prosegue nella stessa direzione, in riferimento stavolta alla nuora, cui è ai nostri fini da parificare la moglie del nipote (e così via: il giurista severiano intende infatti, secondo FERNANDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p. 817, «*el término nurum sin limitación de grados*»).

⁷⁷) Così, implicitamente, LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 17, fr. 14; ma si veda anche *supra* I.2.II.

⁷⁸) In tal senso FERNANDEZ BARREIRO, *El «vindex»*, cit., p. 815; quei risultati sembrano richiamati anche in riferimento ai soggetti in favore dei quali il pretore consentiva di *postulare* anche agli *infames*: si veda (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.11 (*'Pro alio ne postulent praeterquam pro parente ... de quibus personis sub titulo de in ius vocando plenius diximus'*). Circa altre problematiche connesse alla figura dei *parentes* nel contesto della regolamentazione della *in ius vocatio*, si vedano (Paul. 1 *sent.*) D. 2.4.6 (per i *parentes naturales*); (Paul. 4 *ad ed.*) D. 2.4.7 (per i *patris adoptivi parentes*); (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.4.8.pr. (per il *pater adoptivus*).

senso di scindere nettamente le due prospettive, così da non considerare la seconda come un requisito per la doverosa accettazione, da parte dell'attore, di un *'qualiscumque fideiussor'* (o *vindex*). Quest'operazione è condotta secondo una stretta funzionalità alla prescrizione indagata, tanto che neppure si accenna a definire *parens* come ascendente sia *sui iuris* che sotto altrui potestà, ma si indicano solo le due categorie di *parentes* cui è ugualmente riservato il nostro *beneficium*. Nonostante ciò, la scissione fra rapporti di sangue e *status* personale delineata (a quanto risulta, per primo) dal nostro autore non doveva essere espressa in termini troppo ristretti, ed era comunque destinata a una certa eco. Al di là del tacito assenso che gli riservava nel nostro passo, Ulpiano si poneva infatti in una prospettiva analoga anche nella definizione di *liberi* compiuta in altro contesto⁷⁹.

III.2. Il divieto di sottrarre l'*in ius vocatus*

Carattere esegetico rispetto ai *verba praetoris*, e contenuto strettamente procedurale ha anche la prima⁸⁰ testimonianza di Pomponio a proposito del successivo paragrafo del *'De in ius vocando'*, ossia il *'Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat'*⁸¹. Il testo cui alludo è (Paul. 4 *ad ed.*) D. 2.7.4.pr.⁸²:

⁷⁹) Si veda (62 *ad ed.*) D. 50.16.56.1, riportato *supra* nt. 75. La portata generalizzante di quel testo è forse accentuata dalla sua collocazione nella silloge giustiniana; quanto alla *sedes materiae* originaria (il commento al *'De magistris faciendis bonisque proscribendis et vendundis'*, all'interno quindi del *'De bonis possidendis proscribendis vendundis'*) e al significato che vi assumeva l'indagine circa l'identificazione dei *liberi*, già LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 426 s. Allo stesso contesto di D. 2.8.2.3 attiene invece (5 *ad ed.*) D. 2.4.8.pr. (*'Adptivum patrem, quamdiu in potestate est, in ius vocare non potest iure magis potestatis quam praecepto praetoris, nisi sit filius qui castrense habuit peculium: tunc enim causa cognita permittetur'*), nel quale è peraltro dubbio se Ulpiano riproponga ancora l'impostazione pomponiana secondo cui la prescrizione edittale è applicabile a prescindere dallo *status* non di *sui iuris* del padre (anche adottivo, oppure se il divieto di citazione sorga «no a causa de la prohibición edictal, sino debido a la falta de capacidad del adoptado») (così FERNANDEZ BARREIRO, *Autorización*, cit., p. 266, ove uno stretto collegamento fra il testo ulpiano e Gai. 1 *ad ed. pron.*, D. 5.1.4).

⁸⁰) Nella nostra esposizione, in quanto incentrata su un'interpretazione letterale della norma, prima ancora che sull'esame di un particolare profilo della disciplina processuale da essa introdotta. Qualche dubbio suscita la scelta – verosimilmente condizionata dalla successione dei passi nel Digesto – di LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 17, fr. 15 s., di posticipare questo testo a D. 2.7.1.1.

⁸¹) Non disponiamo del tenore letterale di questa disposizione, neppure da parte di Ulpiano, che si limita (5 *ad ed.*, D. 2.7.1.pr.) a segnalare come essa fosse stata emanata *'ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt'*. Sull'uso sinonimico, in questo passo ulpiano, di *eripere* ed *eximere* – secondo una scelta alquanto lontana dalla proposta di Pomponio e poi di Paolo –, *supra* I.2.II, nonché *infra* nel testo.

Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoque modo auferre⁸³.

Dinanzi alla previsione di intervento contro chi con la forza «sottragga» (*eximat*) il soggetto convocato in giudizio⁸⁴, la prima esigenza è quella di delimitare il significato del verbo *eximere*. E' un'operazione che Paolo intraprendeva sulle orme di Pomponio, e forse anche completava ripercorrendo le distinzioni lessicali del nostro giurista⁸⁵. Questi muoveva infatti dal riconoscimento, per il termine in esame, di una portata generale⁸⁶, e non è improbabile che poi specificasse come diversa fosse l'accezione di un vocabolo quale *eripere*, e non casuale l'opzione del pretore a favore dell'uno piuttosto che dell'altro. La valenza più ristretta di *eripere* non è priva di riscontri nella scrittura dell'autore antoniniano⁸⁷; qui peraltro interessa soprattutto

⁸²) Su questo testo PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 395, VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi*, cit., p. 45, M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, p. 165 s., BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 293, 338 s., nonché la Rec. di C.A. CANNATA, in «*Jura*», XXXV, 1984, p. 189, R. LAMBERTINI, «*Erepta a bestiis*» e occupazione, in «*Labeo*», XXX, 1984, p. 196, GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 107 s., T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in «*ZSS*», CV, 1988, p. 20.

⁸³) La cui continuazione appare ascrivibile al solo Paolo, seppure in continuità con la dottrine di Pomponio: «... ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit quo minus in ius veniret, ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. sed et si eo loci retinuerit, non abduxit, his verbis tenetur».

⁸⁴) Od ottenga indirettamente lo stesso risultato, «ricorrendo con il dolo alla forza di altre persone»: così, sulla scorta della terminologia edittale (*Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat neve faciat dolo malo quo magis excimeretur*), BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 338. La tutela pretoria contro simili turbative era garantita da un'*actio in factum* con condanna nel *quanti ea res est* (così Ulp. 5 *ad ed.*, D. 2.7.5.1), su cui LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 74, PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 395, S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, in particolare p. 188 ss., BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 337 ss., GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 112 s. Sul carattere penale di questo rimedio (presumibilmente introdotto prima del primo secolo a.C.), BUTI, *op. cit.*, in particolare p. 342 s., CANNATA, *loc. cit.* Un'espressa indicazione della non necessaria integrazione di un comportamento doloso (a meno che non ci si avvalesses dell'intervento altrui) perché esso fosse operante, è in (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.7.3.2, su cui BUTI, *op. cit.*, in particolare p. 339 s. ove bibliografia.

⁸⁵) Nel senso che anche il tratto '*eripere ... auferre*' riproduce – come implicitamente segnalato da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 17, fr. 16 – un'argomentazione pomponiana. Abbiamo già prospettato e motivato quest'ipotesi *supra* I.2.II, ove anche una spiegazione di questo particolare impiego, da parte di Paolo, del precedente contributo, non chiaramente distinto rispetto al proprio e come riproposto in una forma debole e incompiuta.

⁸⁶) Sull'interpretazione dei *verba generalia* (termine e nozione di cui è ribadito «le caractère classique»), VONGLIS, *op. cit.*, p. 44 ss., GIARO, *loc. cit.*

⁸⁷) Si veda – come già segnalato *supra* I.2.II ove bibliografia – l'uso dello stesso verbo

osservare come la sua indagine terminologica, condivisa da Paolo, si ponga in una direzione ben diversa da quella che seguirà Ulpiano, il quale – in D. 2.7.1.pr.⁸⁸ – sembra suggerire una perfetta fungibilità fra i due termini⁸⁹.

Tutta la lettura di Pomponio attorno a questa disposizione risulta anzi condizionata da una simile valutazione: vi possiamo agevolmente riconoscere i tipici tratti del suo lavoro, dall'individuazione della *ratio* sottesa alla norma, alla conseguente interpretazione estensiva dei *verba* relativi, realizzata con l'ausilio di indagini lessicali. In effetti, col regolare i casi di divieto assoluto di *in ius vocare*⁹⁰, quelli in cui era invece necessaria la propria autorizzazione e quelli in cui l'attore avrebbe dovuto accettare, da parte del convenuto, '*qualiscumque fideiussor*' (o *vindex*)⁹¹, il pretore aveva disegnato il quadro dei soggetti da cui, una volta *vocati in ius*, si poteva pretendere – anche in via coattiva⁹² – la comparizione dinanzi al magistrato o la prestazione di un garante ('*in ius vocati ut eant aut vindicem dent*'). Si trattava adesso di assicurare l'effettività di queste disposizioni impedendo che un terzo, sottraendolo con la forza, impedisse materialmente la comparizione del convenuto⁹³. Vi è coinvolto non solo l'interesse dell'attore a non veder frustrata la propria iniziativa processuale, ma – di nuovo – anche quello del magistrato, il cui eventuale, preventivo *permissum* risulterebbe altrimenti accordato inutilmente, e che comunque vedrebbe con-

in (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.8.2 e soprattutto (Ulp. *ibid.*) D. 41.1.44.

⁸⁸) *Supra* nt. 81.

⁸⁹) Tanto che riguardo a entrambi i vocaboli (*l'eximere* del pretore e *l'ripere* di Ulpiano) si fa riferimento alla *vis* con cui deve avvenire la sottrazione, e che a sua volta sembra alludere a una vasta gamma di comportamenti: sul punto BALZARINI, *loc. cit.*, secondo cui «risulterebbero esclusi dal novero delle fattispecie sanzionabili con quest'azione i casi in cui l'*in ius vocatus* fosse stato indotto all'assenza con l'inganno». Con questa osservazione non sembra però tenersi nel debito conto la seconda parte di D. 2.7.4.pr.

⁹⁰) Al riguardo si veda soprattutto (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.4.2.

⁹¹) Si vedano, rispettivamente, le disposizioni trascritte in D. 2.4.4.1 e D. 2.8.2.2, nonché, per quanto attiene alla riflessione di Pomponio, i già esaminati D. 2.4.4.2, D. 2.4.10.6, 13 e D. 2.8.2.3.

⁹²) Si consideri l'elemento di pressione costituito dalla prevista *actio adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*, su cui da ultimo MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 73 ove bibliografia.

⁹³) Circa il rapporto fra quest'ultimo intervento del pretore e le limitazioni imposte alla *in ius vocatio*, possiamo seguire l'*interpretatio* dei commentatori editi da Ofilio a Paolo e Ulpiano in (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.7.1.2 e (Paul. 4 *ad ed.*) D. 2.7.2. Entrambi i giuristi severiani pervenivano a escludere l'assoggettabilità al nostro editto di chi *vi eximat* un soggetto convenuto in dispregio alle disposizioni precedenti, pur offrendone motivazioni diverse (nel primo passo leggiamo infatti '*si deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit*'; nel secondo – sulla cui soluzione nutrivamo peraltro delle perplessità PUGLIESE, *Il processo civile*, II.1, cit., p. 396 – '*non videri vi eximi eum, qui sit ius ibi non conveniri*').

tempta la propria *auctoritas*⁹⁴ dall'assenza di chi doveva venire al suo cospetto.

Nessuna remora dunque trattiene l'interprete dal considerare nel modo più ampio l'ambito dei comportamenti punibili: in questo conforta proprio la terminologia editale, che non richiede una sottrazione compiuta a stretto contatto fisico (il '*de manibus auferre per raptum*' in cui si risolve l'*eripere*). Tanto stringente è la logica della soluzione pomponiana che non può stupire l'adesione riscossa presso Paolo – e forse neppure l'intreccio che questi propone fra l'argomentazione propria e quella precedente⁹⁵. Rimane solo da chiedersi se Ulpiano, optando per una diversa restituzione terminologica (con una perfetta corrispondenza fra *vi eximere* e *vi eripere*) intendesse distanziarsi da questa posizione⁹⁶, e comunque avanzare un'interpretazione restrittiva della previsione editale, operante solo laddove la sottrazione avvenisse non solo con *vis*, ma attraverso un comportamento materialmente qualificato. Se così fosse, il contributo di Pomponio si segnalerebbe non solo per aver aperto, in termini inediti⁹⁷, un dibattito attorno a quest'editto ancora vivo in età severiana, ma anche per averne fissato un punto fermo, ossia proprio l'accezione ristretta del verbo *eripere*⁹⁸, la cui infungibilità col termine editale *eximere* sarebbe stata ora condivisa ed ora respinta.

In merito al divieto del pretore di sottrarre con la forza chi fosse *in ius vocatus*, il contributo del nostro giurista si segnala, oltre che per quest'interpretazione estensiva dell'ambito di condotte rilevanti, per il chiarimento introdotto riguardo a uno specifico aspetto del regime processuale, ossia –

⁹⁴) Uso volutamente la terminologia del già esaminato D. 5.1.5.

⁹⁵) Sino a non chiarire, nella prima parte del testo, fin dove stia trascrivendo da Pomponio e dove esponga una propria argomentazione, e, nella seconda parte, proporre un esempio di comportamento che, non costituendo certo un *eripere*, è asoggettabile alla previsione pretoria solo accogliendo la nozione più ampia di *eximere*.

⁹⁶) Che egli verosimilmente ben conosceva, considerata la citazione che traeva dallo stesso luogo del commentario pomponiano in D. 2.7.1.1, su cui *infra* nel testo.

⁹⁷) Difficile seguire FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración*, cit., p. 18 s., nel ritenere che una dilatata concezione di *exemptio* si fosse affermata già prima dell'intervento di Pomponio. Condivisibile, in proposito, BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 338 s.

⁹⁸) Che in sé poteva anche non essere contestata da Ulpiano, i cui più significativi impieghi di *eripere* nel senso di strappare qualcosa dalle mani altrui si trovano però in contesti strettamente dipendenti da scritture precedenti: dello stesso Pomponio in D. 10.2.8.2 e D. 41.1.44, dell'*oratio in sanatu habita* di Caracalla in D. 24.1.32.2. In altra direzione potrebbe peraltro spingerci l'uso del sintagma *vi eripere*, non attestato per il giurista antoniniano, e che invece ricorre, da parte di Ulpiano, oltre che in D. 2.1.7.pr., anche in (28 *ad ed.*) D. 13.6.5.4. In effetti la necessità di unire a quel verbo il riferimento a una violenza potrebbe far dubitare che già il solo *eripere* designasse anche per l'autore severiano il '*de manibus auferre per raptum*'.

come già accaduto a proposito dell'*actio de albo corrupto*⁹⁹ – il carattere nossale. Rileva in proposito (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.7.1.1¹⁰⁰:

Denique Pomponius scribit servi quoque nomine noxale iudicium reddendum, nisi sciente domino id fecit: tunc enim sine noxae deditioe iudicium suscipiet.

Invero non risulta qui agevole una (eventuale) delimitazione, rispetto alla sintesi ulpiana, dell'apporto di Pomponio. Certamente vi è confermata la sensibilità che egli mostrava per i problemi legati agli illeciti dei servi e al connesso atteggiamento psicologico dei proprietari, e in particolare – secondo un motivo già esaminato a proposito di D. 9.4.7.1 – alla loro *scientia*. Una sensibilità tanto più significativa in quanto non attestata, in relazione a questi interventi edittali, in alcun precedente interprete¹⁰¹.

Questa lettura muove naturalmente dalla persuasione che il passo, se anche non riproduce interamente un'argomentazione pomponiana¹⁰², conservi comunque due momenti di essa: non solo la precisazione del carattere nossale del *iudicium* in esame, ma anche la successiva limitazione, in base alla quale a giovare della *noxae deditio* sarà solo il *dominus* non a conoscenza della sottrazione dell'*ius vocatus* da parte del proprio servo. Confortano in tal senso alcuni rilievi sintattici¹⁰³, ma anche sostanziali. Sembra infatti improbabile che

⁹⁹) Si veda (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 9.4.7.1, su cui *supra* III.4.I ove bibliografia.

¹⁰⁰) Su cui BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., p. 349 s. ove bibliografia, DE VISSCHER, *Le régime romain*, cit., p. 497, A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 278, ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens*, cit., in particolare p. 169 s., G. PUGLIESE, *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in «RISG.», XVI, 1972, p. 94 (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 550), FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración*, cit., p. 35, R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichte*, Karlsruhe, 1973, p. 163 s., GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio*, cit., in particolare p. 371, GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *Citacion*, cit., p. 110, BUTI, *Il «praetor»*, cit., p. 344; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. I. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio» (cur. D. MANTOVANI), Torino, 1996, p. 112 nt. 179.

¹⁰¹) Interessante è ad esempio come la problematica e la soluzione che Ulpiano mutuava da Pedio in (5 *ad ed.*) D. 2.7.3.pr., attenga a un caso opposto al nostro, ove cioè non è uno schiavo ad *eximere* il *vocatus*, ma egli stesso il convenuto sottratto con la forza: *'Quod si servum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in ius vocari potest'*.

¹⁰²) Come probabilmente riteneva LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 17, fr. 15, che però includeva *sub* Pomponio anche il *principium* del frammento, palesemente attribuibile al solo Ulpiano.

¹⁰³) Come a proposito della frase *'nisi sciente domino id fecit'*, strettamente legata al tratto precedente e che dà l'idea di ricomporre un'unica citazione. Rimane invece ben possibile, anche se non certo, che l'espressione finale (*'tunc enim sine noxae deditioe iudicium*

il ricordo di Pomponio si risolvesse solo nella precisazione del carattere nossale dell'azione in esame, prevedendosi così un sostanziale vantaggio del *dominus*, non escluso anche laddove certi elementi psicologici accentuassero la connessione fra comportamento del *servus* e responsabilità del padrone¹⁰⁴.

L'attenzione prestata proprio alla *scientia* (e alla *voluntas*) *domini* è del resto centrale nella riflessione di Pomponio anche riguardo ad altri aspetti del rapporto fra schiavo e padrone, ove più volte il suo riconoscimento interviene come elemento di differenziazione entro fattispecie produttive di obbligazione¹⁰⁵. Né del resto, dopo aver esaminato D. 9.4.7.1, possiamo stupirci della soluzione cui il nostro autore inclinava a proposito di attività delittuose lesive (anche) della *maiestas* magistratuale realizzate da un servo *sciente domino*. Nell'ipotesi del *De albo corrupto* sorgerà così una responsabilità «diretta» del proprietario che non verrà meno neppure con la sola alienazione dello schiavo (ma solo col preventivo esperimento dell'azione in via nossale contro l'acquirente); nel nostro caso invece avremo non tanto un concorso di azioni e una pluralità di legittimati passivi, quanto un mutamento della struttura dell'azione con cui è convenuto il proprietario, e che lo vedrà privato della possibilità di liberarsi mediante *noxae deditio*¹⁰⁶.

suscipiet») costituisca una spiegazione di Ulpiano, che così «scioglieva» la limitazione pomponiana. Di Ulpiano, abbiamo detto, più probabilmente che di una mano posteriore, come sostenevano Albertario – si veda l'*Index Interpolationum ad h. l.* – e BIONDI, *loc. cit.*, che peraltro consideravano insitico anche il tratto precedente, da '*nisi sciente*' in avanti: una posizione già superata da DE VISSCHER, *loc. cit.*, ma ripresa da GOMEZ-IGLESIAS CASAL, *loc. cit.* ove bibliografia.

¹⁰⁴) Pensiamo, in proposito, anche all'ipotesi di *voluntas domini*, cui nel testo non si fa cenno, ma perché resa superflua, *a fortiori*, dalla disciplina in caso di *scientia*.

¹⁰⁵) Si vedano (Ulp. 28 *ad ed.*) D. 14.1.1.20, (Ulp. 29 *ad ed.*) D. 14.4.5.1, (Ulp. *ibid.*) D. 15.1.7.2 (su tutti questi frammenti, *infra* IV.1.II); collegabile, benchè posta su un diverso piano, la problematica di (Pomp. 26 *ad Sab.*) D. 45.3.6. Circa lo stretto collegamento con D. 9.4.7.1, *infra* nel testo.

¹⁰⁶) Si tratterà – come rilevato da ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., p. 169 s., che difendeva la sostanziale genuinità del nostro passo – di un '*iudicium in factum sine noxae deditioe*', la cui concessione era probabilmente favorita dal tenore della clausola editale che puniva (anche) chi dolosamente si fosse avvalso, per impedire la comparizione del *vocatus*, di un comportamento altrui: qui l'azione sarà così accordata «contro il *dominus sciens* considerato autore (*per servum*) dell'atto illecito».

IV. Divieti e limiti nel «postulare»

Anche a proposito dei diversi divieti di *postulare* previsti dal pretore (in senso assoluto, o a beneficio di altri, o tranne che in favore di certe categorie di persone)¹⁰⁷, significative sono le innovazioni introdotte da Pomponio, attraverso una minuziosa indagine dei *verba* impiegati nell'editto, ma anche una riflessione che tocca momenti significativi della disciplina e delle conseguenze dell'*infamia*. Questo è visibile soprattutto nell'esame circa la terza proibizione di *postulare* (salva cioè la possibilità di farlo *pro se et certis personis*) che interessa soggetti «*qui edicto praetoris ut infames notantur*»¹⁰⁸. Ma una dottrina di Pomponio – importante per la logica che la sorregge ancor più che per l'ambito di applicazione – troviamo connessa alla *nota* d'infamia anche a proposito del divieto assoluto di *postulare pro aliis* comminato dal pretore nei confronti di persone «*in turpitudine notabiles*», così come per ragioni di *sexus* e *casum*¹⁰⁹. E' proprio dopo aver illustrato – anche attraverso il noto episodio di *Carfania* – l'esclusione sofferta dalle donne, e prima di esaminare i casi rilevanti (come la condanna per *capitalis crimen* o l'essersi impegnato a combattere con le fiere), che Ulpiano ricordava un intervento del giurista antoniniano, oggi leggibile in (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.6¹¹⁰:

Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebria passus est. si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari, ut

¹⁰⁷ La triplice direttiva edittoale è restituita da (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.1: «*tres fecit (scil. praetor) ordines: nam quosdam in totum prohibuit postulare, quibusdam vel pro se permisit, quibusdam et pro certis dumtaxat personis et pro se permisit*». Circa le motivazioni che indussero il pretore a emanare questo «*titulum*», si veda D. 3.1.1.pr., la cui insistenza sulla protezione della *dignitas* magistratuale ricorda la programmatica accentuazione del significato «pubblicistico» di analoghe disposizioni edittoali nel lavoro di Pomponio (si veda in particolare quanto osservato a proposito di D. 2.1.7.2, D. 5.1.5, D. 2.4.10.13 e D. 2.7.4.pr.).

¹⁰⁸ Così in (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.8.

¹⁰⁹ La terminologia è ancora di (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.1.5. Uno sguardo d'insieme su questi soggetti colpiti dal divieto (fra cui peraltro i ciechi e le donne non sono in sé *ignominiosi*), è in B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*» e «*ignominia*» nel mandato, in «*Iura*», XXI, 1970, p. 10.

¹¹⁰ Su cui, almeno per la parte che ci interessa, ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 10, ID., *Le persone*, cit., p. 410, D. DALLA, «*Ubi Venus mutatur*». *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987, in particolare p. 53 s., G. RIZZELLI, *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Iulia de adulteriis* (Pap. 1 *adult. D.* 48, 5, 6, 1 e Mod. 9 *diff. D.* 50, 16, 101 pr.), in «*BIDR.*», XC, 1987, p. 363, E. CANTARELLA, *Etica sessuale e diritto. L'omosessualità maschile a Roma*, in «*RJ.*», VI, 1987, p. 270, ID., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, 1988, p. 221 s.

et Pomponius ait¹¹¹.

La contiguità con la disposizione riferita alle donne ('ne virilibus officiis fungantur'), e la stessa terminologia – che insiste sull'atteggiamento, come di mulier, assunto in campo sessuale –, non devono trarre in inganno. Si tratta qui, effettivamente, di soggetti colpiti dalla nota d'infamia: da questa, e non direttamente da una virtuale equiparazione alle eredi di Carfania, proviene il divieto di postulare pro aliis¹¹². Un divieto che Pomponio stimava peraltro inoperante nei confronti di chi fosse stato sì soggetto passivo di un rapporto sessuale, ma perché costrettovi con la forza, e in particolare perché stuprato da briganti o nemici. La limitazione introdotta evita così che la generalità del precetto¹¹³ e la sua meccanica applicazione si risolvano in un ulteriore danno per la vittima di una violenza: un atteggiamento che Ulpiano avrebbe implicitamente condiviso, e che soprattutto riecheggia motivi già noti, e lo stesso

¹¹¹) La prosecuzione del frammento ulpiano non sembra invece restituire – come già segnalato da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 17, fr. 17 – altri contributi pomponiani. Sul riferimento che vi incontriamo ai *indices pedanei*, M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in «ZSS», LXXIII, 1956, p. 268, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La «giurisprudenza civile» del «praefectus urbi»*, in «Labeo», XXXIX, 1993, p. 210, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 461. Sulla problematica di «*qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret locaverit*», per tutti, F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 129, 136, R. MARTINI, «*Mercennarius*». *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano, 1958, p. 52, F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, p. 16, 180, J.E. SPRUIT, *De Juridische en Sociale positie van de Romeinse Acteurs*, Assen, 1966, in particolare p. 145 s., R. QUADRATO, *I Senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano*, in «Labeo», XV, 1969, p. 370, ALBANESE, «*Judicium contrarium*», cit., p. 10, ID., *Le persone*, cit., p. 406, 410.

¹¹²) Problema diverso è naturalmente il profilo di morale collettiva che è dietro la previsione di questa *infamia* e che, esso sì, deve essere individuato nella riprovazione – come scrive CANTARELLA, *Etica sessuale*, cit., p. 270 – nei confronti dei «*molles ... che, facendosi donna, si rivelavano incapaci di imporsi, di dominare, di essere dei romani degni di questo nome*». Circa la condanna che nell'etica cittadina conosceva la (sola) omosessualità maschile passiva, DALLA, «*Ubi Venus mutatur*», cit., p. 16 ss. ove bibliografia, RIZZELLI, *Stuprum*, cit., p. 362 s., CANTARELLA, *Etica sessuale*, cit., in particolare p. 269 ss., ID., *Secondo natura*, cit., p. 130 ss., P. VEYNE, *L'Empire romain*, in «*Histoire de la vie privée. I. De l'Empire romain à l'an mil*» (cur. P. ARIÈS, G. DUBY), Paris, 1985, trad. it. – *La vita privata nell'impero romano* –, Roma-Bari, 1992, p. 197 s. Sui rapporti tra la previsione editale, quale emanata da Pomponio e Ulpiano, e la *lex* contenuta nella *Tabula Heraclensis* (forse la *Italia municipalis* del 45 a.C.), DALLA, *op. cit.*, p. 51 ss.

¹¹³) Che necessariamente dovrà guardare a ciò che accade nella maggior parte dei casi che si danno nella prassi, lasciando eventualmente ai *prudentes* il compito di colmare i vuoti normativi o impedire le applicazioni inique. Si veda al riguardo quanto osservato *supra* II.1.II.4 esaminando la citazione da Teofrasto in (Pomp. 25 *ad Sab.*) D. 3.1.3.

ruolo che Pomponio rivendicava al lavoro giurisprudenziale sull'editto anche dopo che questo era stato «codificato»¹¹⁴.

Nel contesto dello stesso atteggiamento interpretativo abbiamo già collocato la lettura – stavolta decisamente estensiva – che dei *verba praetoris* il nostro giurista offriva in (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.2.2.pr.¹¹⁵. Inizia con essa, per quanto ne sappiamo, la riflessione di Pomponio attorno al divieto di *postulare*, se non *'pro se et certis personis'*, quale colpisce tutti coloro *'qui edicto praetoris ut infames notantur'*¹¹⁶. In particolare, D. 3.2.2.pr. apre la serie dei passi in cui vengono identificati simili soggetti¹¹⁷: dal militare congedato con ignominia, a chi esercitò il mestiere di lenone a chi sposò, o indusse altri a sposare, senza osservare il *tempus lugendi*¹¹⁸. Circa il *miles* il nostro testo illustra appunto la tesi di Pomponio – poi recepita dal giurista di Tiro – secondo cui sarà interessato dalla disposizione anche chi è posto al comando di un esercito e può usare delle insegne consolari.

A proposito di *'qui lenocinium fecerit'*¹¹⁹, interessa invece (Ulp. 6 *ad ed.*) D.

¹¹⁴) Si veda *supra* III.3. Non solo quindi – come ritiene RIZZELLI, *Stuprum*, cit., p. 363 nt. 24 – l'esclusione in parola «non è prevista dall'editto del pretore nel corso del primo secolo», ma probabilmente non vi trovò luogo neppure più tardi, ottenendo un riconoscimento solo in via giurisprudenziale, a cominciare verosimilmente proprio dal nostro autore. Non comprendo in effetti a chi alluda RIZZELLI, *loc. cit.*, quando scrive che a prevedere esplicitamente l'eccezione dello *stupratus* sarebbe stato, «tra gli altri, Pomponio». Di nessuno di questi «altri» rinvengo traccia, se non di chi, come Ulpiano, recepiva la soluzione del nostro giurista oltre cinquant'anni più tardi.

¹¹⁵) *'Quod ait praetor: 'qui ab exercitu dimissus erit': dimissum accipere debemus militem caligatum, vel si quis alius usque ad centurionem, vel praefectum cohortis vel alae vel legionis, vel tribunum sive cohortis sive legionis dimissus est. hoc amplius Pomponius ait etiam eum, qui exercitui praeest, licet consularibus insignibus utitur, ignominiae causa ab imperatore missum hac nota laborare: ergo et si dux cum exercitu praeest dimissus erit, notatur, et si princeps dimiserit et adiecerit ignominiae causa se mittere, ut plerumque facit, non dubitabis et ex edicto praetoris eum infamia esse notatum: non tamen si citra indignationem principis successor ei datus est'*. Un'esegesi di questo passo *supra* III.3 ove bibliografia.

¹¹⁶) Il dettato del pretore è riprodotto da Ulpiano in D. 3.1.1.8. Questo riferimento all'*infamia* diviene tanto più significativo, anche nell'ottica delle relative indagini giurisprudenziali, in quanto – come osservava M. LAURIA, *«Infames» ed altri esclusi dagli ordini sacri secondo un elenco probabilmente precostantiniano*, in «Dura», XXI, 1970, p. 183 – la rubrica *'Qui nisi certis personis ne postulent'* costitui verosimilmente la prima *sedes materiae* relativa agli infami.

¹¹⁷) Verificheremo infatti come Pomponio abbia contribuito anche alla determinazione delle persone a favore delle quali era comunque consentito *postulare*, oltre che alla comprensione del riferimento edittale alla *in integrum restitutio* interessante i soggetti colpiti dal divieto.

¹¹⁸) Un elenco di quanti *qui infamia notantur* è offerto, come vedremo, da Giuliano in D. 3.2.1.

¹¹⁹) Secondo la terminologia edittale riportata in D. 3.2.4.2., su cui da ultimo V.

3.2.4.3¹²⁰, ove affiora ancora l'attenzione del giurista antoniniano all'impatto del mondo servile sull'applicazione di queste norme di carattere procedurale¹²¹:

Pomponius et eum, qui in servitute pecuniaria mancipia prostituta habuit, notari post libertatem ait.

Nel momento in cui introduceva l'osservazione del nostro autore, Ulpiano aveva già precisato come *'lenocinium facit qui quaestuarium mancipia habuerit'*, per poi parificarvi l'ipotesi in cui egli *'in liberis hunc quaestum exercet'* (D. 3.2.4.2). Si tratta adesso di esaminare il caso opposto, in cui cioè non siano persone libere le prostitute, ma un servo (anche) il lenone, e quelle ricomprese nel suo peculio. Anche in questo caso si opta per la disciplina più severa, in quanto Pomponio (e con lui, a quanto sembra, Ulpiano) stimava che questo soggetto dovesse essere *notatus*, naturalmente non quando era ancora in condizione servile, ma dopo aver ottenuto, eventualmente, la libertà.

La *ratio* della soluzione è evidente, in quanto l'infamia e il connesso divieto di *postulare* potevano interessare solo un soggetto libero, ma era al contempo iniquo¹²² che l'attività di lenone esercitata quando si era schiavi rimanesse senza traccia sulla *fama* del liberto. Nonostante una logica così lineare, non sembra che alcuno, prima di Pomponio, avesse affrontato e

SCARANO USSANI, *Il lenocinium del balneator*, in «Ostraka», IX.1, 2000, p. 255 ss. ove ampia bibliografia.

¹²⁰) Qualche osservazione al riguardo in KASER, *Infamia*, cit., p. 232, LAURIA, *Infames*, cit., p. 183, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 411, DALLA, «Ubi Venus mutatur», cit., p. 54, W. FORMIGONI CANDINI, *Ne lenones sint in ullo loco reipublicae Romanae*, in «AUFÈ.», IV, 1990, in particolare p. 103 s., A. SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991, p. 113, A.M. RIGGSBY, *Lenocinium: Scope and Consequences*, in «ZSS.», CXII, 1995, p. 424, 426, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1997, p. 140, T.A.J. MCGINN, *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, New York, 1998, p. 55 ss. Più in generale, sulla regolamentazione giuridica della prostituzione e le norme relative ai *lenones* (ma senza soffermarsi sul nostro testo), anche B.E. STUMPP, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlin, 1998, p. 299 ss., in particolare 302 ss.

¹²¹) Basti vedere quanto osservato a proposito di D. 2.1.9, D. 9.4.7.1 e D. 2.7.1.1.

¹²²) In quanto avrebbe introdotto una disparità di trattamento, tanto più inammissibile in quanto a giovare sarebbe stato il liberto a scapito dell'*ingenuus*. Circa l'assenza di ogni riferimento al «slave pimp's master», così che Pomponio e Ulpiano avrebbero «construed the definition of *leno* extensively in a horizontal direction but restrictively on the vertical plane», MCGINN, *Prostitution*, cit., p. 57. Meno condivisibile mi sembra la persuasione dello stesso A. (*loc. cit.*), secondo cui la terminologia del passo (in particolare, l'espressione *'et eum'*) svelerebbe l'esistenza di controversie, con la convinzione, nutrita da altri giuristi, che «a pimp's condition of slavery was a mitigating circumstance».

risolto il problema, verosimilmente non marginale in una società in cui frequenti erano le manomissioni e soprattutto le attività esercitate da schiavi, spesso forniti di cospicui peculii, in cui non mancavano anche altri *servi* (*vicarii*)¹²³. Un mondo cui il nostro giurista, ripercorrendone la regolamentazione nell'editto, si mostrava particolarmente attento, sino ad affrontare delicati problemi connessi al regime giuridico di queste catene di schiavi di schiavi¹²⁴.

Un terzo ordine di soggetti ai quali il pretore permetteva di *postulare* solo '*pro se et certis personis*' incontriamo in un'altra riflessione di Pomponio, cui abbiamo già accennato esaminando le citazioni ulpianee che si risolvono in un'aperta approvazione¹²⁵. L'osservazione pertiene all'infamia comminata a chi abbia contratto, o fatto contrarre matrimonio – alla figlia vedova, o al proprio figlio con una vedova –, senza che fosse trascorso il *tempus lugendi*¹²⁶; a restituirla è (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.2.11.2.¹²⁷:

Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.

¹²³) Nel nostro caso poteva trattarsi – anche se non è necessario supporlo – di «una attività servile di copertura del *dominus*» (così FORMIGONI CANDINI, *op. cit.*, p. 104). Altre indicazioni sul contesto sociale in cui collocare il nostro frammento, in RIGGSBY, *op. cit.*, p. 426 ove bibliografia.

¹²⁴) Esemplare il caso di (Ulp. 29 *ad ed.*) D. 14.4.5.1 e (Ulp. 1 *ad ed.aed. cur.*) D. 21.1.33.pr. Analogamente, non mancano tracce di un interesse del giurista antoniniano per la disciplina giuridica della prostituzione servile, per la quale risulta anzi significativo (27 *ad Sab.*) D. 21.2.34.pr. (la cui soluzione si incentra ancora sulla «Denkform» *quasi*), su cui SICARI, *Prostituzione*, cit., p. 111 ss.

¹²⁵) Si veda *supra* I.2.IV.

¹²⁶) La disposizione pretoria ci è nota attraverso l'inattesa trascrizione di Giuliano, conservata in D. 3.2.1, proveniente da un misterioso primo libro *ad edictum* (sul punto *supra* II.4.II ove bibliografia): *Qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit*.

¹²⁷) Su questo testo E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio*, in «RISG.», n. s. VIII, 1933, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 23 ss. ove bibliografia, P. RASI, *Tempus lugendi*, in «Scritti C. Ferrini», I, Milano, 1947, p. 406, T. MAYER MALY, *Trauerzeit und Wiederheirat*, in «Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift F. Arnold», Wien, 1963, p. 323, R. YARON, *Ad secundas nuptias convolare*, in «Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae», Leiden, 1968, p. 278 s. ove altra bibliografia, M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, in particolare p. 127 s., J. GARCIA SANCHEZ, *Algunas consideraciones sobre el tempus lugendi*, in «RIDA.», XXIII, 1976, p. 150, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 412.

Ulpiano individuava espressamente la *ratio* della disposizione in violazione della quale il pretore comminava l'*infamia* e il divieto di *postulare*, nell'esigenza di evitare la *turbatio sanguinis*¹²⁸. Analogo doveva essere l'orientamento di Pomponio, che in effetti esentava dall'obbligo di far trascorrere il *legitimum tempus*¹²⁹, ove nel corso di esso la vedova avesse partorito, valendo questo evento naturale, analogamente, e in luogo, del decorso dell'intero arco temporale, a scongiurare¹³⁰ quel pericolo di *turbatio sanguinis*¹³¹. La soluzione

¹²⁸) D. 3.2.11.1: «... *praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir eligeretur: qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*». L'individuazione di tale *ratio* non mi sembra travolta, ma solo circoscritta, dai condivisibili rilievi di E. VOLTERRA, *loc. cit.* ove bibliografia (dietro al quale è una linea interpretativa che va da Cuiacio a Karlowa), secondo il quale tutta l'ipotesi affrontata nel nostro paragrafo sarebbe riferita alla vedova del '*maritus, quem more maiorum lugeri non oportet*' (D. 3.2.11.1), la quale comunque non poteva '*nuptum intra legitimum tempus collocari*'. Fuori da questo caso il profilo della *turbatio sanguinis* avrebbe avuto, secondo lo stesso A., scarso rilievo (nell'ipotesi di vedovanza, nella quale sembrano prevalenti la dipendenza dal *mos maiorum* e i doveri di *honor* e *reverentia* verso il coniuge defunto), o addirittura nessuno (nel caso di divorzio): questo almeno, secondo Volterra, sino all'età «post-classica» e giustiniana. Anticipa sensibilmente i tempi di questa transizione GARCIA SANCHEZ, *op. cit.*, in particolare p. 148 ss., secondo cui almeno in età severiana («*final del período clásico*») «*puede sostenerse que la confusión de la prole es el único fundamento de la vigencia del luto de la viuda*». Il rilievo della *turbatio sanguinis* appariva invece marginale ancora a YARON, *loc. cit.*, il quale – sulle orme di F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 136 s. (di cui non era però condiviso il radicale scetticismo sulla genuinità del testo) – non escludeva, al riguardo, la possibilità di un intervento posteriore, nonché «*that other factors are involved in this particular ruling: birth is a joyful event, wich interrupts the mourning*». Indicativo, ma non conclusivo ai nostri fini – come rileva anche HUMBERT, *op. cit.*, p. 127 s. nt. 28 –, il richiamo dell'A. a Festo 144 (L.): '*minuitur populo luctus ... privatis autem, cum liberi nati sunt*'. L'interpretazione del Volterra sembra in effetti la più aderente a quella che – come vedremo – offrivano i Basilici; riteneva che il richiamo al pericolo della *turbatio sanguinis* interessasse solo «*des veuves d'indignes*», ma senza escludere – come, verosimilmente, già RASI, *loc. cit.* – «*une portée générale*» del nostro paragrafo (in cui era individuato «*l'aboutissement du raisonnement d'Ulpien*»), HUMBERT, *op. cit.*, in particolare p. 126 ss.

¹²⁹) Espressione che era ritenuta interpolata, in luogo di *decem menses*, da VOLTERRA, *op. cit.*, p. 471.

¹³⁰) Ovviamente, riguardo a eventuali, nuovi figli della donna. Il compimento di questo parto, così come il trascorrere di un periodo pari a quello di una gravidanza (che era infatti considerata di dieci mesi: indicazione delle fonti in GARCIA SANCHEZ, *op. cit.*, p. 149), faceva svanire – offrendogli tuttavia, contestualmente, la massima e ultima attuazione – ogni sopravvivenza della personalità e della sessualità dell'estinto.

¹³¹) Mentre naturalmente sarebbe assai meno rilevante ove l'ottica prevalente in cui guardare alla prescrizione del *tempus lugendi* fosse quella del rispetto da dover tributare al marito scomparso. Non è da escludere che, così ricostruita, la *ratio* della soluzione pomponiana riecheggiasse la soluzione labeoniana trádita in (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.2.8: HUMBERT, *op. cit.*, p. 127.

introdotta da Pomponio, che già ad Ulpiano apparve «vera», era destinata a una fortuna plurisecolare, fino ad essere recepita – ovviamente, senza più connessione con conseguenze infamanti e limitazioni processuali – nei codici attualmente vigenti, ad esempio, in Italia e in Germania¹³².

Oltre all'esame dei soggetti interessati dal divieto relativo di *postulare*¹³³, i commentatori dell'editto erano chiamati a individuare quali fossero le persone a favore delle quali era comunque consentito svolgere quell'attività¹³⁴. Non è probabilmente un caso che Ulpiano richiamasse, in proposito, solo Pomponio: il suo contributo consisteva in una delle consuete interpretazioni estensive, sorretta dall'ennesima precisazione lessicale, che non sembra peraltro formulata in termini generali, ma solo nell'ottica e ai fini del precetto indagato. Il testo cui riferirci è (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.3.2¹³⁵:

Item Pomponius nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus pro praepositio solet accedere, contineri ait.

¹³²) Si vedano, rispettivamente, l'ultimo comma dell'art. 89 c.c. e il § 1313 del B.G.B.; l'ipotesi del parto intervenuto durante il periodo del lutto vedovile non è invece contemplata, ad esempio, nell'art. 228 del c.c. francese. Impossibile, ovviamente, è qui soffermarsi sul lungo travaglio storico conosciuto dal principio in esame nel diritto tardoantico, giustiniano, medievale e moderno. Basti rilevare come ancora i Basilici (21.2.11.2, 4) conservassero (nel primo caso, espressamente) il parere pomponiano, ma per limitarne la portata al caso dell' *άνηρ*, *ὄν οὐκ ἀνάγκην εἶχε πενθεῖν ἢ γυν* mentre *εἰ ... τῶν πενθουμένων ἦν τὸν ἐνιαυτὸν ὄλον ἀναμῆνει, κἄν ἐντὸς αὐτοῦ τέκη, τοῦτο μὲν καὶ διὰ τὴν τῆς γονῆς σύγχυσιν, τοῦτο δὲ καὶ διὰ τὴν τιμὴν τοῦ ἀνδρός*. Non diversamente nell'*Harmenopoulos*: HUBERT, *op. cit.*, p. 127.

¹³³) Sempre che non sia intervenuta in loro favore (come prevedeva il pretore nell'«aggiunta» trascritta in D. 3.1.1.9: *Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit*) una *in integrum restitutio*. Pomponio non mancò di affrontare anche questa tematica, né Ulpiano di registrare il suo intervento, in un testo (6 *ad ed.*, D. 3.1.1.10) che peraltro si incentra soprattutto sull'identità e l'operatività di tale controversa *i.i.restitutio*, così da indurci a trattarne *infra* III.6.V.

¹³⁴) Giusta il dettato del pretore, a noi noto soprattutto attraverso D. 3.1.1.11 (*Deinde adicit praetor: Pro alio ne postulent praeterquam pro parente, patrono patrona, liberis parentibusque patroni patronae* ... *Item adicit: 'liberisve suis, fratre sorore, uxore, socero socru, genero nuru, vitrico noverca, privigno privigna, pupillo pupilla, furioso furiosa*), ma si vedano anche (Gai. 1 *ad ed. prov.*) D. 3.1.2 e (Ulp. 6 *ad ed.*) D. 3.1.3.pr.

¹³⁵) Sul quale GUARINO, *Adfinitas*, cit., p. 67 ss. ove bibliografia (con dubbi radicali, non più condivisibili, circa la genuinità del passo), U. WESEL, *Rejtorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 64, B. ALBANESE, *Vitae necisque potestas paterna e Lex Iulia de adulteriis coerendis*, in «Studi G. Musotto», II, Palermo, 1980, p. 18, E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, p. 149, BRETONE, *Tecniche*, cit., p. 216, C. LORENZI, *Pap. Coll. 4,8,1: la figlia adultera e il "ius occidendi iure patris"*, in «SDHI.», LVII, 1991, p. 161.

Nel riferimento a nuora e genero, suocera e suocero, il nostro giurista stimava che il pretore avesse coinvolto anche gli altri soggetti cui ‘*pro praepositio solet accedere*’, ossia, evidentemente, *progener* (marito della nipote), *pronurus* (moglie del nipote), *prosocrus* e *prosocer* (ava ed avo della moglie). Gli individui precedentemente indicati potranno così *postulare* a favore anche di questi lontani affini, ma ciò in virtù di una dilatazione del segno impiegato nell’editto, che finisce per assumere – analogamente al termine *actio* nell’ancor più significativo D. 44.7.37.pr. – una valenza abnorme, non sempre mantenibile in altri contesti. E se così in questo frammento l’interpretazione di Pomponio sembra riscuotere il tacito assenso di Ulpiano (che non diversamente si esprimerà anche altrove), l’azzeramento di grado di affinità suggerito dal nostro autore non troverà spazio, ad esempio, nella ricognizione *de adfinibus* compiuta da Modestino¹³⁶.

V. Le testimonianze relative al «*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*»

V.1. *Cognitores* e *tempus legendi*

Articolato, sino a risultarne difficile la ricomposizione in un discorso unitario, è il contributo pomponiano circa la disciplina dell’intervento processuale di soggetti diversi dalle parti. Nel primo paragrafo del relativo editto (*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*) erano indicate le persone cui si vietava di nominare un sostituto processuale (nella terminologia edittole, un *cognitor*: la possibilità di esser nominati tali era a sua volta preclusa ai soggetti indicati nel paragrafo seguente). Questa disposizione, di cui la compilazione giustiniana non reca traccia, è riprodotta nell’incompleto dettato (forse proveniente

¹³⁶ In (12 *pand.*) D. 38.10.4 (forse relativo alla *lex Iulia repetundarum*: LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 727), di cui rileva ai nostri fini soprattutto il § 6, un cui collegamento col nostro passo era già in WESEL, *loc. cit.*, ALBANESE, *Vitae necisque potestas*, cit., p. 18 nt. 25. L’altra testimonianza ulpianea cui alludevo è (61 *ad ed.*) D. 50.16.50 (*‘Nurus’ appellatio etiam ad pronurum et ultra porrigenda est*’); ma si veda anche l’ultima parte del già esaminato (*supra* III.4.3.III.1) D. 2.8.2.3 (*‘... nurum etiam pronurum et deinceps accipere debemus’*), che sembra appunto da attribuire, se non a una glossa (come riteneva GUARINO, *Adfinitas*, cit., p. 64 ss.), al solo referente. Nè diversamente si esprimevano – collocandosi in una corrente interpretativa verosimilmente aperta proprio da Pomponio – Paolo in (35 *ad ed.*) D. 23.2.14.4 e Terenzio Clemente in (2 *ad leg. Iul. et Pap.*) D. 50.16.146: ALBANESE, *Vitae necisque potestas*, cit., p. 17 s., LORENZI, *op. cit.*, p. 161 e nt. 13.

dall'ottavo libro *ad edictum* di Paolo) di *Vat. fr.* 320¹³⁷, ove rileva in primo luogo la censura di *infamia* comminata a quanti avessero violato norme in tema di *tempus lugendi*¹³⁸. Era ancora questa pervasiva formalizzazione del dolore ad attrarre – come in D. 3.2.11.pr. – l'attenzione di Pomponio: stavolta non per individuare le ipotesi (forse, come visto, ulteriormente circostanziate) in cui il pericolo di *turbatio sanguinis* fosse scongiurato, e superfluo il rispetto dell'intero periodo di lutto¹³⁹, ma proprio per una quantificazione di quest'ultimo. Il testo cui riferirsi è (Ulp. 8 *ad ed.*) *Vat. fr.* 321¹⁴⁰:

... Lugendi autem sunt parentes anno, liberi maiores X annorum aequae anno. quem annum decem mensuum esse Pomponius ait; nec leve argumentum est annum X mensuum esse, cum minores liberi tot mensibus elugeantur, quot annorum decesserint usque ad trimatum; minor trimo non lugetur, sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur neque sublugetur.

Vi emerge l'obbligo di portare il lutto (coi conseguenti divieti matrimoniali) per un periodo di un anno, tanto nel caso della morte di un *parens*¹⁴¹ che di

¹³⁷) '... Secuntur haec verba: 'et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium collocaverit eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est non eluxerit, quaeve, cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupsit'.

¹³⁸) Sulla circostanza «che gli elenchi relativi all'incapacità di nominare, o esser nominati *cognitores* coincidessero in tutto con quelli relativi alle limitazioni nel *postulare*» (sui quali *supra* III.4.IV), ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 413.

¹³⁹) Che qui la *ratio* prevalente non fosse quella di evitare la *turbatio sanguinis*, ma la salvaguardia del «valore pubblico» del rispetto dei periodi di lutto, è reso evidente dalle sanzioni previste anche per i matrimoni conclusi prima che sia trascorso il *tempus lugendi* conseguente alla scomparsa di un *parens* o di *liberi*.

¹⁴⁰) Su questo testo (con letture che però non sempre si soffermano adeguatamente sul contributo pomponiano, attratte piuttosto dalla dottrina papiniana riferita poco prima), E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*, in «Studi A. Albertoni», I, Padova, 1935, p. 403 s. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 479 s.), G. CERVENCA, *Intorno ad una glossa postclassica in Vat. 321*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 349 ss., GARCIA SANCHEZ, *Algunas consideraciones*, cit., p. 143 ss., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 414, 434, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari, 1997, p. 153 ss. Abbiamo accennato al moderato apprezzamento di Ulpiano per la precisazione pomponiana *supra* I.2.IV.5 ove bibliografia.

¹⁴¹) Il quale sarà da intendere *utriusque sexus* (così *Vat. fr.* 320, ma si veda anche Ulp. 8 *ad ed.*, D. 3.2.23), e molto probabilmente come ogni ascendente, ossia senza limite di grado (*Vat. fr.* 321: '*sed quatenus extendatur parentum appellatio, non est definitum apud quemquam*'): sul punto CERVENCA, *op. cit.*, p. 348, GARCIA SANCHEZ, *op. cit.*, p. 145, DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 154. Inevitabile il confronto con D. 2.4.4.2, ove peraltro abbiamo visto Pomponio inclinare per un'identificazione di *parens* come ascendente fino al *tritavus*.

*liberi*¹⁴² di età superiore ai dieci anni. L'anno in questione dovrà però essere computato – e qui troviamo l'intervento di Pomponio – in dieci mesi¹⁴³: un rilievo che non apparve né scontato né insignificante ad Ulpiano.

L'attenzione di quest'ultimo per una capillare regolamentazione del lutto – anche, ma verosimilmente non solo, per le sue conseguenze processuali – è del resto confermata dalle ulteriori distinzioni introdotte nel nostro testo¹⁴⁴. Per i *liberi* morti prima dei dieci anni il lutto dovrà infatti proseguire per un numero di mesi pari agli anni a cui è avvenuta la scomparsa (il periodo sarà quindi sempre inferiore rispetto al caso dei *liberi maiores X annorum*, per i quali il *tempus lugendi* era fissato entro una soglia minima), a meno che essa sia intervenuta prima dei tre anni. In tal caso occorrerà ulteriormente distinguere: se il discendente è scomparso ad un'età compresa fra uno e tre anni, sarà prescritta solo una più blanda forma di lutto (*sublugere*)¹⁴⁵; se è invece è morto prima dell'anno (fenomeno tutt'altro che infrequente nel mondo antico)¹⁴⁶ non sarà richiesta neppure quest'ultima.

¹⁴² Saranno considerati tali, anche stavolta, i soggetti di ambo i sessi (ancora Ulp. 8 *ad ed.*, D. 3.2.23; che anche la figlia fosse ricompresa addirittura nella dizione *filius*, era persuasione già della giurisprudenza antoniniana, almeno nell'interpretazione della *lex Papia*: Iul. 81 *dig.*, D. 50.16.201), discendenti senza limitazione di grado (*Val. fr.* 321: '*liberos similiter accipere debemus et nepotes et deinceps ultiores exemplo parentium*').

¹⁴³ Circa gli antichi precetti e i *mores* che giustificavano questa soluzione, *supra* I.2.IV.5 ove bibliografia.

¹⁴⁴ Verosimilmente – e nonostante la cauta inclusione leneliana, *sub* Pomponio, anche del secondo tratto – dal solo referente.

¹⁴⁵ Il richiamo a questa nozione non è riscontrabile in alcun altro passo giurisprudenziale (si veda il *V.I.R. ad h.l.*), né è agevole definire ciò che comporti il *sublugere*, sia rispetto ai divieti matrimoniali – che riterrei comunque ancora operanti, non avendo altrimenti significato, ai fini del discorso ulpiano, la distinzione col caso di morte del minore di un anno – sia agli altri doveri connessi al lutto (come '*abstinere a convivis, ornamentis, purpura et alba veste*': *Paul. sent.* 1.21.13; altre fonti, e ulteriori attività da cui era prescritto astenersi, sono indicate in RASI, *Tempus lugendi*, cit., p. 394 s.).

¹⁴⁶ Secondo R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in «Storia di Roma» (dir. A. SCHIAVONE), IV, cit., p. 536 ove bibliografia, approssimativamente «un quarto dei neonati non arrivava al suo primo compleanno e ... la metà moriva prima di avere dieci anni». Diversi e ancor più drammatici i dati per cui propende L. MONTANINI, *Nascita e morte del bambino*, in «Gli affanni del vivere e del morire. Schiavi, soldati, donne, bambini nella Roma imperiale» (cur. N. CRINITI), Brescia, 1991, in particolare p. 92, secondo cui il 30-40% dei bambini sarebbero morti prima di raggiungere un anno, mentre quelli «scomparsi entro il decimo anno di vita ammontavano a quasi un terzo della popolazione in epoca imperiale».

V.2. Tipologie di *procurator*

Il contributo di Pomponio risulta più significativo, ed anzi centrale, per chi intenda ricomporre il profilo giuridico del *procurator* nell'età del principato. Alquanto tormentato è però il primo testo che lo tramanda, ossia (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.3.1.1¹⁴⁷:

Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam. quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.

Notevoli sono stati i sospetti suscitati da questo passo, sostanzialmente riprodotto – per quanti negassero la «classicità» del *procurator unius rei*, e d'altra parte escludessero la riferibilità della nostra fattispecie al *procurator ad litem*¹⁴⁸ – una disciplina giustiniana¹⁴⁹. La riflessione pomponiana¹⁵⁰ viene

¹⁴⁷) Leggono questo passo G. LE BRAS, *L'évolution général du procureur en droit privé romain des origines au III siècle*, Paris, 1922, p. 80 ss., E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 501 ss. ove bibliografia, S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, in particolare p. 567, ID., *Note di diritto romano*. II. Il «procurator ad litem» e la guerra al mandato, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 628 ss. ove altra bibliografia, F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, p. 12 ss., R. DÜLL, *Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht*, in «ZSS.», LXVII, 1950, p. 176 ss., A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961, p. 51 ss., B. MECKE, *Die Entwicklung des procurator ad litem*, in «SDHI.», XXVIII, 1962, p. 102 nt. 12 ove bibliografia, R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 334 ove bibliografia, H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, p. 112 s. ove bibliografia, P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano, 1971, in particolare p. 167 ss., 186 ss. ove bibliografia, O. BEHREND'S, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1971, p. 247 s., 291 s., A. BURDESE, *Sul «procurator»*, in «SDHI.», XXXVII, 1971, in particolare p. 327, W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in «BIDR.», LXXVI, 1973, p. 49 ss. ove altra bibliografia, H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in «Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht» (Hrsgg. D. NÖRR, N. NISHIMURA), Berlin-Heidelberg, 1993, p. 238, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997, p. 435, H.P. BENÖHR, *Der Brief. Korrespondenz; menschlich und rechtlich gesehen. Ciceros Briefe an Atticus und die Rechte an Briefen in Rom*, in «ZSS.», CXV, 1998, p. 129. Un accenno circa la disparità di vedute fra Pomponio e Ulpiano che emerge in questo passo, *supra* I.2.V.

¹⁴⁸) La bibliografia al riguardo è indicata da ANGELINI, *loc. cit.*

¹⁴⁹) Fra i critici più severi del testo (che ancora di recente è apparso «stark gekürzt» a BENÖR, *loc. cit.*) era ALBERTARIO, *loc. cit.*, che così lo emendava: '*Procurator autem [vel omnium*

rerum vel unius rei] esse potest constitutus vel coram <adversario> vel per nuntium vel per epistulam: [quamvis quidam] <sed>, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, [non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse] <qui ad unam rem datus sit> procurator <non> est, sicut ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum susceperit, proprie procurator appellatur [sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit]'. Fra i molti stravolgimenti che questa ricostruzione comportava, segnalò solo la dissoluzione della ricchezza di piani giurisprudenziali (*quidam*, Pomponio, Ulpiano) che il testo presenta e che non si vede come possa essere esito di un intervento posteriore. Indicativa la piattezza che il testo assume nella conclusione di ALBERTARIO (*op. cit.*, p. 504): «Pomponio e Ulpiano vogliono dire che non è procuratore, ma mandatario l'incaricato di un servizio, di una missione giuridica o non giuridica, isolata e definita» (una fondata critica al riguardo era già in SOLAZZI, *Note*, cit., p. 628 nt. 105). Radicale era altresì lo scetticismo di SERRAO, *loc. cit.*, il quale espungeva anche 'vel coram vel per nuntium vel per epistulam' (sostituendo con <et absente et ignorante adversario>), non accontentandosi di inserire, con Solazzi, in luogo della menzione del *procurator unius rei*, quella del *procurator ad litem* (il quale «non è mai esistito nel periodo classico»: *op. cit.*, p. 14 [analogamente già B. FRESE, *Prokurator und Negotiorum Gestio im römischen Recht*, in «Mélanges G. Cornil», I, Gand, 1926, p. 339], giacché «il *procurator ad litem* si presenta sostanzialmente come un *procurator unius rei*. Il *procurator unius rei* è di origine postclassica ... dunque il *procurator ad litem* ... non può ritenersi classico e i testi che ne parlano debbono ritenersi alterati»: *op. cit.*, p. 44; una critica severa ma fondata è in MECKE, *op. cit.*, p. 101 s.: «diese Schlussgeschichtliche Vorgänge denkbar ungeeignet sind, sondern auch schon aus sachlichen Erwägungen; denn es ist wirklich noch nicht ausgemacht, dass der *procurator unius rei* eine nachklassische Erscheinung ist»: rilievo conclusivo – nonostante l'autorità di SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 439 e V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, rist. Napoli, 1965, in particolare p. 17 ss. [che però salvavano, come già Solazzi, la «classicità» del *procurator ad litem*, definitivamente sostenuta da PUGLIESE, *Il processo*, II.1, cit., p. 331] – senz'altro condivisibile, così come l'affermazione [*op. cit.*, p. 102 nt. 12] «dass der *procurator unius rei* zwischen Pomponius und Ulpian zur Diskussion gestanden hat, geht unmissverständlich» proprio da D. 3.3.1.1). Questi dubbi (persistenti in BEHREND, *op. cit.*, in particolare p. 291 s.) appaiono superati, pur entro difformi prospettive, da Watson, Rozwadowski e Angelini, che al frammento hanno dedicato articolate esegesi. Secondo il primo (*loc. cit.*) il testo sarebbe integralmente genuino ed anzi dimostrerebbe – assieme ad altre testimonianze – come già la giurisprudenza del principato conoscesse il *procurator unius rei* (il che invero già da tempo non appare un'eresia: M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1995, p. 186, GUARINO, *loc. cit.*, ma si veda già il cauto approccio conservativo e le problematizzazioni di MECKE, *op. cit.*, p. 102 e nt. 12, SEILER, *op. cit.*, p. 112 s.). Conservativa anche la lettura di ROZWADOWSKI, *op. cit.*, p. 50 s., secondo il quale Pomponio avrebbe distinto fra *procurator ad litem* e *procurator unius rei*, e solo su quest'ultimo avrebbe espresso un'opinione difforme da quella di Ulpiano. Nella ricostruzione di Angelini (*op. cit.*, in particolare p. 187 ss., in buona parte condivisa da BURDESE, *loc. cit.*), invece, il frammento ha sì – soprattutto nella parte centrale, e pur con qualche menda formale – un contenuto «classico», ma ciò può giustificarsi solo con l'identificazione nel *procurator ad litem* della figura che *quidam* (citati, e forse seguiti, da Pomponio) negavano essere propriamente un procuratore. Un'interpretazione che invero non è pienamente giustificata né dall'originaria *sedes materiae* (potendosi ben trattare – e non sarebbe fenomeno raro né in Pomponio né in Ulpiano – di una problematica non attinente al procuratore processuale e qui attratta per la contiguità con la disciplina editale), né

riferita da Ulpiano, dopo aver offerto una definizione di procuratore come colui che *'aliena negotia mandatu domini administrat'* (D. 3.3.1.pr.)¹⁵¹. Nel nostro frammento il giurista severiano distingue poi fra *procurator omnium rerum* e *procurator unius rei*, soffermandosi sui vari modi di costituzione (previa la contestuale presenza, presumibilmente, sua e del *dominus negotii*, o dell'avversario – per chi voglia pensare a un procuratore processuale –; oppure per lettera o attraverso un *nuncius*).

Diverso sembra fosse un orientamento – ormai minoritario ma sempre meritevole di menzione –, proposto da *quidam*, e che egli doveva conoscere (solo) attraverso Pomponio, che a sua volta, verosimilmente, ancora vi aderiva¹⁵². In quella prospettiva non dovrebbe essere considerato *procurator* chi

dall'integrazione che, sulla scia di Solazzi e avvalendosi di Gai., *Inst.* 3.83-84, Angelini propone: *vel coram <adversario>* (ricostruzione che muove dall'idea che *coram* costituisca «un'ellissi insopportabile», mentre dal punto di vista logico – problema diverso è sul piano strettamente giuridico – il contesto rende più che evidente quale sia il soggetto [il *procurator* stesso] alla cui presenza può avvenire, alternativamente al mezzo del *nuncius* o dell'*epistula*, la costituzione di procuratore). Né persuade, per quella sorta di circolo vizioso che essa implica, l'obiezione (*op. cit.*, p. 187) che «se si dovesse prendere il passo alla lettera ... si dovrebbe ammettere che la maggioranza dei giuristi classici avesse riconosciuto l'esistenza del *procurator unius rei* e che solo una minoranza avesse rifiutato tale posizione; ma ciò non è possibile, dal momento che ... nessun testo classico comprova l'esistenza di questo istituto». In realtà a far difetto non sono le fonti (a cominciare dallo stesso D. 3.3.1.1) quanto la volontà di leggerle liberi da pregiudizi storiografici: si veda infatti (Ulp. 31 *ad ed.*) D. 17.1.12.7 (ove apertamente ricorre la terminologia di *rei unius procuratio*) e (Ulp. 77 *ad ed.*) D. 46.7.3.2 (ove si parla di *procurator ... huius rei*; entrambe queste testimonianze sono non a caso ricondotte da ANGELINI, *op. cit.*, p. 174 nt. 26, sulla scia del Solazzi e in difformità da Watson, al caso di un *procurator ad litem*), ma anche (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21.1.25.3, (Ulp. 30 *ad Sab.*) D. 46.3.12.pr., (Ulp. 57 *ad ed.*) D. 47.10.17.16, (Paul. 18 *ad ed.*) D. 12.2.17.3, (Paul. 32 *ad ed.*) D. 17.2.65.7 (cui forse possiamo aggiungere, con WATSON, *op. cit.*, p. 55, *Paul. sent.* 1.3.2). La provenienza di tutte queste testimonianze dalla giurisprudenza severiana (a parte la menzione di Nerazio in D. 21.1.25.3) sembra in effetti confermare come «la figura originaria di *procurator* sia stata quella del cd. *procurator omnium bonorum*, che anzi sino a Pomponio per *procurator* si sia generalmente inteso il solo *procurator omnium rerum* ... ci sembra risultare da Cic., *pro Caec.* 20.57 e da Ulp. D. 3.3.1.1 ... Solo le fonti posteriori ci presentano anche un altro *procurator* (*unius negotiationis* o *rei*)»: così GUARINO, *op. cit.*, p. 435.

¹⁵⁰) Che LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 18, fr. 25, riconduceva genericamente al commento del *'De cognitioibus et procuratoribus et defensoribus'*. Sub Ulpiano (*Palingenesia*, II, cit., c. 450 s., fr. 320), questo testo era invece attribuito a una *praefatio* alla trattazione, entro la stessa materia editale, del *'De procuratoribus'*.

¹⁵¹) Testo che ha anch'esso sofferto di più o meno radicali (e fondati) sospetti di interpolazione: una loro discussione in ANGELINI, *op. cit.*, p. 50 ss., 193 ss., R. QUADRATO, *D. 3.3.1.pr. e la definizione di «procurator»*, in «Labeo», XX, 1974, p. 210 ss. (con un più fiducioso approccio filologico).

¹⁵²) Questo stando al tenore del passo, dove Pomponio è presentato come il veicolo

‘*unius rei mandatum suscipit*’ (ossia, evidentemente, proprio colui che nell’ottica ulpiana si presenta come *procurator unius rei*), così come non è propriamente *procurator* chi assuma l’incarico di una sola, circoscritta operazione materiale. Il successivo rilievo di Ulpiano, che chiude l’argomentazione tornando, senza un’effettiva confutazione dell’opposta tesi, alla posizione iniziale (‘*sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit*’) sembra infine attenere – benché il testo non sia chiaro, e probabile una sua alterazione almeno formale – alla contestata qualifica procuratoria dell’ ‘*unius rei mandatum suscipiens*’¹⁵³, e non ricomprendere in essa (estendendovi la qualifica di *procurator unius rei*) anche le ipotesi di atti esclusivamente materiali precedentemente indicate¹⁵⁴. Più che la dialettica che affiora fra il ricordo di Pomponio – necessario anche dove forse superato nel contenuto – e la posizione di Ulpiano¹⁵⁵, interessa qui il significato dell’intervento del primo. Interessa cioè la sua possibile adesione per un’impostazione che dopo pochi decenni sarebbe stata rovesciata, e alla

(presumibilmente esclusivo, atteso il massimo della puntualità con cui è compiuta la sua citazione, e il minimo per quella dei predecessori) di quell’opinione, senza che però ne sia ricordata alcuna censura in proposito. Non possiamo peraltro escludere che già Pomponio prendesse le distanze da *quidam*, e che Ulpiano abbia preferito una diversa e più personale forma di dissenso, né si sia fatto scrupolo, non riproducendo la posizione di Pomponio, di lasciarne intuire un’idea opposta a quella effettiva.

¹⁵³) Una differenziazione fra questa fattispecie e quella delineata nel tratto ‘*sicuti ... appellatur*’ era correttamente colta (pur entro un’interpretazione complessiva non più convincente) da SOLAZZI, *Note*, cit., p. 630, il quale prudentemente proponeva di ricostruire la controversia giurisprudenziale nel senso che «qualche giureconsulto dal concetto di *procurator* voleva escludere soltanto il messo ovvero l’incaricato di un atto materiale; ma trattava come *procurator* anche l’*unius rei mandatum suscipiens*, perché questi, divenendo titolare di diritti ed obblighi che nascono dalla sua gestione, li deve pur conservare ed amministrare finché non siano stati trasferiti al *dominus*» – spiegazione in effetti condivisibile, ma seguita dal rilievo, contrario alla lettera del passo, che a prevalere fu «la teoria opposta, la quale considerava alla pari, per ciò che riguarda la negazione della qualità di *procurator*, sia l’incaricato di esprimere la propria volontà per conto e nell’interesse altrui, sia l’incaricato di un atto prettamente materiale».

¹⁵⁴) Questa seconda, possibile interpretazione (entro cui forse si muoveva MECKE, *op. cit.*, p. 102 nt. 12, nello scrivere che «*wahrscheinlich ging es in dieser Diskussion um die Unterscheidung zwischen einem Boten und einem procurator*») condurrebbe alla conclusione piuttosto assurda che Ulpiano considerasse procuratore (ossia, stando a D. 3.3.1.pr., un soggetto che ‘*aliena negotia ... dministrat*’) chi semplicemente porti a destinazione una lettera o un *nuntius* (ossia, come scrive DÜLL., *op. cit.*, p. 177, un «*reines Benachrichtigungsorgan, durch welches die Bestellung eines procurator angezeigt wird*»). Discorso già più delicato meriterebbe il caso di chi ‘*rem perferendam suscepit*’, che dovrebbe comunque considerarsi mandatario (su ciò, correttamente, ma entro un’argomentazione generale meno persuasiva, ANGELINI, *op. cit.*, p. 188 nt. 70 ove bibliografia).

¹⁵⁵) Su cui *supra* I.2.V.

cui stregua la tipologia di *procurator* era ristretta al solo *procurator omnium bonorum*, così da risultare dubbio che Pomponio concepisse propriamente come *procurator* anche il procuratore (solo) *ad litem*, per la cui ammissibilità sembra invece che già si pronunziasse Gaio¹⁵⁶.

Che del resto il nostro autore inclinasse per una costruzione piuttosto restrittiva di tipologie e funzioni del *procurator*, emerge anche da un testo cui abbiamo già accennato, a causa del contestuale richiamo di Giuliano e Pomponio, ossia (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.3.40.pr.¹⁵⁷. Il tenore del passo non può stupire, attesa la sua provenienza dal commento alla disposizione edittale circa i casi in cui non era consentito *alieno nomine agere*¹⁵⁸; rimane però significativa sia l'affermazione iniziale di Pomponio (ove però il richiamo ad *omnes actiones* ha destato più di un sospetto)¹⁵⁹, sia soprattutto la sua decisa esclusione circa la possibilità che il *procurator* potesse chiedere l'*interdictum de liberis ducendis*. Una lettura restrittiva dei suoi poteri e delle sue funzioni che non doveva essere nuova, se ancora Giuliano – quale che fosse la conoscenza del suo intervento da parte di Pomponio¹⁶⁰ – la subordinava all'assenza, emergente *causa cognita*, di certi requisiti¹⁶¹. Ma anche un'interpretazione che avrebbe costituito, significativamente, il punto di avvio del discorso di Ulpiano, che pure, in generale, si attestava – come visto – su una concezione probabilmente diversa di *procurator*.

Diversa è la *sedes materiae* (l'analisi del paragrafo '*De defendendo eo, cuius*

¹⁵⁶) Così, soprattutto sulla scorta di *Inst.* 4.84, già MECKE, *Die Entwicklung*, cit., p. 104, PUGLIESE, *Il processo*, II.1, cit., p. 331.

¹⁵⁷) '*Pomponius scribit non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare aut nisi, ut Iulianus ait, causa cognita, id est si et nominatim ei mandatum sit et pater valetudine vel alia iusta causa impediatur*'. Sul rapporto fra la posizione dei due giuristi citati e quella del referente, *supra* II.4.II.2 ove bibliografia.

¹⁵⁸) E' in effetti questa l'unica testimonianza di cui disponiamo a proposito del commento pomponiano al paragrafo '*In quibus causis alieno nomine agere non liceat*': LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 18, fr. 27.

¹⁵⁹) *Supra* II.4.II.2 ove bibliografia.

¹⁶⁰) Quale non abbiamo escluso *supra* II.4.II.2.

¹⁶¹) Fra cui appare particolarmente rilevante la circostanza che '*nominatim ei mandatum sit*', che intenderei nel senso di un incarico in cui vi sia espressa menzione (anche?) della richiesta dell'interdetto, e non necessariamente nel senso di un '*unius rei mandatum suscipere*', quale avrebbe forse impedito a Pomponio, stando a D. 3.3.1.1, di riconoscerci un'ipotesi di *procurator*. Si tratterebbe cioè di quell'ipotesi di «procurator omnium bonorum ... che avesse ricevuto apposito incarico», cui si riferisce anche PUGLIESE, *Il processo*, II.1, cit., p. 329.

nomine quis aget, et de satisdando)¹⁶² da cui provengono le ultime testimonianze pompeiane circa la disciplina dell'intervento del *procurator*, e in particolare della prestazione, da parte sua, della *cautio de rato*. Dobbiamo considerare in proposito tre paragrafi di (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.3.39, nel primo dei quali¹⁶³ leggiamo:

Qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cavere debet. sed interdum licet suo nomine procurator experiatur, tamen de rato debet cavere, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit. ut puta iusiurandum procuratori rettulit, iuravit absenti dari oportere: agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum (neque enim haec actio domino competere potuit): sed debet de rato cavere. sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat: dubitandum non est quin locus sit de rato cautioni idque Pomponius scribit.

Nonostante certi sospetti suscitati in passato¹⁶⁴, il testo appare sostanzialmente affidabile, e particolarmente significativo laddove Pomponio è richiamato per integrare la regola per cui chi agisca *alieno nomine* deve prestare la '*cautio ratam rem dominum habiturum*'¹⁶⁵. A questa egli riteneva infatti tenuto anche il

¹⁶²) La stessa materia da cui proviene (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.3.37.1, già esaminato – per il contestuale richiamo che vi è compiuto a Giuliano e Pomponio – *supra* II.4.II.3 ove bibliografia.

¹⁶³) Su cui G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, in «AG.», LXXXIX, 1923, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1976, p. 117 ss., SOLAZZI, *Note di diritto romano. II. Il «procurator ad litem»*, cit., p. 614, PALERMO, *Il procedimento cauzionale*, cit., p. 25, 32, L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli, 1954, p. 152 ss. ove bibliografia, FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., p. 240, D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München, 1970, p. 341 s., BEHREND, *Die Prokurator*, cit., p. 287, B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 65.

¹⁶⁴) Si veda DONATUTI, *op. cit.*, p. 118 (che invero dubita quasi solo dell'espressione '*quamcumque actionem*'), su cui però AMIRANTE, *op. cit.*, p. 152 s. ove altra bibliografia.

¹⁶⁵) Consistente – come scrive ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti*, cit., p. 116 – «nella promessa da parte del procuratore che il proprio operato sarebbe stato approvato dal *dominus litis* e che la stessa azione non sarebbe stata intentata contro il convenuto da parte di altre persone sulla base della stessa ragione fatta valere»: chiari al riguardo Gai., *Inst.* 4.98 e (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.3.33.3, la cui disciplina, propriamente attinente al *procurator ad litem*, è senz'altro da estendere – come rileva DONATUTI, *Studi*, cit., p. 111 – al caso del *procurator omnium bonorum* che riscuota un pagamento dovuto al suo *dominus*», sussistendo anche qui per il debitore il *periculum* (cui appunto si riferiva Gai., *Inst.* 4.98) «di essere di nuovo costretto a pagare dal suo creditore». Sulla prestazione della *cautio de rato* fuori dall'ambito processuale si vedano soprattutto (Ulp. 80 *ad ed.*) D. 46.8.10 e (Ulp. *ibid.*) D. 46.8.12.pr.

*procurator*¹⁶⁶ che si attivi *suo nomine*, ove stia in giudizio in luogo di un assente¹⁶⁷ e presti giuramento circa la spettanza di un credito a quest'ultimo, oppure agisca *de pecunia constituta* quale mandatario del creditore¹⁶⁸.

Riguardo alla prima ipotesi¹⁶⁹, è stata segnalata l'antinomia con la disciplina cui si orienta Giuliano in (Ulp. 22 *ad ed.*) D. 12.2.9.6¹⁷⁰, ove peraltro non si accenna affatto al dovere di prestare la *cautio de rato* da parte del procuratore, ché il suo giuramento circa la sussistenza del credito del *dominus* fa direttamente sorgere in capo a quest'ultimo una tutela in via di *actio* (come è invece espressamente escluso in D. 3.3.39.1). Prima di immaginare una nuova divergenza fra i due giuristi antoniniani – oltre che una «schizofrenia» di Ulpiano, che in D. 3.3.39.1 segue implicitamente Pomponio, e in D. 12.2.9.6 approva apertamente la tesi di Giuliano –, occorre sottolineare le oggettive differenze tra le due fattispecie, laddove lo scolarca sabiniano non sembra affatto riferirsi al caso di un *procurator absentis*¹⁷¹, che presti il suo giuramento in sede giudiziale e agisca *suo nomine*¹⁷².

¹⁶⁶) Che opportunamente DONATUTI, *Studi*, cit., p. 118, esclude di identificare restittivamente col solo «procuratore di cui si era incerti se fosse un mandatario». Concorda sul fatto che «in diritto classico ogni procuratore, senza distinzioni, era obbligato a dare la *cautio de rato*», PALERMO, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁷ Su questo aspetto A. PALERMO, *op. cit.*, 25 e nt. 1, e soprattutto L. AMIRANTE, *op. cit.*, 154 s. nt. 97 ove bibliografia

¹⁶⁸ Così P. FREZZA, *loc. cit.*

¹⁶⁹ Di cui peraltro, a differenza della seconda, è verosimile ma non scontata la provenienza da Pomponio: sua potrebbe essere la sostanza della soluzione (eventualmente estesa dal referente a ipotesi vicine), ma non necessariamente tutta la descrizione del caso. In particolare, il tratto '*iusiurandum procuratori ... competere potuit*' (che vedremo essere quello più interessato dal confronto col giuliano D. 12.2.9.6) non è retto o strettamente legato né al primo né al secondo '*Pomponius scribit*'.

¹⁷⁰) '*Iusiurandum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit. idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum procurator reo deferente iuraverit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. quae sententia habet rationem*'.

¹⁷¹) Sembra implicitamente escluderlo SIMON, *op. cit.*, p. 341, laddove ritiene che forse in D. 12.2.9.6 si parlava originariamente di un *cognitor*, in quanto già dall'età di Ulpiano andava equiparandosi il caso del *procurator praesentis* e quello del *cognitor*.

¹⁷²) Insiste su questo aspetto SIMON, *op. cit.*, p. 342, che spiega la sfasatura fra i due testi proprio col fatto «daß man für D. 3.3.39.1 annehmen muß, daß ein gerichtlicher Eid vorliegt, für D. 12.2.9.6 ein außergerichtlicher Eid vorliegt». Non scorge antinomie fra i due testi AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., in particolare p. 156 s. (che però corregge, in D. 12.2.9.6, *cognitoris* e *cognitor* in luogo di *procuratoris* e *procurator*). Un'altra testimonianza giuliana che è stata giudicata in contrasto con la dottrina di Pomponio, essendovi esclusa quella possibilità del procuratore di deferire il giuramento che è invece implicita in D. 3.3.39.1 (ove '*iusiurandum procuratori rettulit*'), è conservata in (Ulp. 26 *ad ed.*) D. 12.2.18: '*... procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum Iulianus libro decimo digestorum scribit, ne*

Il riferimento di Pomponio alla doverosa prestazione della *cautio de rato* da parte del *procurator* e l'originalità del caso di D. 3.3.39.1, mantengono così tutto il loro spessore. E' questa del resto una tematica che non troviamo particolarmente studiata prima di Gaio¹⁷³, Giuliano¹⁷⁴ e Pomponio, e che quest'ultimo affrontò secondo l'usuale sensibilità a certa casistica «di confine», come indicano, oltre al nostro frammento, alcuni passi escerpiti da altre opere¹⁷⁵, e anche una nuova citazione tratta dall'*ad edictum*¹⁷⁶. Penso a (Paul. 76 *ad ed.*) D. 46.8.13.1¹⁷⁷:

Si sine iudice procuratori legatum solvatur, caveri debere Pomponius ait.

Oggetto del richiamo paolino è la precisazione di Pomponio secondo il quale anche il procuratore cui fosse adempiuto, fuori dall'ambito processuale, il legato (evidentemente *per damnationem*, e spettante al *dominus*), avrebbe dovuto prestare la *cautio* in esame. Questo testo non ha riscosso particolare attenzione, se non per i sospetti di cui è stato fatto oggetto¹⁷⁸, e che in particolare hanno

postea reus, qui semel iuravit, a domino conveniatur ...?. Una spiegazione di questa divergenza può trovarsi nei rilievi che ai due testi – dopo SOLAZZI, *op. cit.*, p. 614 e nt. 46 – dedicava AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., p. 152 ss., in particolare 155 s.: qui basti osservare come il superamento della posizione di Giuliano – secondo cui il *procurator* non può deferire giuramento perché, quale ne sia l'esito, «il *dominus litis* potrà egualmente intentare l'azione avverso il giurante» – non è forse da collocare solo in età severiana (per la quale si consideri anche Paul. 18 *ad ed.*, D. 12.2.17.3). Se infatti il caso del giuramento riferito al procuratore – e perciò da quello già deferito – in D. 3.3.39.1 era effettivamente richiamato da Pomponio (come mostra di credere LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 18 fr. 30), è a lui che dovremmo guardare, ancora una volta, come contraddittore di Giuliano e precursore di certe innovazioni «codificate» da Paolo e Ulpiano.

¹⁷³) Fondamentale è, come detto, il suo *Inst.* 4.98, ma si veda anche (3 *ad ed. prov.*) D. 3.3.46.

¹⁷⁴) Oltre, e più di, D. 12.2.9.6, si vedano (3 *dig.*) D. 3.3.75, (41 *dig.*) D. 39.1.13, (56 *dig.*) D. 46.8.22, (5 *ex Minic.*) D. 46.8.23, (*ibid.*) D. 3.3.76.

¹⁷⁵) Mi riferisco soprattutto a (3 *ex Plant.*) D. 46.8.16 e (26 *ad Sab.*) D. 46.8.18.

¹⁷⁶) E segnalatamente dalla parte dedicata, *ex professo*, alla *cautio de rato*: LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 41, fr. 166.

¹⁷⁷) Una lettura del quale è in G. DONATUTI, *Studi sul procurator*, ora in *Studi*, I, cit., p. 117, S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, ora in *Scritti*, II, cit., p. 620, MECKE, *Entwicklung des procurator ad litem*, cit., p. 449 s., BEHREND, *Die Prokurator*, cit., p. 285.

¹⁷⁸) Sino a proporre una sostituzione non lievemente difforme – anche se il contenuto non ne era poi stravolto –: ‘*si procuratori legatum solvatur, tam eum cui mandatum est quam eum qui negotiis alienis se offert cavere debere Pomponius ait*’: così SOLAZZI, *loc. cit.*, sul quale chiaramente incideva – oltre a quanto rileveremo a proposito del *iudex* – la persuasione che i compilatori avessero cancellato non solo la menzione dell'inesistenza del mandato (ipotesi per la quale, in diritto giustiniano, neppure vi sarebbe stato un vero procuratore),

investito l'espressione «*sine iudice solvere*»¹⁷⁹. Il riferimento a un *legatum procuratori solutum* senza alcun intervento giudiziale (questo, e non l'esecuzione di un giudicato, indicando a mio avviso l'espressione «incriminata»), disegna tuttavia una suggestiva simmetria con l'analoga ipotesi (complicata dalla morte del *dominus* legatario e dalla possibilità di una ratifica da parte dell'erede di questi) affrontata ancora da Giuliano nel corrispondente luogo dei *Digesta*¹⁸⁰, ossia in (76 *dig.*) D. 46.8.22.6¹⁸¹. Quella che ai moderni è apparsa un'aggiunta super-

ma anche la menzione della sua esistenza, in quanto l'obbligo di prestare la *cautio de rato* sarebbe stato attribuito esclusivamente in età «post-classica» ai soli procuratori di cui fosse incerta la qualifica di mandatario (analogamente DONATUTI, *Studi*, cit., p. 103 ove bibliografia, 121 ss.). Sulla percezione già ulpiana della esigenza della *cautio* «anche quando ci fosse incertezza sull'autorizzazione del *procurator*», quale emerge da un testo come D. 46.8.10, si veda tuttavia ANGELINI, *Il «procurator»*, cit., p. 161; sulla «Beibehaltung der *cautio de rato*» come determinata proprio dalla struttura del processo formulare, ove «die Legitimation eines *procurator* durch Mandat» poteva essere effettivamente verificata solo nella fase *apud iudicem*, così che l'incertezza circa la sussistenza del mandato doveva inevitabilmente porsi, anche per i giuristi del principato, alla base del ricorso alla *cautio* – MECKE, *Die Entwicklung*, cit., in particolare p. 150, il quale sottolineava come «für den Prozessgegner eines *procurator* stand somit, wenn er zu *litis contestatio* schritt, keinesfalls mit Sicherheit fest, ob der *procurator* mit oder ohne Mandat prozessierte und somit die *res des dominus in iudicium* deduzierte oder nicht».

¹⁷⁹) Che – pur fatta salva da DONATUTI, *Studi*, cit., p. 117 (che invece considerava spuria la stessa espressione in Iul. 56 *dig.*, D. 46.8.22.pr., 6: *op. cit.*, p. 112, 114) – era considerata «strana» e «superflua» da SOLAZZI, *op. cit.*, p. 620, secondo il quale «anche se il procuratore fosse stato soddisfatto *per iudicem*, avrebbe dovuto *cavere*, intentando l'azione». Il rilievo è certo fondato per quanto attiene a quest'ultimo punto, ma ciò non mi sembra sufficiente a inferirne la necessaria superfluità (e tantomeno la natura glossematica) della precisazione in esame, oltretutto compiuta con una terminologia non infrequente nelle fonti (fra cui un altro contesto di provenienza pomponiana, benché sia lì più dubbia la risalenza al nostro giurista della terminologia e della nozione in esame: Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21.1.23.pr.) e che persino SOLAZZI (*op. cit.*, p. 616) escludeva fosse «emblematica a priori e in modo assoluto».

¹⁸⁰) Il libro LXXVI si chiudeva appunto sul tema della *cautio ratam rem haberi*: stando a LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 462, fr. 733, la riflessione giuliana su questa materia sarebbe stata più tardi impiegata proprio da Pomponio nel III libro *ex Plautio*: D. 46.8.16.1.

¹⁸¹) «*Si procuratori eius, qui mortuus erat, sine iudicio soluta fuerint legata, stipulatio committetur, nisi heres ratum habuerit, utique si debita fuerint: tunc enim non dubie interest stipulatoris ratam solutionem ab herede haberi, ne bis eadem praestet*». Si tratta di un testo a sua volta – come accennato – assai sospetto a Donatuti e Solazzi. Circa il rapporto fra il contributo di Giuliano e di Pomponio, è impossibile dire se vi fosse un rapporto di dipendenza, e in che direzione. Considerato però anche il loro contestuale richiamo in D. 3.3.40.pr. (e in D. 3.3.37.1, attinente a una materia contigua), la solo apparente antinomia fra D. 3.3.39.1 e D. 12.2.9.6, e la loro attestata, ricorrente attenzione a questo tema – è difficile sottrarsi alla sensazione di una loro virtuale «collaborazione» tesa a ridisegnare poteri e doveri del *procurator*.

flua, doveva così costituire una puntualizzazione di non poco momento, riaffiorante nelle due maggiori opere del tempo, e volta a superare – in virtù del rilievo sostanziale attribuito al *periculum* (come in Gai., *Inst.* 4.98)¹⁸² o all’*interesse stipulatoris ... ne bis eadem praestet*’ (come nel frammento giuliano) – quello stretto ambito di applicazione processuale della *cautio* cui si riferiscono le Istituzioni gaiane¹⁸³, così da meglio chiarire anche la successiva posizione di Ulpiano¹⁸⁴.

Ancor più articolato è il quadro e duplice la *cautio* (*de rato e iudicatum solvi*) di cui è previsto l’impiego nei §§ 6-7 di D. 3.3.39¹⁸⁵:

(6) Est et casus, quo quis eiusdem actionis nomine et de rato caveat et iudicatum solvi. ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur: alterius procurator existit: debet cavere hic procurator et ratam rem dominum habiturum, ne forte dominus reversus velit quid petere, item iudicatum solvi, ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adulescenti debeat, hoc praestetur. et haec ita Pomponius libro vicensimo quinto ad edictum scribit. (7) Item ait, si suspectus tutor postuletur, defensorem eius oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare quod actum est. sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quoniam famae causa est, nisi constet ei a tutore mandatum nominatim, aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, praetor erat

¹⁸²) Con riferimento però al solo convenuto processuale.

¹⁸³) Né sembra casuale il contesto in cui questo superamento – sia da parte di Giuliano che di Pomponio – inizia a realizzarsi, atteso l’ulteriore rischio, conseguente all’eventuale litiscrescenza, cui nelle nostre ipotesi andrebbe incontro l’adempiente nuovamente escusso.

¹⁸⁴) Pensiamo soprattutto a (80 *ad ed.*) D. 46.8.10 e (*ibid.*) D. 46.8.12.pr, espressivi – secondo ANGELINI, *op. cit.*, p. 160 s. – di una prudente e diffusa prassi negoziale.

¹⁸⁵) Su questi paragrafi, DONATUTI, *Studi sul procurator*, cit., ora in *Studi di diritto romano*, I, cit., p. 118 ove bibliografia, F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 199, E. CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, in «AUBA.», n. s. I, 1938, p. 173 ss. ove bibliografia, PALERMO, *Il procedimento cauzionale*, cit., p. 32, 56, P. BERETTA, *L’annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in «RISG.», LXXXV, 1948, p. 384 nt. 63, G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in «ZSS.», LXXV, 1958, p. 273, R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano, 1960, p. 78 s., G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano, 1965, in particolare p. 48 ss., RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., p. 61 nt. 2, 83 nt. 52, M. KASER, *Studi sulla «in integrum restitutio»*, in «Labeo», XII, 1966, p. 238, F. FABBRINI, *Per la storia della «restitutio in integrum»*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 214 s., B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindictio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassiscen römische Recht*, Berlin-New York, 1974, p. 88 ss. ove altra bibliografia, M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in «ZSS.», XCIV, 1977, p. 160 s., A. D’ORS, *La acción del menor restituido (crítica a Kupisch)*, in «AHDE.», XLIX, 1979, p. 311 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 498, 500, 520, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 232, 423.

cogniturus.

Per quanto concerne il § 6, la complessa casistica che vi è prospettata¹⁸⁶ consentiva a Pomponio di illustrare la possibilità che il *procurator* fosse tenuto alla prestazione sia della *cautio de rato* che *indicatum solvi*. Così, nell'ipotesi di un minore raggirato nella conclusione di un'*emptio-venditio*, cui fosse seguita la richiesta di *in integrum restitutio* e la relativa *causae cognitio* pretoria, il procuratore della controparte avrebbe dovuto garantire sia l'approvazione del proprio operato da parte del *dominus litis* (così da precludere a quest'ultimo, una volta compiuta la *restitutio*, di avanzare qualsiasi pretesa), sia l'adempimento del giudicato, affinché quanto dovuto al minore in forza della stessa *in integrum restitutio* fosse effettivamente prestato¹⁸⁷. Ne risulta – a quanto ne sappiamo, per la prima volta – un'efficace combinazione delle due *cautiones* che Ulpiano non solo avrebbe qui registrato con implicito assenso, ma che avrebbe anche riproposto, con una prospettiva più ampia¹⁸⁸, in un altro testo fitto di echi pomponiani e giulianeî quale (9 *ad ed.*) D. 3.3.40.2¹⁸⁹.

¹⁸⁶) Su cui ampiamente KUPISCH, *loc. cit.*, ove bibliografia, che non ha però persuaso KASER, *Zur in integrum restitutio*, cit., p. 160 s. nt. 223, e D'ORS, *loc. cit.*

¹⁸⁷) L'argomentazione di Pomponio (cui, in ragione dell' '*haec ... scribitur*' finale, attribuirei il contenuto di tutto il paragrafo) risulta così guidata da una logica coerente e serrata, volta a garantire in tutta la sua effettività (ancora una volta!) la tutela del minore, sia per quanto attiene il compimento della *restitutio*, sia nei confronti delle contropretese che dopo di essa potrebbe avanzare il *reversus*. Non mi sembrano quindi fondati i sospetti avanzati sul tratto '*ne forte ... quid petere*' da DONATUTI, *Studi*, cit., p. 118 ove bibliografia: esso ha infatti carattere di spiegazione, ma non necessariamente glossematico (o almeno non più della successiva espressione '*ut si quid ... adolescenti debeat*', che anche Donatuti – diversamente da CARRELLI, *op. cit.*, p. 175, su cui però BERETTA, *loc. cit.*, CERVENCA, *Studi*, cit., in particolare p. 49, KUPISCH, *op. cit.*, p. 88 s. – stimava genuina), né la presenza del termine *forte* costituisce serio indizio di interpolazione. Non è infine vero che «non si è mai parlato innanzi di un *dominus assente*», essendo stato proprio il procuratore di questo al centro della diagnosi pomponiana riferita in D. 3.3.39.1. Una lettura conservativa del tratto in questione appare presupposta da KUPISCH, *op. cit.*, p. 88 ss., in particolare 91, ma anche da CERVENCA, *Studi*, cit., in particolare p. 50 ss., persuaso che la *cognitio* cui vi si accenna non dovesse necessariamente sfociare – come invece ritenevano CARRELLI, *Decretum*, cit., p. 174 s. (di cui è tutt'altro che chiaro il richiamo a stipulazioni pretorie utili), BERETTA, *loc. cit.*, NICOSIA, *loc. cit.* – in un *decretum*, assimilato, con la necessità di prestare la *cautio indicatum solvi*, appunto a un *indicatum* (il che invero non mi parrebbe poi così scandaloso, atteso il carattere circoscritto e strumentale dell'equiparazione). Cervenca riteneva quindi che la *in integrum restitutio* venisse realizzata «direttamente attraverso la concessione del *iudicium rescissorium*», e che proprio l'ottemperanza a questo dovesse essere garantita dal *procurator*.

¹⁸⁸) Ossia in riferimento a tutte le *actiones in rem*, e in particolare alla *rei vindictio*.

¹⁸⁹) Su questo collegamento fra i due passi ulpianeî, già D'ORS, *La acción*, cit., p. 311 s.

Particolarmente visibile è anche la continuità che lega, nel discorso ulpiano, la soluzione di D. 3.3.39.6 con quella del paragrafo seguente. In tutto il frammento il giurista di Tiro tende infatti a individuare i casi in cui occorre prestare la *cautio de rato* (magari accompagnata, come nel § 6, da quella *iudicatum solvi*)¹⁹⁰: dopo il caso della *restitutio* del minore, è così affrontata l'ipotesi di un'*accusatio suspecti tutoris* in cui si avesse (nonostante l'infamia che tale azione comportava)¹⁹¹ un sostituto processuale del tutore. L'opinione di Pomponio sembra essere qui trascritta solo nella prima parte del paragrafo (fino a '*quod actum est*')¹⁹²: essa era nel senso di prescrivere la prestazione «anche» della *cautio de rato*, e ciò potrebbe nuovamente alludere – sebbene il punto sia alquanto problematico – a un dovere di garantire, da parte del *procurator*, anche l'adempimento del giudicato, così da proporre per quest'ulteriore ipotesi una combinazione di *cautio de rato* e *iudicatum solvi*.

Un ultimo aspetto che attraeva l'attenzione di Pomponio a proposito del regime e delle conseguenze processuali dell'intervento del *procurator*, è affrontato nell'esaminare il secondo paragrafo del '*De iurisdictione*' ('*Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*')¹⁹³. A destare problemi era infatti la determinazione del soggetto che dovrà un domani *eodem iure uti* (naturalmente, secondo la terminologia edittale, *adversario postulante*), ove oggi a *postulare* non sia direttamente il *dominus litis* ma un suo *procurator*. La posizione pomponiana è tramandata in (Ulp. 3 *ad ed.*) D. 2.2.3.1¹⁹⁴:

Si procurator meus postulavit, quaeritur quis eodem iure utatur: et putat Pompo-

¹⁹⁰ Così, in particolare, D'ORS, *op. cit.*, p. 311.

¹⁹¹ Su cui, per tutti, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 500 s. E' proprio a tale *infamia* che guarderà Ulpiano nel finale del testo (che attribuirei, come vedremo, a lui soltanto), nel segnalare la difficoltà che, nella pratica, si abbia un procuratore di chi fosse soggetto a un'*accusatio suspecti tutoris*.

¹⁹² In tal senso, evidentemente, già LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 18 s.

¹⁹³ Il cui dettato, dopo l'usuale *laudatio edicti* (ancora una volta condotta sotto il profilo dell'equità, ma anche alludendo a – e respingendo – presumibili dissensi destati da tale previsione), è riprodotto da Ulpiano in (3 *ad ed.*) D. 2.2.1.(pr.)-1: '*Hoc edictum summam habet aequitatem, et sine cuiusquam indignatione iusta. quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? (1) Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernetur. scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur*'.

¹⁹⁴ Su questo testo, FRESE, *Prokurator*, cit., p. 338 nt. 3, SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 37 ove bibliografia, 69, ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti*, cit., p. 42, NARDI, *Squilibrio*, cit., p. 149. Abbiamo accennato alla posizione di Ulpiano rispetto alla dottrina pomponiana, *supra* I.2.V.

nus me solum, utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit vel adolescentis, ipse hoc edicto coeretur. item adversus procuratorem id observandum est, si in rem suam fuerit datus.

Anche su questo passo non sono mancati sospetti di alterazione¹⁹⁵: ne appare tuttavia affidabile l'indicazione di fondo, che è del resto in sintonia con la tendenza pomponiana ad applicare gli interventi pretori in coerenza con l'effettività degli interessi in gioco. Il nostro giurista stimava infatti che ad essere interessato dalla disposizione edittale e quindi dalla «reciprocità di trattamento giuridico» in essa sancita, sarà il *dominus litis* e non il *procurator*, ove vi sia stato un mandato speciale (presumibilmente *ad litem*) o una successiva ratifica.

Questa dottrina, come segnalato a suo tempo, conoscerà l'integrazione ulpiana, secondo cui opposta sarà la disciplina nel caso sia di un '*tutor vel curator furiosi vel adolescentis*' che di un *procurator in rem suam*. Verosimilmente quella di Ulpiano non costituiva peraltro tanto una correzione quanto un'estensione della medesima ratio: Pomponio per primo doveva aver individuato nell'effettiva titolarità dell'interesse coinvolto e nell'espressa volontà (preventiva o posteriore) dell'altrui attività procuratoria gli elementi per determinare il soggetto nei cui confronti sarebbe stata in futuro applicata, '*postulante adversario*', la stessa innovazione giuridica introdotta nel precedente giudizio. Il giurista severiano ne avrebbe solo colmato un probabile silenzio, rovesciando la disciplina nell'ipotesi in cui altri fosse l'effettivo titolare di quell'interesse, o il soggetto sostituito tale da non poter validamente manifestare, per infermità mentale od età, la volontà cui accennavamo.

¹⁹⁵ Soprattutto in merito alla seconda parte: si veda, oltre ai numerosi Autori citati nell'*Index interpol. ad h. l.*, SERRAO, *loc. cit.*, il quale non solo riteneva, sulle orme di Frese, che il riferimento conclusivo fosse originariamente a un *cognitor* (anziché *procurator*) *in rem suam* (congettura già di per sé opinabile e – come rilevava ROZWADOWSKI, *loc. cit.* – sorretta solo dalla presenza della parola *dare* [*datus*], che sarebbe stata impiegata dai giuristi del principato per il *cognitor* e non per il *procurator*: è comunque implausibile, stante il riferimento alla *ratibabitio domini*, estendere quel sospetto anche alla prima parte del testo, ove è riferito il pensiero di Pomponio), ma riteneva anche il tratto '*utique ... habui*' «una appiccatura sopraggiunta nel testo genuino», in cui sarebbe «bizantino lo *specialiter mandare*» e «sospetto l'allacciamento al testo genuino mediante *utique*». Il testo, così ricostruito, sembra tuttavia perdere parte della sua logica: la soluzione di Pomponio, privata della sua (almeno tendenziale, attesa una certa ambiguità di '*utique*') delimitazione, appare sin troppo indefinita e audace rispetto a un dato normativo che sembra guardare più al dato formale dell'identità del postulante che a quello sostanziale del *dominus litis*; né probabilmente l'intervento ulpiano, soprattutto in merito al *procurator in rem suam*, si sarebbe potuto limitare a un'integrazione, introducendo piuttosto difformità e rotture all'interno dell'ampia categoria considerata da Pomponio.

V.3. Procedure contro o in nome di *municipes*

All'esame delle disposizioni relative all'intervento processuale di soggetti diversi dalle parti in senso stretto risalgono altre dottrine di Pomponio, tramandate in una decina di frammenti. Alcuni di essi attengono ad aspetti specifici e tutto sommato marginali (almeno ai nostri occhi, se non a quelli di Ulpiano)¹⁹⁶. I due nuclei tematici attorno ai quali possiamo meglio seguire il contributo di Pomponio risultano così quello delle *actiones* concesse in nome o contro i *municipes*¹⁹⁷, e quello della *negotiorum gestio*. Quanto alla prima materia, interessano soprattutto le opinioni del giurista antoniniano riguardo ai mezzi di tutela – in particolare, *actiones adiecticiae qualitatis* e interdetti – esperibili *adversus municipes*. Iniziamo da (Ulp. 10 *ad ed.*) D. 15.4.4¹⁹⁸:

Si iussu eius, qui administrationi rerum civitatis praepositus est, cum servo civitatis negotium contractum sit, Pomponius scribit quod iussu cum eo agi posse.

¹⁹⁶ Penso a un frammento come (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 26.5.17 ('*Ei, qui de statu suo litigat, tutorem dari posse Pomponius scribit et verum est, ut ita demum teneat datio, si liber est*') attribuito da LENEL, *Palīngenesia*, II, cit., c. 18, fr. 26, all'esame del paragrafo '*Ut alieno nomine sine mandato agere non liceat*' (o '*Quibus alieno nomine agere liceat*', secondo la dizione di *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 95). Su di esso, A.M. RABELLO, *L'acquisto della «patria potestas»*, in «Labeo», XXI, 1975, p. 178, ID., *Effetti personali della «patria potestas»*. I. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, p. 300. Vi emerge l'adesione di Ulpiano a una soluzione di Pomponio tutt'altro che scontata, secondo cui poteva essere assegnato un tutore anche a chi avesse in corso una causa relativa al proprio *status* (libero o servile). E solo nel caso che ne fosse accertata la condizione di libero, permarrà valida la *datio tutoris*: così Ulpiano spiegava la disciplina proposta dal nostro giurista, laddove egli stesso escludeva invece la validità di una *datio tutoris in pendenti* nel caso in cui il padre del pupillo si trovasse *in hostium potestate* (si veda 38 *ad Sab.*, D. 26.1.6.4, ma anche 29 *ad ed.*, D. 14.6.1.1). A distinguere le due fattispecie e giustificare l'accoglimento della soluzione pomponiana era probabilmente la circostanza che nel nostro caso si ha un'incertezza solo nell'accertamento (che è relativo a uno *status* che oggettivamente già sussiste), mentre nell'ipotesi di *captivitas* del padre, il figlio si trova momentaneamente fuori di una *potestas* che, *iure postliminii*, potrebbe essere però recuperata (se addirittura – come scriveva S. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii»*, ora in *Scritti*, IV, cit., p. 573 – egli non mancava della qualità di *sui iuris*, giacché «da potestà del padre prigioniero non è estinta»).

¹⁹⁷ Circa l'applicazione delle «disposizioni edittali accennate ... a tutte le *civitates* e non solo ai *municipia*», si veda peraltro ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 564. Sulla circostanza che proprio l'esame di queste previsioni pretorie costituisca la sede in cui solitamente i giuristi romani si occupavano, *ex professo*, del fenomeno dei «gruppi», delle «collettività» e degli altri «centri di imputazione di relazioni giuridiche», R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968, in particolare p. 94.

¹⁹⁸ Sul quale ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 147, 168, 562, 564, BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei «collegia»*, cit., p. 16.

Si tratta fra l'altro dell'unica testimonianza pomponiana di cui disponiamo in merito all'*actio quod iussu*¹⁹⁹: a fruirne è chi, su autorizzazione di un funzionario di una *civitas*²⁰⁰, abbia negoziato con un servo appartenente alla stessa comunità. Pomponio non dubita che legittimato passivo sia l'autore del iussum, ma evidentemente non in quanto proprietario dello schiavo (che è «pubblico») ²⁰¹, ma come persona fisica attraverso la quale sta in giudizio la *civitas*²⁰². In questa soluzione, e nella stessa fattispecie affrontata, non spicca tanto il contributo innovativo del nostro giurista in merito alla difesa delle *civitates* come affidata a '*qui res earum administrant*' (un aspetto già ben definito in Giavoleno)²⁰³, quanto la regolamentazione che egli propone – attraverso l'usuale attenzione al mondo servile – riguardo ai momenti economicamente più vivi e giuridicamente più complessi di quella realtà²⁰⁴.

Un approccio in cui l'assimilabilità di certe *universitates* alle persone fisiche – sia in quanto titolari di schiavi che anche per loro conto potessero *gerere negotia*²⁰⁵, sia in quanto possibili parti, mediante idonei rappresentanti, in un

¹⁹⁹) Diversamente, quindi, da quanto accade per le altre *actiones adiecticiae qualitatis*, su cui *infra* IV.1.II.

²⁰⁰) Così restituirei – con nozione piuttosto generica, suscettibile di precisazioni solo alla luce dell'interno ordinamento della struttura cittadina – il riferimento a un '*administrationi rerum civitatis praepositus*'.

²⁰¹) Su tipologia e disciplina di questi *servi publici*, per tutti, ALBANESE, *Le persone*, cit., in particolare p. 168, 562 nt. 36.

²⁰²) Non dubita – e non solo per la *sedes materiae* – che il nostro sia fra i testi che testimoniano di «azioni intentate contro le *civitates*», ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 564 nt. 44. Ritene senz'altro che i negozi conclusi dal *servus civitatis* comportino la responsabilità adiectizia della *civitas*, BISCARDI, *Rappresentanza*, cit., p. 16.

²⁰³) Si veda (Iavol. 15 *ex Cass.*) D. 3.4.8, da cui è tratta anche la terminologia impiegata nel testo.

²⁰⁴) Pensiamo solo a ciò che comporta il riconoscimento della proprietà, in capo alle *civitates*, di schiavi, intesi anche come agenti commerciali, rispetto alla titolarità di cose inanimate (o almeno alla loro sottrazione dalla disponibilità dei singoli), come le *statuae in civitate positae* cui si riferivano Trebazio e Pegaso, citati in (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 41.1.41. Circa la possibilità, per i *municipes*, di possedere e usucapire '*per servum quae peculiariter adquisierint*', si veda invece già il parere di Nerva figlio tradito in (Paul. 54 *ad ed.*) D. 41.2.1.22.

²⁰⁵) Sul punto soprattutto BISCARDI, *op. cit.*, p. 16 s. Nel nostro testo non sembra invece essere traccia della tesi che – secondo questo A. – avrebbe, seppure ormai declinante, preceduto e convissuto con l'elaborazione giurisprudenziale di una dottrina della personalità di enti diversi dall'uomo, ossia la tesi di una capacità processuale del servo, che sarebbe stato così in grado di *litem contestari* nell'interesse dell'ente a cui apparteneva. La possibilità che lo schiavo stesse in giudizio nell'interesse del *dominus* non era esclusa – nonostante testi come (Iul. 55 *dig.*) D. 2.11.13 e (Gai. 1 *ad ed. prov.*) D. 50.17.107, e contro la *communis opinio* – dallo stesso A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in «Labeo», XXI, 1975, p. 143 ss., in particolare 147 ss.

processo civile – appare ormai un presupposto acquisito, o almeno un «problema»²⁰⁶ in gran parte delineato. Si tratta del resto di un quadro concettuale che non stupisce rinvenire in Pomponio, cui dobbiamo la teorizzazione – in visibile ripresa di motivi filosofici, soprattutto stoici – dei *corpora ex distantibus*²⁰⁷, e, lì come altrove, l'uso del *nomen* come «elemento di unificazione» di situazioni composite ed eventualmente pluripersonali²⁰⁸.

La seconda dottrina che di lui conosciamo in merito ai mezzi di tutela esperibili *adversus municipes* è riferita ancora da Ulpiano, in (10 *ad ed.*) D. 43.16.4²⁰⁹:

Si vi me deiecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit.

Al centro vi è la problematica connessa alla possibilità di compiere, da parte dei *municipes* (naturalmente intesi come collettività), illeciti privati – situazione che sembra trovare un riconoscimento proprio a partire da Pomponio²¹⁰. Il fine di approntare un'adeguata tutela contro simili atti impone il

²⁰⁶ Nel senso di ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., *passim*. Quasi inutile sottolineare, peraltro, come la tendenza a quell'assimilabilità cui accenniamo nel testo rimanga cosa ben diversa dalla formulazione, sia pure embrionale, di una teoria della «persona giuridica».

²⁰⁷ Penso al notissimo (Pomp. 30 *ad Sab.*) D. 41.3.30.pr., su cui *supra* II.1.II.4 ove (parziale) bibliografia.

²⁰⁸ Così ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 130 ss., che esamina anche (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*) D. 50.16.119.

²⁰⁹ Sul quale LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., p. 293, U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»*, Greifswald, 1932, p. 229 s. ove bibliografia, L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Personen*, I, München, 1933, p. 343 e nt. 5, P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in «Studi Albertario», II, cit., p. 153, G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante «potestati subiecti»*, Milano, 1960, p. 355 nt. 21 ove bibliografia, 356 nt. 23, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 562, 564.

²¹⁰ Si vedano i testi indicati da ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 562 nt. 36, fra i quali spiccano altri passi «di spiriti pomponiani» come (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.2.9.1 e 3. Meno significativi, in proposito, i passi menzionati da SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, I, cit., p. 343 nt. 5. Ancor più difficile mi sembra seguire BERETTA, *op. cit.*, p. 151 ss., in particolare 153 e nt. 2 ove bibliografia, nell'instaurare un parallelo fra la posizione di Pomponio e quelle di Labeone in (70 *ad ed.*) D. 43.24.5.(11-13) e di Cassio in (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 43.24.11.6, fino a ipotizzare un contrasto di scuola tra fautori di un «principio dell'interesse» (secondo cui risponderà il soggetto nel cui interesse è stata impartita una certa disposizione) e di un «principio personalistico» (per il quale legittimato passivo sarà l'autore del fatto), e collocare Pomponio nella prima prospettiva, che sarebbe quella proculiana (in realtà labeoniana: ho accennato alla difficoltà di considerare proculiane tout court dottrine che sono del solo giurista augusteo, ho insistito in *Il modello delle scuole*, cit., p.

ricorso a tutto il suo repertorio di libero interprete dell'editto: dall'individuazione di una responsabilità della collettività nell'operato di chi compia la *deiectio* con la propria, personale *vis*, ma in nome della comunità stessa; all'ipotesi di una difesa interdittale²¹¹ anche laddove il pretore, parlando di '*adversus municipes agere*', lascerebbe pensare a rimedi contro gli stessi limitati ad azioni; alla subordinazione di tale tutela al reale incremento patrimoniale goduto dalla collettività²¹² – il che confermerebbe che lo spossessamento del singolo è avvenuto nell'esclusivo (o prevalente) interesse di essa, e al contempo implica quel momento dell'effettività e della concretezza degli interessi a cui anche altrove abbiamo visto Pomponio sensibilissimo²¹³.

Con queste due testimonianze – non prive di problemi, ma anche espressive di innovazioni importanti – si esauriscono le nostre conoscenze circa il contributo di Pomponio attorno ai mezzi processuali esperibili nei confronti dei *municipes*. Un argomento che egli aveva toccato anche nell'*ad Sabinum*, optando sempre per la fruibilità, contro gli stessi soggetti, degli usuali strumenti del processo privato (seppure in certo modo peculiari, come le azioni divisorie o l'*actio aquae pluviae arcendae*)²¹⁴. Di fronte a questa ricorrente

50 nt. 234, 56 e nt. 258, 100 ss.).

²¹¹⁾ Verosimilmente, per mezzo dell'*interdictum unde vi*: VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 229. Colloca nondimeno il nostro testo fra quelli che documentano l'esistenza di «azioni intente contro le *civitates*», ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 564 nt. 44.

²¹²⁾ Nonostante i dubbi, non certo insuperabili, che sulla frase '*si ... pervenit*' nutrivano LEVY, *loc. cit.* e VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 229. La possibilità, adombrata dal primo, che la nostra espressione sia frutto dell'intervento di un glossatore che riecheggiasse quanto leggiamo in (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.3.15.1 ('*Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitabitur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam*') – sembra complicare le cose anziché risolverle. Molto più lineare è spiegare l'analogia delle due impostazioni supponendo che Ulpiano, in un libro così ricco di dottrine pomponiane come l'XI, tornasse ad assumere, senza svelarne la paternità, anche l'impostazione del nostro autore che affiora in D. 43.16.4. Che poi la frase in esame alluda a una responsabilità *ex interdicto* limitata all'*id quod pervenit* – che giustamente NICOSIA, *op. cit.*, p. 354 ss. ove bibliografia, riteneva inconciliabile con la struttura del processo formulare –, non mi sembra così sicuro da indurre ad espungere la proposizione stessa.

²¹³⁾ Quanto detto comporta evidentemente il superamento dell'obiezione di VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 229 s., secondo cui, per il caso prospettato, «ist das si quid pervenit zu eng» e «auch nicht selbstverständlicher als anderswo».

²¹⁴⁾ Si veda (Pomp. 13 *ad Sab.*) D. 3.4.9 ('*Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae eriscundae iudicium inter vos redditur. idemque dicendum est et in finium regundorum et aquae pluviae arcendae iudicio*'), su cui, per tutti, F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*. Dalle XII Tavole all'epoca classica, Milano, 1977, p. 11, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 562, 564. Si tratta di una delle prime testimonianze giurisprudenziali circa l'attribuzione di un'*hereditas* a una comunità cittadina (pressoché coevo è il riferimento alla *colonia*

attenzione per l'*adversus municipes agere*, rinveniamo invece tracce piuttosto esigue attorno alla tutela fruibile *municipum nomine*. Si tratta essenzialmente della citazione contenuta in (Ulp. 8²¹⁵ *ad ed.*) D. 3.4.5²¹⁶:

Illud notandum Pomponius ait, quod et patris suffragium filio proderit et filii patri.

Il passo si colloca nella disamina delle procedure di individuazione dei soggetti legittimati a promuovere un'azione in nome della comunità (civitas oppure, come leggiamo in D. 3.4.2, *municipes vel aliqua universitas*). A tal fine vengono innanzitutto in considerazione – come dirà chiaramente Ulpiano qualche decennio più tardi²¹⁷ – le disposizioni contenute nella *lex*²¹⁸, e solo ove queste manchino, la scelta rimessa agli organi cittadini. E' in merito alla votazione cui essi procederanno che è registrato il circoscritto intervento di Pomponio, alla cui stregua il padre potrà dare la sua preferenza al figlio e viceversa, così che il primo potrà essere chiamato ad agire *nomine municipum* anche grazie al voto decisivo del figlio, e questi a fare altrettanto seppure ancora sottoposto a *patria potestas*.

Il condizionamento di quest'ultima risulta così attenuato dinanzi all'interesse pubblico coinvolto, sino a poterne prescindere appena si oltrepassi

Leptitanorum in Iul. 78 *dig.*, D. 28.6.30, mentre posteriori sono gli altri frammenti indicati da ALBANESE, *op. cit.*, p. 564 nt. 43, che peraltro ritiene – sulla scorta di *Tit. Ulp.* 22.4, e senza neppure accennare a possibili *disensiones prudentium* – che «*municipia* e *municipes* non possono essere istituiti eredi perché sono un *incertum corpus*»). La sua regolamentazione costituisce il punto nevralgico dell'intervento di Pomponio. E' infatti ben visibile, nel suo discorso, la centralità attribuita alla soluzione secondo cui potrà instaurarsi un giudizio di divisione ereditaria fra il privato e la comunità: a ciò segue, quasi per attrazione, un'analoga disciplina per l'*actio finium regundorum* e *aquae pluviae arcendae*. Riguardo a quest'ultima, non stupisce tanto il tenore della soluzione di Pomponio – che altrove (10 *ex var. lect.*, D. 39.3.22) sembra anzi innovativamente estenderne, in via «utile», la legittimazione (attiva e) passiva anche all'usufruttuario –, quanto la sua menzione in luogo dell'ultima azione divisoria (*actio communi dividundo*). Sul collegamento fra *actiones finium regundorum* e *aquae pluviae arcendae*, testimoniato anche in Cicerone, SITZIA, *loc. cit.*

²¹⁵) Non escludeva che l'*inscriptio* fosse errata, e che il frammento fosse escerpito dal IX libro *ad edictum* di Ulpiano, LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 18, 449, 452.

²¹⁶) Sul quale H. KRELLER, *Zwei Gainsstellen zur Geschichte der juristischen Person*, in «Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 27-28-29-IX-1948)», III, Milano, 1951, p. 4, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 274, 562, 564, HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 83.

²¹⁷) Si veda (Ulp. 9 *ad ed.*) D. 3.4.3.

²¹⁸) Da intendere, con ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 562 nt. 36, come «*lex* costitutiva della struttura cittadina», che attribuiva l'accennata facoltà processuale ai magistrati locali.

L'ambito della *domus*: un approccio in cui forse potremmo scorgere una concezione pomponiana della «cosa pubblica» che si distanzia da certe correnti filosofiche che nella stessa identificavano l'aggregazione dei nuclei familiari, per scorgervi piuttosto un insieme atomizzato dei singoli individui, diseguali sotto molti aspetti, ma non per lo *status* nella *familia*. Quel che è certo è che questa scissione fra la condizione di *sui iuris* o *alienae potestati subiectus* ed altri aspetti dello stato personale direttamente connessi al dettato pretorio, affiora già in altre testimonianze pomponiane, come a proposito del dovere di accettare un *qualiscumque fideiussor* (o *vindex*), quale interessa chiunque citi col permesso del pretore un proprio *parens* – sia pure ancora sotto potestà²¹⁹. Indubbio è anche, come allora, l'accoglimento conosciuto da quella posizione presso i giuristi severiani, tanto che il nostro passo non solo registra, probabilmente, un tacito assenso di Ulpiano, ma anche si colloca – come già colto dai giustinianeî – in forte continuità col frammento (di Paolo) compilato subito dopo²²⁰.

V.4. Dottrine in tema di *negotiorum gestio*

Piuttosto estrinseco è il nesso che, nella «sistemica» del pretore, ha con questi argomenti l'ultima materia del nostro editto per cui possiamo ricostruire l'apporto di Pomponio, ossia la *negotiorum gestio*. Centrale è al riguardo l'ampia testimonianza conservata in (Ulp. 10 *ad ed.*) D. 3.5.5.8-10, che abbiamo studiato nel confrontare le posizioni di Labeone e Pomponio su questi temi²²¹. In altri contesti abbiamo anche esaminato quasi tutte le altre citazioni tratte dal nostro giurista, le quali in qualche modo confermano certe sue prospettive in tema di gestione di affari²²², o viceversa attengono a punti più defilati della sua

²¹⁹ Si veda il già esaminato (Ulp. 5 *ad ed.*) D. 2.8.2.3.

²²⁰ Mi riferisco a (Paul. 9 *ad ed.*) D. 3.4.6 (*item eorum, qui in eiusdem potestate sunt: quasi decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. quod et in honorum petitione erit servandum*). Sulla stretta relazione fra i due testi, HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 83, il quale addirittura suppone che il tratto «from *quasi decurio enim* ... to the end of the *lex*, is in reality a passage from Ulpian's edictal commentary, not from Paul». L'ipotesi è sorretta quasi solo da argomentazioni stilistiche (come l'impiego di una terminologia più frequentemente ulpianea), ma ben potrebbe rivelarsi fondata, così da rafforzare la possibilità che nella parte centrale di D. 3.4.6 – costruita sul simmetrico richiamo alla «Denkform» (anche) pomponiana '*quasi*' – sia ancora riecheggiata l'impostazione del nostro giurista. Parlava, per le '*leges*' 2-5 di D. 3.4, di una «Literaturkatene», della quale sarebbero stati autori, se non i compilatori, certi loro «predecessori», KRELLER, *loc. cit.*

²²¹ Si veda *supra* II.2.III.2 ove bibliografia.

²²² E' quanto verificiamo per (Paul. 9 *ad ed.*) D. 17.1.40, su cui *supra* I.2.II.

disciplina²²³.

Premidente risulta, a una visione d'insieme, l'attenzione che Pomponio – nell'individuare i casi in cui sia da concedere o meno l'*actio negotiorum gestorum* (ossia, in termini sostanziali, possa dirsi integrata tale fattispecie produttiva di obbligazioni) – rivolge²²⁴ all'elemento soggettivo, in riferimento tanto alla *contemplatio domini* o altro atteggiamento psicologico del gestore, quanto agli effetti della ratifica o del divieto del gerito. Nella prima direzione rilevano le differenziazioni su cui si muove D. 3.5.5.8²²⁵, ma anche l'importanza attribuita in D. 3.5.5.9 alla rappresentazione dello *status* del *dominus negotii* nella mente del gestore²²⁶.

Nella seconda interessa la disciplina che Pomponio delineava nel caso di divieto del debitore principale a che un terzo prestasse per lui fideiussione, come preclusiva della concessione sia dell'*actio mandati* che dell'*actio negotiorum gestorum* che di un'*actio utilis* a favore del fideiussore²²⁷. Una soluzione che, nella sua perentorietà, è ancora opportuno confrontare²²⁸ con le decisioni cui negli stessi anni perveniva Giuliano, pronto ad escludere ogni responsabilità del *dominus* per le spese sostenute da chi – contro la sua volontà o addirittura nonostante la sua *prohibitio* – si fosse intromesso nell'amministrazione dei suoi beni (C.I. 2.18.24), ma anche dubbioso – nell'ipotesi di due *socii*, uno solo dei quali proibente l'altrui *administratio* – circa la concessione dell'*actio negotiorum gestorum* contro l'altro socio, in quanto '*si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit*'²²⁹.

²²³) E' il caso di (Paul. 9 *ad ed.*) D. 3.5.14, relativo al momento in cui deve essere considerato lo *status* del *dominus negotii* (e che per Pomponio corrisponde a quello iniziale della *negotiorum gestio*, secondo una soluzione che Paolo avrebbe condiviso, ma anche precisato e integrato): si veda *supra* I.2.IV ove bibliografia.

²²⁴) Ancor più di Labeone, nel quale è prevalente, ma non esclusivo, il rilievo attribuito alle circostanze oggettive della gestione di affari (come emerge da D. 3.5.5.6, D. 3.5.9.1 e soprattutto D. 3.5.5.5, mentre più problematico è il discorso proprio per D. 3.5.5.8): *supra* II.2.III.2.

²²⁵) Alla cui stregua, nel caso di gestione degli affari di uno schiavo o di un *filius familias*, si avrà una responsabilità diretta e completa del *pater/dominus* oppure una sua limitazione entro i limiti del peculio (in via quindi adiettizia) a seconda – e salvo ulteriori distinzioni – che il gestore abbia agito *contemplatione domini/patris*, o solo perché mosso da amicizia nei confronti del figlio o del servo.

²²⁶) Un elemento che risulta invece soccombente dinanzi all'oggettività delle circostanze in D. 3.5.5.10.

²²⁷) Secondo una valutazione, riguardo all'*actio utilis*, peraltro non pacifica, come emerge da D. 17.1.40 (*supra* I.2.II ove bibliografia).

²²⁸) Come accennato *supra* I.2.II.

²²⁹) Un'incertezza superata da Giuliano nel senso che '*superesse contra eum qui non*

Non meno rilevanti, nella stessa prospettiva (ma con un peso significativo attribuito anche alla presenza o meno di dolo da parte del gestore), mi sembrano i due rilievi pomponiani tramandati nel primo tratto²³⁰ di (Scaev. 1 *quaest.*) D. 3.5.8²³¹:

Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat. Il testo cui riferirsi è (Ulp. 10 ad ed.) D. 3.5.7.3.

²³⁰) L'unico riportato, *sub* Pomponio, da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 19, fr. 34. Osserviamo peraltro come la seconda parte del testo sia costruita in forma di «nota» critica (o con «struttura dialogica», come vuole MASIELLO, *Le Quaestiones*, cit., p. 91), di Scaevola al pensiero di Pomponio: una dialettica puntuale che suggerisce un impiego del nostro commentario presso il maestro di Paolo più ampio di quanto oggi indichino le fonti (sino a riporre in discussione i rilievi tratti dall'avarizia delle medesime: *supra* I.2.I). Questo, naturalmente, se ipotizziamo che non solo della dottrina in esame, ma anche di altri cospicui tratti dell'opera pomponiana Scaevola avesse, durante il proprio lavoro, una consultazione diretta: una conclusione che in realtà non è favorita dalla diversa tipologia delle rispettive produzioni, dal non frequentissimo ricorso a citazioni nelle *Quaestiones* e dalla stessa mole del nostro commentario.

²³¹) Leggono questo frammento (sul quale già *supra* II.2.III.2), F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, III, Milano, 1888, p. 205 s. ove bibliografia, G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei "bonae fidei iudicia"*, in «Studi urbinati», I.3-4, 1927, p. 65 s. (= *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, 37 s.), ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 199, nonché la *rec.* di C. SANFILIPPO, in «Iura», I, 1950, p. 497, R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in «ZSS.», LXXXIV, 1967, p. 147 s. ove bibliografia, SEILER, *Der Tatbestand der «Negotiorum Gestio»*, cit., p. 68 s. ove altra bibliografia, M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in «Iubeo», XVII, 1971, in particolare p. 231 s., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 434, MASIELLO, *op. cit.*, p. 27 ss. ove bibliografia, 91, 145 ss., 172 ss. (che sorprendentemente attribuisce la dottrina pomponiana all'*ad edictum* nella prima e nell'ultima circostanza, e alle *Lectiones* nelle altre due). Circa la genuinità del passo, essa è affermata, nella sostanza, da TALAMANCA, *op. cit.*, p. 231, mentre un profondo scetticismo era ancora in SEILER, *Der Tatbestand*, cit., p. 69 e nt. 37 ove bibliografia; una rivisitazione critica dei vari sospetti è ora in MASIELLO, *op. cit.*, in particolare p. 145 s.

A prescindere dalla *ratio* che sorregge la critica di Scevola e dall'argomentazione in cui essa si snoda²³², preme qui evidenziare come, secondo Pomponio, la ratifica da parte del *dominus negotii* facesse venir meno la responsabilità del gestore (cioè la sua soggezione all'*actio directa*), anche laddove egli non abbia operato *utiliter* ma *male*. In questo senso la *ratihabitio* non interviene tanto come una sorta di *pactum de non petendo*²³³, quanto come manifestazione implicante l'utilità della gestione (o comunque la sua accettazione come tale), secondo una prospettiva ancor più visibile nelle successive parole del referente²³⁴.

Di particolare interesse è peraltro il temperamento proposto da Pomponio, nel senso di configurare una pendenza dell'*actio negotiorum gestorum* nelle more e nel dubbio della ratifica²³⁵, e soprattutto di escluderne l'esperibilità solo ove il gestore non abbia operato con dolo – ancora una volta, per quell'autore, la soglia oltre cui la disponibilità delle parti non può spingersi²³⁶. L'impostazione del nostro giurista si iscriveva, consapevolmente o meno²³⁷, in un concorde filone interpretativo, di cui troviamo traccia nella citazione tratta da un altro commentatore dell'editto²³⁸, mentre sarebbe stata nettamente respinta da Scevola, convinto – non saprei dire se, davvero, per una maggiore sensibilità ai concreti interessi delle parti rispetto alla configurazione logico-dogmatica della fattispecie²³⁹ – che la ratifica non escluda in alcun caso

²³²) Può sostanzialmente rinviarsi, in proposito, a TALAMANCA, *La fattispecie dell' «actio negotiorum gestorum»*, cit., p. 231 s., MASIELLO, *loc. cit.*

²³³) Come voleva GROSSO, *op. cit.*, p. 66, sul quale si vedano però KNÜTEL, *Die Inhärenz*, cit., p. 147 s., MASIELLO, *op. cit.*, p. 27 s. nt. 54.

²³⁴) Così KNÜTEL, *Die Inhärenz*, cit., p. 148: «Wenn der *dominus* das Geschäft durch Billigung anerkennt, muß er es wie ein *utiliter* geführtes gegen sich gelten lassen». Anche secondo MASIELLO, *op. cit.*, p. 28, effetto primario della ratifica è quello di rendere «incontestabile l'utilità della gestione».

²³⁵) Mi sembra nel giusto MASIELLO, *op. cit.*, p. 172, laddove ritiene che, sebbene Pomponio non risolva espressamente il problema della pendenza o meno dell'azione, il tenore dell'interrogativo ... *nam-tolletur* lasci propendere per una risposta affermativa. In merito ai sospetti avanzati da SEILER, *op. cit.*, p. 69 nt. 37 ove bibliografia, sul tratto '*videndum ergo ... nuda voluntate tolletur?*', si veda lo stesso MASIELLO, *op. cit.*, in particolare p. 145 s.

²³⁶) Così in D. 16.3.1.10 su cui *supra* I.2.III e *infra* III.5.IV, ma si consideri anche quanto rileveremo a proposito di D. 2.14.7.15 e D. 23.4.6.

²³⁷) Si veda *supra* II.3.II.4-5.

²³⁸) Ossia, come già posto in luce da MASIELLO, *op. cit.*, p. 173, il *Pedio* di (Ulp. 10 *ad ed.*) D. 3.5.5.12 (10), secondo il quale la ratifica avrebbe fatto venir meno «il carattere di alienità del negozio» posto in essere dal gestore.

²³⁹) Proprio in questo diverso modo di accostarsi alla problematica MASIELLO, *op. cit.*, in particolare p. 28 s., 172 ss., scorge il fondamento della divergenza (ai suoi occhi ancor

l'esperibilità dell'*actio negotiorum gestorum*. Una disparità di vedute che peraltro, nella pratica, avrebbe avuto conseguenze meno pronunciate qualora si acceda alla (plausibile) interpretazione²⁴⁰ secondo cui Pomponio avrebbe escluso, in seguito a *ratihabitio* e sempre in mancanza di dolo del gestore, la tutela processuale per il risarcimento dei danni scaturenti dalla cattiva gestione, ma non per il trasferimento nel patrimonio del *dominus* delle utilità e degli acquisti da quella provenienti.

più acuta: *infra* nt. seguente) fra Pomponio e Scevola.

²⁴⁰) Fatta propria, ad esempio, da GLÜCK, *Commentario*, III, cit., p. 206 e nt. 65 ove bibliografia, SEILER, *Der Tatbestand*, cit., p. 69. Di diverso avviso mi sembra sia MASIELLO, *op. cit.*, p. 28 s., e forse già ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 199 nt. 2 (che infatti parla di una «giusta riserva di Scevola»).