

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



IL TITOLO EDITTALE *DE VADIMONIIS* NEL COMMENTARIO DI PAOLO: LIBRO VI

Sabrina Di Maria

Abstract

[The edictal title *de vadimoniis* in Paul's commentary: sixth book] The current paper focuses on the paligenetic aspects of Paul's sixth book *ad edictum*.

Key Words:

Libri ad edictum, paligenetic aspects, Paul, *vadimonium*

Vol. 8 (2021)





Il titolo edittale *de vadimoniis* nel commentario di Paolo: libro VI

Sabrina Di Maria *

1. *Premessa*

Nelle pagine che seguono presento una parte dei primi risultati di una più ampia ricerca collettanea sui *libri ad edictum* di Paolo¹.

In particolare il saggio si occupa del libro sesto dell'*ad edictum* del giurista severiano, libro dedicato al commento (come pure il settimo) delle prescrizioni edittali relative al

* Sabrina Di Maria è Professoressa associata in Diritto romano e diritti dell'antichità (IUS/18) presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento
Indirizzo mail: sabrina.dimaria@unitn.it

¹ Si tratta di uno studio nell'ambito del progetto Sir (*Scriptores Iuris Romani*, ERC, Advanced Grant 2014- Host Institution: Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Roma 'La Sapienza', P.I.: Aldo Schiavone), diretto appunto alla ricostruzione dell'*ad edictum* paolino, di cui sono già stati pubblicati i primi tre libri, volti a illustrare le previsioni edittali in materia di giurisdizione dei magistrati municipali e del pretore, sino all'editto di ritorsione (E. I.II), con l'aggiunta del libro terzo a commento dei titoli edittali *de edendo* (E. III) e *de pactis et conventionibus* (E. IV): cfr. G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, Roma 2018; sui libri quarto e quinto del commentario di Paolo mi permetto invece di rinviare a S. DI MARIA, *Aspetti palinogenetici dei libri IV e V del commentario di Paolo ad edictum*, Bologna 2013.

vadimonium, istituito questo che, come è noto, - attraverso una stipulazione che poteva prevedere², in caso di inosservanza, il pagamento di una penale in denaro commisurata al valore della causa - tendeva ad assicurare il ritorno *in ius* del convenuto, nell'ipotesi di mancato raggiungimento della *litis contestatio* o a garantire la sua comparizione dinanzi ad altro magistrato se il primo era incompetente o ancora a dare garanzia della prima comparizione del convenuto se questi non voleva subire l'*in ius vocatio* (vadimonio c.d. stragiudiziale)³.

Il vadimonio, declinato in diversi tipi⁴, era oggetto di diverse prescrizioni edittali, determinando così ripetizioni nelle opere di commento lemmatico; Paolo tratta infatti del *vadimonium Romam faciendo* (ove l'ordine di prestare il *vadimonium* era dato dai magistrati municipali) già nei libri primo e secondo del suo commentario⁵.

Delle clausole edittali relative ai *vadimonia* tuttavia sono rimaste solo tracce nei *Digesta*, ove oltretutto il termine *vadimonium* è stato sostituito con quello di *cautio* o *promissio iudicio sisti*, anche con una modifica sostanziale della funzione dell'istituto da parte del diritto giustiniano⁶, circostanza questa che rende ancora più difficoltosa la ricostruzione del libro in esame.

² Come è noto, era possibile anche un *vadimonium sine poena*, tra i frammenti che testimoniano l'ammissibilità di tale tipo di vadimonio v. Paul. 69 *ad ed.* D. 2.11.5; Ner. 2 *membr.* D. 2.11.14; Ulp. 47 *ad Sab.* D. 2.5.3; Ulp. 77 *ad ed.* D. 45.1.81 pr.; Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.3. Sul *vadimonium sine poena* v. D. MEDICUS *Id quod interest*, *Studien zum römisches Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, 271; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 167 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.I, *Il processo formulare*, Milano 1963, 403; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien 1976, 35, successivamente A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001, 294 ss., più di recente N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure. Tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Milano 2011, 216; su questo lavoro v. anche la *recensione* di M. VARVARO, in *Iuris antiqui Historia*, 2017, 149 ss.

³ In generale sulla funzione e la storia del *vadimonium* è ancora utile PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.I, cit., 398 ss. nonché I. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 313 ss. e KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 167 ss. Invero la letteratura sul tema è molto vasta, mi limito qui a rinviare all'ampio ragguaglio bibliografico di DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure*, cit., *passim*.

⁴ Cfr. Gai. 4.185: *Fiunt autem uadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam uadimonii condemnentur; eaque singula diligenter praetoris edicto significantur.*

⁵ Sui materiali paolini riconducibili all'editto sul *vadimonium Romam* v. G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, Roma 2018, 101 ss., con ampia discussione della letteratura precedente.

⁶ Cfr. PUGLIESE *Il processo civile romano*, II.I, cit., 399.

Che la materia fosse complessa è testimoniato, tra l'altro, anche dalle citazioni di giuristi pre-severiani che si riscontrano nei materiali paolini che qui esaminerò, ove appunto Paolo dimostra una particolare tendenza - che non è dato invece rilevare negli altri luoghi del suo *ad edictum* - a richiamare le opinioni degli *auctores* che l'avevano preceduto, segno dell'inteso lavoro della giurisprudenza sull'argomento⁷.

Alla ricostruzione del tessuto espositivo del sesto libro paolino non giova neppure il fatto che i frammenti a esso riconducibili provengano tutti (fatta eccezione per quattro brani, ma si tratta di D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*) da titoli diversi del Digesto, così che non può soccorrere neppure l'impiego del criterio delle sequenze bluhmiane.

In questo contesto va subito detto che la proposta ricostruttiva della *Palingenesia iuris civilis* di Lenel⁸ trova quasi perfetta coincidenza con l'ordine Krüger⁹ - riprodotto negli *Additamenta*, III, *Libri ad edictum* delle edizioni stereotipe del Digesto¹⁰ - fatta eccezione per i §§ 2-4 di D. 50.17.110, che mentre nella prima sono intervallati da D. 26.8.17, nel secondo sono uniti. Per un riscontro più immediato credo sia opportuno mettere qui a diretto confronto le due 'sequenze':

Lenel	Krüger
D. 50.17.110 pr. (L. 147)	D. 50.17.110 pr.
D. 50.17.110.1 (L. 148)	D. 50.17.110.1
D. 3.3.6 (L. 149)	D. 3.3.6
D. 2.8.16 (L. 150)	D. 2.8.16
D. 12.2.15 (L. 151)	D. 12.2.15
D. 6.1.6 (L. 152)	D. 6.1.6
D. 2.9.2 (L. 153)	D. 2.9.2
D. 9.4.12 (L. 154)	D. 9.4.12

⁷ Sul punto, anche con riferimento alla differenza tra i commentari edittali di Paolo e di Ulpiano circa le citazioni dei giuristi precedenti, v. G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana: il legame con il passato*, in *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, cit., 41 ss.

⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), 975-977.

⁹ Per l'importanza fondamentale dell'ordine Bluhme-Krüger nella ricostruzione palinogenetica dei commentari *ad edictum* v. G. LUCHETTI, *Qualche osservazione di metodo*, in *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, cit., 93 e ss.

¹⁰ Inseriti per la prima volta nella decima edizione dell'*editio minor* (P. KRÜGER, *Additamenta*, I-III, in *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa decima. Volumen primum... Digesta recognovit Th. Mommsen*, Berolini 1905, 897 ss.).

D. 2.10.2 (L. 155)

D. 2.10.2

D. 50.17.110.2 (L. 156)

D. 50.17.110.2-4

D. 26.8.17 (L. 157)

D. 26.8.17

D. 50.17.110.3-4 (L. 158)

Di seguito i brani verranno esaminati nell'ordine che ritengo fosse probabilmente quello originario (che coincide perfettamente con quello degli *Additamenta* di Krüger), tenendo in debita considerazione la struttura dell'editto e pertanto provando anche a ricondurre i frammenti alle diverse clausole nelle quali lo stesso Lenel ipotizza fosse articolato l'editto *de vadimoniis*, pur non avendole riprodotte nella palingenesi del sesto libro paolino, a differenza di quanto invece fa (come succede di frequente)¹¹ nel settimo libro ulpiano dedicato al commento delle medesime prescrizioni edittali¹². In particolare secondo la ricostruzione dell'editto di Lenel, le clausole del *de vadimoniis* sarebbero state in tutto otto: *i) de vadimonio faciendo, ii) quanti vadimonia fiant, iii) qui satisfacere cogantur veli iurato promittant vel suae promissioni committantur, iv) de vadimonio concipiendo, v) si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur, vi) quas personas sine permisso praetoris vadari non liceat, vii) de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat, viii) quibus ex causis vadimonia recuperatoribus suppositis fiant*¹³.

2. La clausola edittale qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur (E. 18)

Il brevissimo brano, conservato in D. 50.17.110 pr., elevato dunque a *regula iuris* dai giustinianei, si attegge ora a principio molto generale che appare, *prima facie*, suscettibile

¹¹ Sul punto v. in spec. G. LUCHEITI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana*, in *Iulius Paulus ad edictum libri I-III*, cit., 39 ss.

¹² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), 445-447.

¹³ Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1956, 1974 e 1988), 80 ss. Diversamente A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 45 ss. ipotizza solo tre clausole, precisamente *qui satisfacere cogantur veli iurato promittant vel suae promissioni committantur, si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur* e *de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat*.

di diverse applicazioni, ma doveva verosimilmente porsi in origine proprio nella parte iniziale del commento paolino alle prescrizioni edittali in materia di *vadimonia*:

D. 50.17.110 pr.: *In eo, quod plus sit, semper inest et minus.*

Secondo Lenel, il brano sarebbe un commento della clausola edittale *quanti vadimonia fiant*¹⁴, diversamente Rudorff riferisce il testo alla clausola *qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur* – ricavata dal titolo D. 2.8¹⁵ – che nella sua ricostruzione dell’Editto costituisce comunque la prima clausola del titolo *de vadimoniis*¹⁶.

In effetti il contenuto del brano, pur se sibillino, sembra confermare la congettura avanzata da Rudorff e specificamente che esso si atteggiasse in origine a commento del *vadimonium cum satisfactione*.

Alla clausola edittale appena richiamata allude Gaio in un passaggio delle proprie *Institutiones*¹⁷, informandoci prima che l’Editto prevedeva diversi tipi di *vadimonia* (Gai. 4.185: *...pura, cum satisfactione, iureiurando, recuperatoribus suppositis...*) e subito dopo aggiungendo, con specifico riferimento al *vadimonium cum satisfactione*, che se si intentava l’*actio iudicati* o l’*actio depensi* (l’azione di regresso dello *sponsor* contro il debitore principale), l’importo della penale corrispondeva a quanto l’attore chiedeva con quelle azioni (Gai 4.186: *...tanti fit, quanti ea res erit...*)¹⁸, negli altri casi invece la *summa vadimonii*¹⁹ equivaleva soltanto a una parte dell’oggetto della lite, ossia la metà e, in ogni caso, non più di centomila sesterzi (Gai. 4.186: *...nec tamen pluris quam partis dimidiae nec pluribus quam sestertium C milibus fit uadimonium*)²⁰. Ecco dunque che Paolo, probabilmente svolgendo

¹⁴ LENEL *ED*³, cit., 81, nt. 2.

¹⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960 e Roma 2000), 446.

¹⁶ Cfr. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 45 nt. 2.

¹⁷ Cfr. Gai 4.185: *Fiunt autem uadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam uadimonii condemnentur; eaque singula diligenter praetoris edicto significantur.*

¹⁸ Cfr. Gai. 4.186: *Et si quidem iudicati depensive agetur, tanti fit uadimonium, quanti ea res erit; si uero ex ceteris causis, quanti actor iurauerit non calumniae causa postulare sibi uadimonium promitti: nec tamen pluris quam partis dimidiae nec pluribus quam sestertium C milibus fit uadimonium. itaque si centum milium res erit nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit uadimonium.*

¹⁹ Sulla *summa vadimonii* v., tra gli altri, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.I, cit., 405 s.; BUTI, *Il “praetor” e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., 328 ss.; G. CAMODECA, *L’archivio puteolano dei Sulpici*, I, Napoli 1992, 52 ss.

²⁰ Sul brano gaiano v., tra gli altri, F. LA ROSA, *L’actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano 1963, 129.

osservazioni a proposito del *vadimonium cum satisfactione* e dunque a commento della clausola *qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur*, chiarisce che in giudizio la domanda può essere accolta anche per una somma inferiore rispetto a quella per cui si è agito, così, per esempio, se qualcuno abbia agito in giudizio per cento, la domanda può essere accolta anche per cinquanta essendo appunto nel più compreso anche il meno.

Nello stesso contesto del *principium* di D. 50.17.110 appena esaminato doveva porsi il § 1:

D. 50.17.110.1: *Nemo alienae rei expromissor idoneus videtur, nisi si cum satisfactione.*

Paolo afferma che non è un idoneo espromissore colui che non abbia fideiussori o che non abbia dato al creditore idonea garanzia. L'espromissore è infatti colui che fa proprio il debito altrui, liberando costui e il creditore perde il credito se l'espromissore non è solvibile, pertanto l'*expromissor* è *idoneus* solo *cum satisfactione*.

In questo contesto va però rilevato che il breve testo paolino in commento trova un corrispondente quasi identico in un brano di Gaio (Gai 4.101: *...nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur...*)²¹, che viene però ormai pacificamente riferito alla *cautio indicatum solvi*²², la quale, come è stato efficacemente sottolineato, ormai già agli inizi del secolo scorso, da Debray, ha una funzione diversa rispetto al *vadimonium*: la *cautio*

²¹ Cfr. Gai. 4.101: *Ab eius uero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interueniat, omni modo satisfacere debet, quia nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur; sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere iubetur, si uero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et de curatore iuris est.*

²² V., per tutti, l'ampia e fondata discussione di M. BRUTTI, *Il "vadimonium" nelle azioni nossali*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, XIV, 1970, 293. La clausola *de re indicata* è solo una delle tre previste dalla *cautio* (insieme a quella *de re defendenda* e *de dolo malo* indicate in Ulp. 78 *ad ed. D.* 46.7.6), ma è quella che è prevalsa nella denominazione; sul punto v. LENEL, *ED*³, cit., 531 e KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 280. Sulla formula della *cautio* v. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Milano 1999, 104. Per quanto concerne la *cautio indicatum solvi* in generale, la bibliografia sul tema non è molto ampia: v. J. DUQUESNE, *La translatio iudicii dans la procédure ordinaire romaine*, Paris 1910, 59 ss.; LENEL, *ED*³, cit., 530 ss.; successivamente F. LA ROSA, *La struttura della cautio indicatum solvi*, in *Labeo*, II, 1956; F. BONIFACIO, s.v. *Cautio indicatum solvi*, in *NNDI*, Torino 1959, 54 s.; più di recente T. FINKENAUER *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, in *ZRG RA*, CXXVI, 2009, 339 ss. e ID., *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen 2010, 2343 ss.

indicatum solvi assicura all'attore il soddisfacimento della propria pretesa, il *vadimonium* si riferisce a un incidente di procedura e quindi non attiene al profilo sostanziale della lite²³.

Cuiacio prima e Gotofredo dopo, indipendentemente dalla testimonianza gaiana, sostenevano che anche il brano di Paolo riguardasse la *cautio indicatum solvi*²⁴.

Lenel richiama questa esegesi, ma mantiene ferma sino all'ultima edizione dell'Editto l'ipotesi che D. 50.17.110.1 si riferisca al *vadimonium cum satisfactione*²⁵. In particolare nelle prime edizioni dell'Editto, lo studioso tedesco avanzava l'ipotesi che il testo fosse da riferire alla disciplina del *vadimonium* nei casi di sostituzione processuale, sostenendo che fosse il *dominus litis* a dover *promittere vadimonium* per il *cognitor* e il *procurator praesentis*²⁶, ma tale tesi è stata poi rettificata dallo stesso autore²⁷.

Ora, che il brano sia da ricondurre all'editto sui *vadimonia* non credo possa essere messo in discussione considerata l'*inscriptio* giustiniana (a meno che non si dubiti dell'autenticità della stessa *inscriptio*, ma non abbiamo dati in base ai quali procedere in tal senso); si potrebbe però forse ipotizzare che Paolo, commentando il *vadimonium cum satisfactione*, ne mettesse in risalto le differenze con la *cautio indicatum solvi*²⁸.

Alla medesima clausola *qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur* sembra potersi riferire il breve brano conservato in D. 3.3.6:

et qui in foro et qui in urbe et in continentibus aedificiis

²³ Cfr. L. DEBRAY, *Rec. a A. Fliniaux, Le vadimonium. Thèse pour le doctorat*, Paris 1908, in NRHD, XXXIV, 1910, 144.

²⁴ Cfr. I. CUIACIUS, *Commentarii seu recitationes solennes in libros Pauli ad edictum* (a. 1584), in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XI. distributa auctiora atque emendatiora. Pars posterior. Tomus quintus*, Mutinae 1777, 98 e J. GOTHOFREDI, *Opera juridica minora*, Lugduni Batavorum 1733, 1024.

²⁵ LENEL, *ED*³, cit., 81, nt. 4.

²⁶ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*¹, Leipzig 1883, 66, nt. 2. La tesi di Lenel, riprodotta alla lettera nella seconda edizione dell'Editto (LENEL 1907, 81 nt. 3) nonchè nella *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., 446, nt. 1: *Praesentis procurator vadimonium non ipse promittit, sed dominus eius, scil. cum satisfactione*, veniva accolta da FLINIAUX, *Le vadimonium*, cit., 64 s. e 67, nt. 1, ma v. DEBRAY, in NRHD, cit., 142 ss.

²⁷ Cfr. LENEL, *ED*³, cit., 81, nt. 4.

²⁸ Cuiacio pur ritenendo che il brano tratti della *cautio indicatum solvi* lo riconduce comunque alle prescrizioni edittali in materia di *vadimonia* e precisamente al processo nossale (CUIACIUS, *Commentarii seu recitationes solennes in libros Pauli ad edictum*, cit., 98).

Il frammento è stato collocato dai compilatori nel titolo D. 3.3 *de procuratoribus et defensoribus*, ove interrompe il brano ulpiano suddiviso tra il § 5 e il § 7.

Leggiamoli insieme: *Praesens habetur et qui in hortis est* (Ulp. 7 *ad ed.* D. 3.3.5) *et qui in foro et in urbe et in continentibus aedificiis* (Paul 6 *ad ed.* 3.3.6) *et ideo procurator eius praesentis esse videtur* (Ulp. 7 *ad ed.* 3.3.7). Si tratta di frammenti che riguardano la posizione caratteristica del *procurator praesentis*²⁹. In particolare i brani specificano chi possa considerarsi presente nel luogo del processo e al proposito Paolo sottolinea che era da ritenersi *praesens* non solo chi fosse nelle mura, ma anche chi fosse reperibile *in continentibus aedificiis*³⁰.

Il frammento di Paolo, così come i testi ulpiane, sono riferiti anche da Lenel alla clausola edittale *qui satisfacere cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur*³¹ e precipuamente all'illustrazione del lemma *satisfactio* e dunque a commento dei *vadimonia cum satisfactione*³².

Ancora alla medesima clausola edittale va ricondotto il brano di D. 2.8.16:

Qui iurato promisit <iudicio sisti>³³, non videtur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.

Il testo si atteggia in particolare a commento del *vadimonium iure iurando*³⁴, nell'ambito del quale il promittente doveva appunto confermare l'impegno mediante giuramento³⁵.

²⁹ Sulla figura del *procurator praesentis* è ancora utile lo studio F. EISELE, *Cognitur und Procuratur. Untersuchungen Zur Geschichte Der Processualen Stellvertretung*, Freiburg 1881, 221 s.; successivamente v. KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 560 ss.; cfr. anche M. MARRONE, *Dominus litis*, in *AUPA*, 2009, 255 ss. (= E. DOVERE [a cura di], *Munuscula. Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, Napoli 2010, 185 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Madrid 2015, 143 ss.).

³⁰ Cfr. sul punto, per un inquadramento generale, L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini urbani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione degli incolae*, Milano 2006, 374.

³¹ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., 446; RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 45 ss. invece omette di richiamare il brano nella sua ricostruzione dell'Editto; diversamente CUIACIUS, *Commentarii seu recitationes solennes in libros Pauli ad edictum*, cit., 94 ss. riteneva che nella sistematica originaria il brano in esame seguisse il testo tradito in D. 2.9.2 e anticipasse il testo conservato in D. 28.6.17, così collocandolo in un contesto in cui Paolo avrebbe esteso il discorso al *dominus litis* presente, ma sprovvisto della capacità di stare in giudizio.

³² LENEL, *ED*³, cit., 81, nt. 3.

³³ Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 975, nt. 12: *iudicio sisti*] *vadimonium Paul.*

³⁴ Cfr. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 45 nt. 3 e LENEL, *ED*³, cit., 81 nt. 5.

³⁵ V. ancora Gai. 4.185.

I sospetti avanzati sulla genuinità del testo – ove in particolare di fattura giustiniana è stata considerata la locuzione *iurato promisit*³⁶ – non toccano la sostanza della soluzione in esso prospettata.

Paolo specifica che non si considera spergiuro colui che, pur avendo promesso con giuramento di presentarsi in giudizio, poi non si presenta per un legittimo impedimento. La precisazione paolina si giustifica se si pensa alle più gravi conseguenze che derivavano dall'inadempimento del *vadimonium iure iurando*: alle normali conseguenze previste per il *vadimonium desertum* si sarebbe probabilmente affiancata un'azione penale per la rottura del giuramento³⁷.

Il discorso del brano or ora esaminato viene continuato nel testo sistemato dai compilatori nel titolo D. 12.2 *de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*:

D. 12.2.15: *Ad personas egregias eosque qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad iurandum.*

Paolo precisa che le persone del rango degli egregi e quelle impedito per ragioni di salute dovevano essere escusse a casa³⁸.

Non ci è dato sapere quando occorresse prestare il *vadimonium iure iurando*, ma il brano offre sostegno a quanto già sostenuto da una parte della romanistica, ossia che tale tipo di *vadimonium*, proprio per il giuramento che contemplava, fosse consentito solo alle persone di riprovata integrità morale o che comunque fosse usuale per gli appartenenti alle classi elevate e ai proprietari terrieri³⁹.

³⁶ Cfr. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, I, cit., 975; v. anche G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano 1946, 659 ss. (= *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, 701 s., nt. 4); più di recente A. TRISCIUOGGIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli 2009, 58, nt. 123.

³⁷ Si è discusso in letteratura se in questa tipologia di *vadimonium* il giuramento costituisse di per sé garanzia sufficiente per l'adempimento dell'impegno assunto mediante *stipulatio*; pensava all'azione penale TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, rist. Darmstadt, 586; in questo senso anche A. FLINIAUX, s.v. *Vadimonium*, in CH. DAREMBERG-E. SAGLIO (direc.), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, V, rist. Graz 1969, 621 e nt. 3.

³⁸ Cfr. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 58 e nt. 3.

³⁹ Così già C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, I, *Il processo civile*, Torino 1913, 235 e A. STEINWENTER, s.v. *Vadimonium*, in *PWRE*, XIV, Stuttgart 1948, 2058.

3. *La clausola edittale de vadimonio concipiendo (E. 20)*

L'unico brano riferito da Lenel alla clausola edittale *de vadimonio concipiendo*⁴⁰ è stato inserito dai giustiniani nel titolo D. 6.1 *de rei vindicatione*, ma doveva originariamente riferirsi alla vera e propria 'redazione' del *vadimonium*, il quale non sempre comprendeva la promessa di una *summa vadimonii* e in tal caso era necessaria l'indicazione della pretesa dell'attore, che serviva poi da fondamento alla determinazione della condanna da infliggere al contumace:

D. 6.1.6: *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet: sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. et si vestimenta nostra esse vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus an et colorem? et magis est ut utrumque: <nam illud inhumanum est cogi nos dicere, trita sint an nova>⁴¹. quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata vel rutunda, vel pura an caelata sint⁴², quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est. nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint: sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit: veluti 'qui ex illa hereditate est', 'qui ex illa natus est'. item fundum petiturus nomen eius et quo loci sit dicere debebit.*

Il brano illustra l'onere dell'attore di enunciare in modo minuziosamente preciso la propria pretesa, in particolare viene sottolineata la necessità di *designare rem* nelle azioni reali⁴³.

Paolo parte da un'enunciazione generale ricordando che nelle azioni *in rem* la denominazione *res* non indica il *genus*, ma la *species*, pertanto allorquando viene esperita

⁴⁰ Cfr. LENEL, *ED*³, cit., 82; *contra* RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 63, nt. 103, che non ammette la detta clausola.

⁴¹ <> *Iust. (H. Krüger)*.

⁴² *sit Mommsen*.

⁴³ Sull'obbligo dell'attore di specificare in modo dettagliato la propria pretesa v., tra gli altri, nella letteratura più risalente, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.I, cit., 403, più di recente E. BIANCHI, *Qualche considerazione in tema di tipologie di incertezze della domanda e di "vindicatio incertae partis"*, in *Rivista di diritto romano*, XI, 2011, 4; v. anche N. RAMPAZZO, *Plus petere': problemi romanistici e proiezioni dogmatiche*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, Milano 2011, 822, nt. 62, che annovera il testo (insieme a Ulp. 75 *ad ed. D. 44.2.7 pr.* per la proprietà e Paul. 70 *ad ed. D. 44.2.14.1* e Pap. 17 *quaest. D. 7.1.33.1*, per l'usufrutto) tra quelli che testimoniano «casi di richieste incongruenti con diritti ad esse sottesi».

un'azione *in rem* (*si in rem aliquis agat*), è necessario indicare la *res* nonché se viene chiesta l'intera cosa o una sola parte di essa e in tal caso bisogna specificare il *quantum* (*debet designare rem et utrum totam an partem et quotam petat*)⁴⁴. Dopodiché Paolo richiama il giurista Ottaviano⁴⁵, il quale, ai fini appunto dell'esatta indicazione della cosa oggetto di un'*actio in rem*, affermava che per le *materiae infectae* occorre specificare il *pondus*, per quelle *signatae* il *numerus* e per quelle *factae* la *species*, non senza l'ulteriore determinazione della *mensura* ove la cosa stessa sia quantificabile appunto mediante misurazione⁴⁶. Il testo elenca dunque una tipologia di possibili incertezze nella indicazione dell'oggetto della domanda: si va dalle precisazioni numeriche o comunque di misura alla forma e al colore di ciò che è richiesto; si va dal nome del fondo o dello schiavo che sono rivendicati all'età di quest'ultimo e si avverte che ove, ad esempio, sussista ignoranza sul nome, questa vada compensata con altra indicazione (*sed si nomen eius ignorem, demonstratione eius utendum erit: veluti 'qui ex illa hereditate est', 'qui ex illa natus est'. item fundum petiturus nomen eius et quo loci sit dicere debebit*)⁴⁷.

Il giurista svolge dunque, in ordine all'esigenza di *designare rem*, un'elencazione ricca, ma meramente esemplificativa, ponendo invece l'accento sulla necessità di indicare precisamente la cosa rivendicata.

⁴⁴ Sulla definizione di *res* sono ancora utili G. SAVAGNONE, *La categoria delle res fungibiles*, in *BIDR*, LV-LVI, 1952, 18 ss.; E. GENZMER, *Pondere, numero, mensura*, in *RIDA*, I, 1959, 469 ss.; F. CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene: 1854-1954*, Napoli 1954, 551 ss. (= *Sententia legum tra mondo antico e moderno*, I, Napoli 2000, 379 ss.); più di recente v. T. RÜFNER, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Berlin 2000 e la recensione al volume di C. BALDUS, *A proposito di beni fungibili*, in *Labeo*, XLIX, 2003, 212 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del "certum": alla radice della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008.

⁴⁵ Sulle citazioni dei giuristi precedenti nell'opera di Paolo, v. LUCETTI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana: il legame con il passato*, cit., 37 ss. In particolare sulla datazione di Ottaviano e della sua opera v. C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, XX, 1887, ora in *Opere di Contardo Ferrini*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, 113 ss.; nella letteratura meno risalente v. M. VARVARO, *Per la storia del "certum": alla radice della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 41, nt. 109, con indicazioni bibliografiche.

⁴⁶ Sotto questo profilo il frammento è stato ampiamente frequentato dalla romanistica, ricordo qui, oltre agli studi già indicati *supra* nt. 44, anche G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli 1978, ora in *Categorie economiche dei giuristi romani*, Napoli 2000, 107 s. In particolare sul rapporto tra *species* e *mensura* v. M.J. SCHERMAIER, *Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar 1992, 26 ss.

⁴⁷ Sul brano v. più diffusamente BIANCHI, *Qualche considerazione in tema di tipologie di incertezze della domanda e di "vindictio incertae partis"*, cit., 4.

4. *La clausola edittale si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur (E. 21)*

Alla clausola edittale *si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur*, costruita proprio sulla base di D. 2.9⁴⁸, è comunemente riferito il seguente brano:

D. 2.9.2: *Sed alio iure utimur. nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus: perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset. 1. Si absens sit servus, <pro quo noxalis actio alicui competit>⁴⁹: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel <iudicio eum sisti>⁵⁰ promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditioe. idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate. sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actori actio restituenda est, perempta eo quod ductus servus in bonis eius esse coepit.*

La disposizione edittale che Paolo sta commentando è riportata da Ulpiano nel *principium* del brano che nei *Digesta* immediatamente precede il testo in esame⁵¹.

In D. 2.9.2 Paolo, dopo aver richiamato, il principio *noxae caput sequitur*, che estende al caso prospettato, considera l'ipotesi in cui, assente *in iure* lo schiavo accusato di un

⁴⁸ Cfr. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 46 nt. 1 e LENEL, *ED*³, cit., 82.

⁴⁹ *Iust. (Lenel)*.

⁵⁰ Cfr. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., 976, nt. 3: *iudicio eum sisti] vadimonium Paul.*

⁵¹ Ulp. 7 *ad ed. D.2.9.1pr.*: *Si quis eum, de quo noxalis actio est, iudicio sisti promisit, praetor ait in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur.* Sul testo v. LENEL, *ED*³, cit., 82, che reputa interpolata (a fini esplicativi) la frase *Si quis-promisit* e propone la seguente restituzione della clausola edittale: *in qua tunc est, donec iudicium accipiatur.*

delitto⁵², il suo *dominus* risponda positivamente alla *interrogatio* c.d. ‘*de potestate*’⁵³. A tal proposito Paolo richiama Vindio⁵⁴, secondo il quale se il *dominus* convenuto non negava che lo schiavo si trovasse nella sua potestà⁵⁵, l’attore avrebbe dovuto scegliere fra diverse opzioni: o prestare il *vadimonium* nossale (*iudicio eum sisti promittere*)⁵⁶, ossia promettere di esibire lo schiavo⁵⁷ a una certa data e ‘*in eadem causa*’⁵⁸; b) o accettare la formula (*iudicium accipere*), così assumendo la difesa del servo; c) o garantire di esibire quest’ultimo il prima

⁵² O. LENEL, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in ZSS, XX, 1899, 7, nt. 1, proponeva di espungere come giustiniana l’intera frase ‘*Si absens-competit*’, sia pure giudicandola «sachlich ... correct». Tuttavia, come già rilevato in dottrina (v., tra gli altri, G. D’ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio ‘in eadem causa’*, in RIDA, LXII, 2015, 253 nt. 1), che Paolo dovesse riferirsi all’assenza *in iure* del servo non sembra si possa mettere in dubbio in considerazione della restante parte del passo, e segnatamente del segmento *sed si servus praesens est ...*, in cui si contrappone all’ipotesi dell’assenza quella della presenza *in iure* dello schiavo. Sulle orme di Lenel, ma solo parzialmente, P. KRÜGER, *Dig. ad h.l.*, che si limitava a uncinare le parole ‘*pro quo-competit*’, in ciò seguito da F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947, 276 nt. 50.

⁵³ Per il significato da attribuire a ‘*potestas*’ in questa *interrogatio*, per quella che ormai rappresenta la *communis opinio*, il termine *potestas* indica la mera disponibilità materiale dello schiavo e che, nel caso in cui questi non fosse presente *in iure*, si facesse luogo a due *interrogationes* distinte, una sul *dominium* e l’altra sulla *potestas*, ovvero a una sola *interrogatio* volta ad accertare a un tempo entrambe queste situazioni, v. KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 254 s., 278 s., con ampie indicazioni bibliografiche; ormai superata invece deve ritenersi quella tesi secondo la quale con il termine *potestas* nell’*interrogatio* si alludeva a un potere più ampio e complesso sullo schiavo, così P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHDFE, XI, 1887, 427 ss. (= *Mélanges de Droit romain*, II, Paris 1923, 328 ss.); C. SANFILIPPO, *Interrogatio in iure (Profilo storico)*, con l’aggiunta di una *Postilla in Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, cit., 652 ss.; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, 149 ss.

⁵⁴ Sul punto cfr. le osservazioni di BRUTTI, *Il ‘vadimonium’ nelle azioni nossali*, cit., 281, nt. 10.

⁵⁵ H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 89, 99 ritiene, facendo leva sul fatto che Paolo scrive *si quidem dominus non negat rell.*, che il giurista vorrebbe distinguere fra il caso in cui il convenuto non negasse e quello in cui ammettesse di avere il servo *in potestate*; *contra* G. D’ANGELO, *Vadimonium e cautio se exhibiturum in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.)*, in AUPA, LVIII, 255 nt. 2.

⁵⁶ Per l’interpolazione delle parole *iudicio eum sisti* in luogo di *vadimonium* v. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 976 nt. 3.

⁵⁷ Secondo l’opinione prevalente, tra cui più di recente G. D’ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio ‘in eadem causa’*, in RIDA 62, 2015, nt. 8, esibire lo schiavo equivaleva a procurarne la presenza *in iure*.

⁵⁸ Sull’*exhibitio in eadem causa* dello schiavo, v. BRUTTI, *Il ‘vadimonium’ nelle azioni nossali*, cit., 261–301; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 189 ss.; EAD., «*De la qualité de défendeur à l’action noxale*», in RHDFE, LX, 1982, 74 ss.; EAD., «*Notas en torno al ‘vadimonium’*», in SDHI, XXXXVIII, 1982, 148–166; più di recente, con diversità di vedute, D’ANGELO, *Vadimonium nossale ed exhibitio ‘in eadem causa’*, cit., 21.

possibile (*cautum, cum primum potuerit, se exhibiturum*) laddove non volesse difenderlo (*si nolit defendere*).

Paolo considera poi l'ipotesi inversa, precisando che qualora il *dominus* rispondeva falsamente all'*interrogatio* sulla potestà dello schiavo, egli avrebbe dovuto sostenere il *iudicium sine noxae deditioe* e, richiamando Giuliano⁵⁹, rileva che l'*actio sine noxae deditioe* si estende anche alla perdita dolosa della potestà.

La citazione di Giuliano ha fatto pensare, almeno a una parte della romanistica, che l'estensione dell'applicazione dell'*actio sine noxae deditioe* al caso della perdita dolosa del possesso fosse dovuta a Giuliano⁶⁰. Così, in un primo momento, l'azione pretoria sarebbe stata concessa contro il *dominus*, che avesse falsamente negato di avere la potestà dello schiavo e poi, grazie a un orientamento giurisprudenziale risalente al giurista citato, sarebbe stata inclusa l'ipotesi della perdita dolosa del possesso.

Non mi sembra però che tale interpretazione possa essere condivisa: la citazione di Giuliano non indica necessariamente una sua innovazione e ciò a maggior ragione se si considera che in un altro punto del suo commentario edittale, Paolo, chiarendo il significato di detta perdita della potestà, aggiunge *hoc et Labeo*⁶¹, facendo dunque riferimento anche a giuristi diversi da Giuliano⁶². Mi pare invece molto più probabile che nel passo in esame Paolo ricordi l'applicazione estensiva dell'*actio sine noxae deditioe* citando, non a caso, l'ordinatore dell'editto, che forse aveva appunto 'codificato' il principio secondo il quale il pretore concedeva tale azione anche quando il *dominus* avesse perso intenzionalmente la potestà dello schiavo.

Infine Paolo contrappone all'ipotesi dello schiavo assente quella dello schiavo presente, ma sprovvisto di difesa, in quanto è assente il suo proprietario (*nec quisquam eum defendit*); in tal caso, il giurista, richiamando ancora il parere di Vindio, cui stavolta affianca

⁵⁹ Secondo LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 321 (sotto la rubrica *si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur*) Giuliano avrebbe esposto tale soluzione nel secondo libro dei *Digesta*.

⁶⁰ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, cit., 188.

⁶¹ Paul. 18 *ad ed. D.* 9.4.24: *De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio (forte si servo suo fugam mandavit) an et si possit nibilo minus cum alio agi (quod accidit, cum alienatus manumissusve est), quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei qui manumisit. hoc et Labeo.*

⁶² In questo senso già Y. GONZALEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari 2010, 68.

quello di Pomponio⁶³, riferisce che il pretore potesse autorizzare la *ductio* dello schiavo, ma il *dominus* poteva successivamente intervenire e, *causa cognita*, assumerne la difesa.

Ancora in tema di perdita dolosa del possesso dello schiavo è il passo conservato in D. 9.4.12:

Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur.

Qui Paolo precisa che se il *possessor bona fide* allontanava lo schiavo con il preciso scopo di perderne la potestà o il possesso, per evitare di essere convenuto a seguito di un'azione nossale, rimaneva comunque obbligato.

Nel caso prospettato dal giurista infatti il *dominus*, anche se non poteva essere convenuto con *actio* nossale, era comunque tenuto con quella *sine noxae deditio*, che poteva essere esercitata contro chi aveva affermato falsamente di non avere la *potestas* dello schiavo o che l'aveva persa dolosamente (D. 9.4.21.2)⁶⁴.

Nel medesimo contesto doveva porsi il frammento sistemato nel titolo D. 2.10 *de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat*:

D. 2.10.2: *Si actoris servus domino sciente et cum possit non prohibente dolo fecerit, quo minus <in iudicio>⁶⁵ sistam, Ofilius dandam mihi exceptionem adversus dominum ait, ne ex dolo servi dominus lucretur. si vero sine voluntate domini servus hoc fecerit, Sabinus noxale iudicium dandum ait nec factum servi domino obesse debere nisi hactenus, ut ipso careat: quando ipse nihil deliquit.*

Il brano contempla un'ipotesi particolare di applicazione dell'*exceptio doli generalis*⁶⁶. In particolare Paolo riporta il caso di uno schiavo che si comporta dolosamente, impedendo

⁶³ Sulla citazione di Vindio e Pomponio v. in specie, E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 570-571, il quale sostiene che siano i due giuristi citati a sostenere quanto riferito nel brano «sebbene il testo non lo dica espressamente» attribuendo la previsione al solo Paolo.

⁶⁴ Cfr. Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.4.21.2: *Praetor ait: 'si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditioe'*.

⁶⁵ Cfr. LENEL, *Palinnesia iuris civilis*, I, cit., 976, nt. 5: «vadimonium Paul.».

⁶⁶ Così già B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in BIDR, LXX, 1967, 185, che qui segue, diversamente R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*,

il *vadimonium sistere*⁶⁷ al convenuto nell'ambito del giudizio ove è attore il proprio *dominus*, il quale conscio dell'accaduto (*sciente*), non fa nulla per impedirglielo⁶⁸. Paolo richiama il parere di Ofilio, secondo il quale, nel caso di specie, andava accordata un'*exceptio* (aggiungo *doli*) a colui il quale il servo, *sciente domino*, avesse impedito di presentarsi in giudizio, e ciò per impedire che il *dominus* potesse trarre vantaggio dal dolo del suo *servus*⁶⁹.

Il giurista severiano prende poi in considerazione anche l'ipotesi inversa, ossia il caso in cui il servo abbia agito autonomamente, richiamando, questa volta, il parere di Sabino⁷⁰, secondo il quale doveva essere concessa l'azione nossale, in quanto l'operato del servo non poteva nuocere al padrone⁷¹.

5. *La clausola edittale de eo per quem factum erit quominus quis in iudicio sistat (E. 23)*

in ZSS, C, 1983, 367 ss., il quale ritiene che l'*exceptio* di cui si parla fosse «älter und spezieller als die exceptio doli, die sich freilich nicht sicher ausschliessen lässt». Su tale specifica applicazione dell'*exceptio doli* v. ora brevemente anche A. CARAVAGLIOS, *Exceptio doli generalis ed agire del servus*, in F. REDUZZI MEROLA (a cura di), *Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno. Atti del XXIII Convegno Internazionale G.I.R.E.A. dedicati alla memoria di Franco Salerno*, Napoli 2012, in spec. 422 e nt. 75.

⁶⁷ Per il riferimento originario del testo, ove appunto vi è stata la tradizionale sostituzione di *vadimonium* con *in iudicio*, v. LENEL, *ED*³, cit., 83.

⁶⁸ Sulla *scientia dominii* v. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, cit., 119 ss., in spec. 185 s., il quale, contro la letteratura precedente (v., B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA*, X, 1925, 331 ss.; Z. LISOWSKI, s.v. *Noxalis actio*, in *P.W.R.E.*, Suppl. VII, 1940, 648 ss.; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, 489 ss.) ha dimostrato come i classici ammettessero sì che la *scientia domini* determinasse un'*actio in solidum* contro il *dominus sciens*, ma solamente in poche ipotesi ben delimitate e quella contemplata in D. 2.10.2. non era una di quelle.

⁶⁹ Paolo richiama il parere di Aulo Ofilio anche nel quarto libro del suo *ad edictum* nel commento alle prescrizioni edittali *de in ius vocando*, precisamente nel frammento conservato in Paul. 4 *ad ed. D.* 47.10.23: *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait*. Sulle citazioni di Ofilio da parte dei giuristi successivi cfr. P. BIAVASCHI, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra Repubblica e Principato*, Milano 2011, 34 ss. ove l'autrice tuttavia censendo le citazioni di Ofilio da parte di Paolo non fa riferimento a D. 47.10.23. Sull'argomento v. anche S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura*, XXX, 1979, 49. nt. 48; F. D'IPPOLITO *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica*², Napoli 1994, 102 ss.

⁷⁰ Sul richiamo nominativo di Sabino nell'*ad edictum* paolino v. LUCETTI, *Paolo e i commentari edittali di epoca severiana: il legame con il passato*, cit., 42 ss.

⁷¹ Sulla seconda parte del testo v. F. PRINGSHEIM, «*Res quae anima carent*», in *Labeo*, IV, 1958, 266. Sul brano v. anche brevemente BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., 360 e nt. 89.

Nella *Palingenesia iuris civilis*, pur se in modo dubitativo, Lenel separa, con il brano riprodotto in D. 26.8.17, il § 2 di D. 50.17.110 dai successivi §§ 3-4⁷². A me pare invece, anche sul base del dato contenutistico, che i tre frammenti possano considerarsi l'uno la continuazione dell'altro:

D. 50.17.110.2-4: *Pupillus pati posse non intellegitur. 3. Ubi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum. 4. Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur*

La brevissima *regula* del § 2 si limita a stabilire che non si può tollerare che un *pupillus* patisca.

Lenel, pur mostrando dubbi, riferisce il brano alla clausola edittale *de eo per quem factum erit quo minus quis in iudicio sistat*, ricavata da D. 2.10⁷³.

Il contenuto di tale parte dell'editto è riportata da Giuliano in D. 2.10.3pr. (*ex hoc edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum sisti...*)⁷⁴, ove si specifica che contro colui che avesse impedito con dolo la comparizione in giudizio del *vocatus* era concessa un'azione *in factum* parametrata non al valore della lite principale, ma al danno subito dall'attore in conseguenza della mancata comparizione dell'avversario⁷⁵.

Per Lenel, così come per Rudorff, con il brano riportato in D. 50.17.110.2, Paolo avrebbe commentato proprio il *dolo fecit* (D. 2.10.3pr.)⁷⁶.

Ora, considerata la probabile clausola di riferimento e il tenore letterale del brano, si può ipotizzare che il frammento fosse parte di un ampio contesto in cui Paolo trattava della responsabilità del tutore per il *vadimonium desertum* del pupillo.

⁷² LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 977; altrettanti dubbi sono espressi in LENEL, *ED*³, cit., 83-84.

⁷³ LENEL, *ED*³, cit., 83; allo stesso modo RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 47 nt. 2.

⁷⁴ Cfr. Iul. 2 dig. D. 2.10.3pr.: *Ex hoc edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum sisti. in quo iudicio deducitur si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat aut actione liberatus fuerit.*

⁷⁵ Sul brano v. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., 360 s. Sul *quantum actoris interfuit eum sisti*, v., tra gli altri, S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980, 110.

⁷⁶ LENEL, *ED*³, cit., 83 e prima RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 47 nt. 2.

Per quanto concerne invece il successivo § 3, Rudorff sostiene che esso in origine si atteggiasse a commento di quel medesimo *dolo fecit* cui ho riferito D. 50.17.110.2⁷⁷. Se così fosse deve ritenersi che Paolo stesse trattando dell'*actio* contro chi avesse impedito *vadimonium sisti*. Certo è fuor di dubbio che il frammento abbia carattere sibillino e che quel *sufficit alterutrum esse factum* sia di difficile spiegazione, ma l'interpretazione appena accennata sembra sposarsi bene sia con il precedente § 2 sia con quanto si legge nel successivo § 4 ove il giurista mostra attenzione verso la posizione processuale delle donne.

In particolare Paolo, affermando che *succurrendum est, cum defendantur* (D. 50.17.110.4), stava forse originariamente trattando delle conseguenze del *vadimonium desertum* per la donna, che aveva bisogno dell'*auctoritas* del tutore.

È vero che le limitazioni concernenti la capacità della donna di agire in giudizio risultano rigidamente ancorate allo schema dell'antico processo civile e quindi in larga parte superate in epoca classica⁷⁸, e che, nell'ambito del processo formulare, l'ingerenza del tutore muliebre era limitata ai *iudicia legitima*, mentre restava esclusa nei *iudicia quae imperio continentur*⁷⁹, ma è altrettanto vero che l'intervento del tutore restava necessario nell'ipotesi della donna che si difendeva in qualità di convenuta, in quanto in tal caso dovevano ravvisarsi «i più evidenti e macroscopici presupposti concreti dell'intervento del tutore sul piano processuale, a salvaguardia delle sue aspettative ereditarie sul patrimonio della donna medesima»⁸⁰.

Della medesima trattazione doveva far parte il brano conservato in D. 26.8.17, che – secondo la ricostruzione che qui si propone – chiude (a differenza di quanto avviene nella *Palíngenesia iuris civilis*) la catena di testi riferibili al sesto libro.

Paolo passa infatti a parlare della tutela *impuberum*, dopo aver fatto riferimento (D. 50.17.110.4) alla diversa *tuela mulierum*:

⁷⁷ RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 47, seguito nella romanistica meno risalente da A. FERNANDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparencia por intervencion de un tercero. Su sancion edictal en el proceso privado romano*, Santiago de Compostela 1972, 52.

⁷⁸ V., per tutti, A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 207 ss.

⁷⁹ Cfr., tra gli altri, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, cit., 299.

⁸⁰ Così P. ZANNINI *Studi sulla tutela mulierum*, II.I, *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* Milano 1979, 58.

D. 26.8.17: *Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.*

La donna, almeno da una certa epoca, poteva rivolgersi al pretore, per ottenere la *coercitio* del consenso tutorio *ad actum*, mentre non poteva agire con *actio tutelae*⁸¹. Paolo qui precisa invece che il pretore non poteva costringere il tutore a prestare l'*auctoritas*, perché sarebbe stato ingiusto, sia se ciò fosse convenuto al pupillo sia in caso contrario, in quanto l'impubere sarebbe stato risarcito tramite l'*actio tutelae*⁸². Il tutore doveva infatti risarcire il pupillo, *finita tutela*, nel caso in cui il patrimonio di questi avesse subito un pregiudizio a causa della mancata *auctoritas*.

⁸¹ Una voce fuori dal coro è stata quella di A. GUZMAN, *Sobre la responsabilidad del "tutor mulieris"*, in *ADHE*, XLVI, 1976, 145 ss., il quale ha sostenuto, basandosi proprio su D. 26.8.17 che anche la *mulier*, almeno nel caso in cui il pretore fosse già intervenuto a favore della donna e il tutore insistesse a non autorizzare l'atto, potesse intentare l'azione di tutela. Tuttavia Guzman stesso precisa che questa è solo un'ipotesi, poiché, in effetti, l'*actio tutelae* era intentata dal pupillo *finita tutela*, perciò bisognerebbe pensare a degli escamotage che legittimassero la donna ad agire.

⁸² In generale sul tema v. A.P. SCHILARDI, *Studi sulla tutela impuberum*, Bari 2013 e M. HERRERO MEDINA, *Origen y evolución de la tutela impuberum: protección procesal a través de la actio rationibus distrabendis y la accusatio suspecti tutoris*, Madrid 2019 e per un accenno v. anche S. SCIORTINO, *Lege agere pro tutela*, in *Iuris Antiqui Historia. An international journal on ancient law*, I, 2009, 184.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvise Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
