

DARIO MANTOVANI - Università di Pavia

**UN'INTEGRAZIONE ALLA PALINGENESI LENELIANA DEI
DIGESTA DI GIULIANO
(Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 e l'in ius vocari de domo sua).**

Sommario – 1. Introduzione. 2. Il frammento omissso. 3. Criteri generali di ricostruzione delle opere di Giuliano. 4. La collocazione all'interno dei Digesta. 5. Excursus: l'editto sui poteri dei magistrati locali in tema di cautio damni infecti. 6. Critica della collocazione leneliana di Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 (fr. 89 L.). 7. Rettifica della palingenesi di Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 e collocazione del frammento omissso di Giuliano.

*Dedico alla memoria di Bernardo Albanese.

Si pubblica qui – immutata nei contenuti, ma tenendo conto della bibliografia posteriore - la relazione tenuta al III Seminario “Per la storia della giurisprudenza romana. L’Età dei Severi”, svoltosi all’Università di Parma il 9-11 gennaio 1997. Il lungo intervallo è stato determinato dalla rinuncia a pubblicare gli Atti di quel Seminario, a causa, fra l’altro, del ritardo o della mancata consegna di alcune relazioni. Poiché tale decisione è stata presa - seppur a malincuore - da chi scrive, mi è parso giusto attendere che le relazioni che mi erano state consegnate per gli Atti vedessero la luce altrove, prima di pubblicare la mia. Ora che la condizione si è realizzata (come si può vedere dall’elenco sottostante), ho accolto volentieri l’occasione offertami dall’invito degli illustri Colleghi di Palermo, di tenere un seminario per il Dottorato (2004) e di pubblicarne il testo negli Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo.

Con l’occasione, al fine di ricomporre il quadro dei ricchi risultati del Seminario parmense sul pensiero giuridico nell’età dei Severi, segnalo i luoghi di pubblicazione delle relazioni:

Giuseppina Aricò Anselmo, *La tradizione civilistica. Alcune riflessioni su Vat. 75 e 76*, in *AUPA*, XLV.1 (1998) p. 69-139;

Mario Bretone, *Il "classico" e la giurisprudenza*, in *Labeo* 45 (1999) 7-19 (parzialmente in Id., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, II ed, Roma-Bari, 2005, 219-233);

Jean-Pierre Coriat, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial à la fin du Principat*, Roma, École française de Rome, 1997, spec. Ch. VIII, 635-663;

Lucio De Giovanni, *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum* (2006) in stampa;

Federico M. D'Ippolito, *Etica e diritto nell'età dei Severi (ragioni di uno scetticismo)*, in Id., *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino Giappichelli, 2000, 111-132;
Vincenzo Giuffrè, *Il diritto criminale secondo la giurisprudenza del principato*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* (XIII, 2001), Universidad Complutense, Madrid, 2002, 59-92;
Arnaldo Marcone, *La propospografia dei giuristi severiani*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei* s. 9, v. 15 (2004), 735-746;
Giovanni Negri, *Appunti sulle "antologie casistiche" nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri disputationum di Ulpiano*, in *Cunabula Iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggin*, Milano Giuffrè, 2002, 263-276.

Per il resoconto dei lavori del Seminario parmense del 1997, vd. anche le cronache di C. Giachi, in *SDHI* 63 (1997) 583-590 e di G. Falcone, in *Labeo* 43 (1997) 316-318.

La documentazione dell'intero ciclo dei tre seminari promossi da Aldo Schiavone e da chi scrive a S. Marino e Parma è completata dai volumi *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, a cura di Dario Mantovani, Torino Giappichelli, 1996; *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, a cura di Dario Mantovani, Torino Giappichelli, 1996.

1. Introduzione.

Nella *Palingenesia Iuris Civilis*¹ sono omesse, per errore, cinque testimonianze indirette delle opere di Giuliano e di Pomponio². E' quasi superfluo dichiarare, mentre li si rileva, che difetti di questo genere - e altri che possano eventualmente essere additati³ - non fanno che mettere in risalto, con la loro rarità, i meriti della *Palingenesia*, ben noti a chiunque consulti e ammiri, il che è tutt'uno, quest'opera più che centenaria.

Non è dunque per sminuire tali meriti, e nemmeno per sottolinearli – propositi che sarebbero, per ragioni opposte, ugualmente inconcludenti - che si è ritenuto di segnalare queste omissioni, bensì per ragioni di sostanza.

Infatti, se per quattro dei frammenti in questione la ricollocazione nel punto che presumibilmente avrebbero occupato, se fossero stati presi in considerazione da Lenel, non presenta difficoltà⁴, per uno - Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, citazione di Giuliano - l'operazione di riposizionamento porta allo scoperto vari problemi, attinenti sia all'aspetto propriamente palingenetico sia ad alcuni istituti coinvolti, in particolare l'*in ius vocare*⁵ e la *cautio damni infecti*.

E' all'esposizione di questi problemi e alle soluzioni che mi è parso di poter proporre che è dedicata quest'indagine, che offre inoltre l'occasione di ispezionare alcuni dei criteri ricostruttivi su cui poggia la palingenesi leneliana.

2. Il frammento omissso.

Leggiamo la testimonianza dell'opera di Giuliano contenuta nei *Libri ad edictum* di Paolo e rimasta fuori della *Palingenesia*, da cui prende avvio la ricerca,

¹ O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I-II, Leipzig 1889 (rist.con *Supplementum* di L.E. Sierl, Graz 1960; rist. inalterata, con pref. di M. Talamanca, Roma, 2000); di seguito, abbreviata in *Pal*.

² Tryph. 14 *disp.* D. 26.2.27.1 (Giuliano); Ulp. 52 *ad edict.* D. 47.8.2.10 (Giuliano); Paul. 8 *ad Sab.* D. 27.3.4.1 (Giuliano); Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19 (Giuliano); Paul. 18 *ad edict.* D. 39.2.18.1 (Pomponio). - - Non ho intrapreso una verifica sistematica al fine di accertare se queste omissioni fossero già state rilevate in letteratura; per quanto ho potuto vedere, non lo sono state.

³ Un censimento di queste segnalazioni è stato generosamente indetto da H. Ankum, 'Addenda' à la '*Palingenesia Iuris Civilis*' d'Otto Lenel, in *RIDA* 41 (1994) 447. Un primo contributo è stato offerto dallo stesso H. Ankum, *Towards additions to Lenel's Palingenesia Iuris Civilis*, *ibid.*, 125 ss.

⁴ Indico in sintesi le collocazioni che mi sembrano probabili. Tutte le testimonianze del pensiero di Giuliano pretermesse da Lenel provenivano verosimilmente dai *Digesta* (sulle ragioni che giustificano quest'attribuzione, v. *infra*, § 3). La loro collocazione più probabile, adottando la numerazione leneliana, è: a) Tryph. 14 *disp.* D. 26.2.27.1 = Iul. 318a (cfr. Iul. 319); b) Paul. 8 *ad Sab.* D. 27.3.4.1 = Iul. 330 (è testimonianza parallela alla prima parte di Ulp. 35 *ad edict.* D. 27.3.11); c) Ulp. 52 *ad edict.* D. 47.8.2.10 = Iul. 623a (è testimonianza parallela a Ulp. 11 *ad edict.* D. 4.2.14.12, che Lenel colloca nel lib. IV dei *Digesta*, al nr. 48; la mia diversa proposta è motivata dal fatto che dalla più ampia citazione contenuta in Ulp. 52 *ad edict.* sembra che la definizione di chi "*vi rapit*" come "*fur improbior*" servisse a Giuliano per risolvere il problema della concorrenza fra l'*actio vi bonorum raptorum* e le *actiones furti* e *legis Aquiliae*; il contesto, perciò, sembra il commento all'editto sui *bona vi rapta*, piuttosto che il commento all'editto *quod metus causa*; per prudenza, non si deve, peraltro, escludere che, come Ulpiano la ripeteva due volte, così Giuliano avesse enunciato l'icastica definizione in luoghi diversi dei suoi *Digesta*). Infine, la testimonianza di Pomponio - contenuta in Paul. 18 *ad edict.* D. 39.2.18.1 - apparteneva verosimilmente ai *Libri ad edictum* (al nr. 144a L.).

⁵ Qui e di seguito si impiega la forma verbale, invece della locuzione sostantivata *in ius vocatio*, che non è attestata nelle fonti e può indurre a indebite ipostatizzazioni (vd. anche *infra*, nt. 20).

ossia D. 2.4.19. Poiché essa si appoggia, nel Digesto di Giustiniano, a un precedente frammento di Gaio e s'aggancia ai due brani che lo seguono, è necessario riprodurre l'intera catena⁶, per poi proporre un rapido commento:

Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 2.4.18: *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri,*

Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19: *satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.*

Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 2.4.20: *Sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere.*

Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.21: *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.*

Gaio, primo anello della catena, dichiara l'illiceità di *in ius vocari de domo sua*, cioè di essere chiamati dall'avversario a recarsi davanti al magistrato giurisdicente, mentre ci si trovi nella propria abitazione⁷.

Senza dubbio, il divieto era enunciato da Gaio in sede di *interpretatio* a *Tab. I*, 1-2⁸.

Il precetto, tuttavia, non era statuito positivamente dalle Dodici Tavole, bensì era d'origine giurisprudenziale, come svela il modo di esprimersi del giurista (*plerique putaverunt*)⁹. Ciò non toglie che, di per sé, il principio dell'inviolabilità del domicilio (che l'*interpretatio* riteneva appunto prevalente anche sul diritto

⁶ La catena, in realtà, prosegue con il fr. 22 pr. *h.t.*, anch'esso proveniente dal commento di Gaio alle Dodici Tavole; il trattato sui limiti dell'*in ius vocare* si sposta, tuttavia, sui limiti soggettivi (*impuberes puellas, quae alieno iuri subiectae essent*) e il brano può perciò essere trascurato ai fini del presente discorso.

⁷ Sul tema della chiamata *in ius* di chi si trovi al proprio domicilio, v. M.A. v. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. I. Der römische Civilprozess. I. Legis Actiones*, Bonn, 1864, 106; F.L. v. Keller, *Der römische Civilprozess und die Actiones*⁶, bearb. v. A. Wach, Leipzig 1883, 231; G. Pugliese, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962, 256; Id., *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, I, Milano 1963, 371; M.D. Blacher, *Aspects of privacy in the civil law*, in *TR* 43 (1975) 280 s.; I. Buti, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 232 ss.; Gomez-Iglesias, *Citacion y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela 1984 (*nv.*); O. Licandro, *In ius vocatio e violazione del domicilio*, in *SDHI* 57 (1991) 205 ss.; M. Kaser, K. Hackl, *Römisches Zivilprozessrecht*², München, 1996, 66; 221; P. Garbarino, *Un'ipotesi di lettura di D. 47.10.23 (Paul. 4 ad edict.)*. *Brevi note a proposito di in ius vocatio e presunta violazione di domicilio*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 231 ss.; O. Licandro, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 395 ss.

⁸ Lenel, *Pal.*, I 242, Gai. fr. 419. L'attribuzione è resa più che probabile dalla congruenza fra l'*inscriptio* (*libro primo*) e la posizione in apertura delle Dodici Tavole delle *leges* sull'*in ius vocare*, che è stabilita da Cic. *Leg. 2.9*: vd., in questo senso, per tutti, O. Diliberto, *Materiali per la Palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 108.

⁹ Licandro, *Domicilium habere*, 413, ipotizza, con opportuna cautela, che il divieto fosse effettivamente contenuto nelle Dodici Tavole e che Gaio lo ignorasse (e lo attribuisse erroneamente all'*interpretatio*) in quanto la *lex* era andata perduta nella trasmissione del testo decemvirale. L'ipotesi è astrattamente possibile, ma improbabile, in primo luogo perché dipende da un'altra ipotesi, per di più in contrasto con la *communis opinio*, ossia che il testo delle Dodici Tavole pervenuto a Gaio si allontanasse dall'archetipo più di quanto normalmente si supponga. Inoltre, nello specifico, l'ipotesi di una lacuna imputabile alla tradizione del testo appare inverosimile, se si pensi che, in questo caso, la perdita avrebbe colpito non una *lex* decemvirale obsoleta e caduta in desuetudine, bensì una norma ancora pienamente in vigore nel II secolo d.C.

positivamente sancito di *in ius vocare*) affondasse nei *mores* e trovasse qualche riconoscimento anche a livello legislativo¹⁰.

Il consolidamento, nell'*interpretatio* giurisprudenziale, del divieto di *in ius vocare de domo* deve avere preceduto di molto l'età di Gaio, anche se, allo stato delle fonti, è impossibile rimontare oltre Cicerone. La prima traccia del divieto compare, infatti, in un enfatico passaggio dell'orazione *De domo sua* (dove peraltro è trattato come un principio certamente non di fresca data): *Hoc perfugium (scil.: domus) est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit*¹¹. L'effetto evocativo cui Cicerone mirava rivolgendosi con queste parole ai Pontefici era di suscitare un parallelismo fra la *domus* e l'*asylum* con l'intento di far ridondare sulla casa la connotazione di "santuario" che spettava ai luoghi d'asilo¹².

Alla testimonianza ciceroniana sembrerebbe potersi accostare il cenno d'un giurista press'a poco coevo, Aulo Ofilio, il quale sosteneva che l'ingresso non autorizzato nella *domus* altrui era punito (secondo l'opinione più diffusa, dalla legge di Silla sull'*iniuria* oppure in forza dell'*actio iniuriarum* privatistica) quand'anche l'intruso effettuasse l'*in ius vocatio* (Paul. 4 *ad edict.* D. 47.10.23): *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait*. Il passo, tuttavia, non può essere addotto come attestazione del divieto di *in ius vocare de domo*, perché, com'è stato rilevato, Ofilio pone piuttosto l'accento sulla violazione di domicilio e, per quanto attiene all'*in ius vocare*, esclude soltanto che esso possa valere da esimente¹³.

¹⁰ Le stesse Dodici Tavole, sebbene come s'è detto non contenessero il divieto di *in ius vocare de domo*, contenevano altre norme (come quelle che limitavano la perquisizione attraverso il rito della *quaestio lance et licio*) che avevano di mira (anche) la tutela della *domus* (vd. su questi indici normativi Licandro, *Domicilium habere*, 395 ss.). Pertanto i giuristi, nel contrapporre al diritto di *in ius vocare* la tutela della inviolabilità della *domus*, confrontavano due principi già (separatamente) accolti nell'ordinamento, e la loro operazione interpretativa consistette nel assegnare – nel conflitto – la prevalenza al secondo.

¹¹ *Dom.* 109. Per l'esattezza, in questo passo non è detto in modo esplicito che l'*abripere* riguardasse l'*in ius vocatus* renitente; l'induzione è, tuttavia, probabile. Si veda anche *Cic. Vat.* 22, riferito alla *vocatio* magistratuale: *"Miserisne viatorem, qui M. Bibulum domo vi extraheret, ut quod in privatis semper est servatum, id te tribuno plebis consuli domus exilium esse non posset"*.

¹² L'allusione all'idea di asilo è stata colta da G. Crifò, *Ricerche sull' "exilium" nel periodo repubblicano*, I, Milano 1961, 113 ss.; vd. anche G. Bellardi (cur.), *Le Orazioni di M. Tullio Cicerone*, III, Torino 1973, 245, *ad h.l.*, che significativamente traduce "*perfugium*" in "asilo". Non è qui il caso di discutere per quanta parte il collegamento fra casa e asilo appartenesse alla tradizione romana e per quanta parte, invece, fosse il frutto di una tarda riflessione ellenizzante. A conferma di questa lettura (oltre a *Vat.* 22), è notevole il confronto fra il passo ciceroniano e *Schol. Dan. in Verg. Aen.* 2.761: *Asylum ideo dictum, quod nullus inde tolleretur, id est quod sulasthai, hoc est abripi, nullus inde poterat* (vd. Crifò, *op. cit.*, 114 nt. 20). Il collegamento *domus/asylum* non è stato, invece, sviluppato dall'ultimo autore che si è occupato di *Cic. Dom.* 109, Licandro, *In ius vocatio*, 215 ss., e *Domicilium habere*, 388 nt. 16 e 390 ss., che fa leva sulle analogie che il passo presenta con *Gai. 1 ad l. XII Tab.* D. 2.4.18, per concludere che l'abitazione era tutelata "quale luogo della sovranità del *pater familias* e al tempo stesso ambito di straordinaria valenza sacrale".

¹³ Sul passo, vd. Licandro, *'In ius vocatio'*, 247, che distingue fra la prospettiva di *Gai.* D. 2.4.18, ove s'enuncia il divieto di *in ius vocare de domo*, e l'angolatura del passo di Ofilio, dedicato alla violazione di domicilio; condivide tale impostazione Garbarino, *Un'ipotesi di lettura di D. 47.10.23*, 232 ss., il quale propone inoltre una nuova esegesi del testo, ipotizzando – sia pur con cautela – che, nella fattispecie presentata da Ofilio, "il *dominus* della *domus* in cui si effettua la *in ius vocatio*, sia persona diversa dal *vocatus*", in quanto ivi ospite o eventualmente conduttore e che, sebbene la chiamata *in ius* sia lecita "l'ingresso nella *domus* a quel fine, potrebbe comunque implicare una lesione della sfera giuridica del proprietario, il quale non abbia dato in merito il suo preventivo assenso" (*op. cit.* 235 s.). Replica in Licandro, *Domicilium habere*, 424 ss.

Il divieto si ritrova comunque enunciato più tardi, ma pur sempre prima che ne scrivesse Gaio, in Quintiliano. Per illustrare l'argomentazione analogica, da utilizzare quando si voglia trarre da una norma la disciplina di un caso non contemplato dalla sua formula letterale¹⁴, il retore porta come esempio una "lex" (nel senso retorico di "proposizione normativa") di questo tenore: "*Ex domo in ius educere ne liceat*"¹⁵. E' lecito, naturalmente, dubitare che la "lex" enunciata da Quintiliano riproducesse letteralmente una norma romana. Sarebbe, tuttavia, prova di eccessivo scetticismo negare che essa rappresentasse nella sostanza il diritto vigente, così come lo rappresentava l'altra "lex" adottata nello stesso contesto: "*Qui patrem occiderit, culleo insuatur*"¹⁶.

Assodata, grazie a questi echi letterari, l'antichità del divieto (d'origine interpretativa) rammentato da Gaio in sede di commento alle prime *leges* delle Dodici Tavole, è da tenere ferma l'idea che il divieto colpisse in radice l'atto orale di chiamata in giudizio, non già, come è stato invece sostenuto¹⁷, l'uso della forza che eventualmente seguisse tale chiamata. Era già l'intimazione in sé ad essere illecita¹⁸.

Questa interpretazione s'impone per una elementare considerazione semantica: (*in ius*) "vocare" vuol dire "chiamare"¹⁹. E' solo per effetto di una precomprensione che si è portati ad agganciare a questo significato primario ciò che, nelle Dodici Tavole, segue l'ipotesi della chiamata non andata a buon fine, ossia l'uso della forza.

¹⁴ Si tratta, come chiarisce Quintiliano (7.8.6), di *ex scripto ducere, quod scriptum non est*, operazione più difficile rispetto al trarre *ex eo quod scriptum est, id quod incertum est* (7.8.3).

¹⁵ Il retore pone quindi la questione se tale *lex* possa applicarsi a chi *ex tabernaculo eduxit* (inst. 7.8.6), cioè prospetta come un problema da affrontare ricorrendo al ragionamento per analogia quello di estendere a chi stia in tenda il precetto che protegge dalla chiamata *in ius* chi si trovi in casa. Sulla portata del verbo *educere*, vd. *infra*, nt. 52.

¹⁶ La rilevanza del brano quintiliano per la conoscenza del diritto vigente è ammessa da Polak, *The Roman Conception*, 253; Crifò, *Ricerche*, 114; Buti, *Il "praetor"*, 234 nt. 40; Licandro, *In ius vocatio*, 240 nt. 107. Opportunamente i due ultimi Aa. citati mostrano di non fare affidamento sul valore tecnico-giuridico di *lex*, anche se si spinge troppo avanti Licandro, *op.lc.cit.*, quando afferma che "da Quintiliano si evince come si escludesse l'enunciazione scritta nel testo delle Dodici Tavole della disposizione in esame": Quintiliano è, sul punto, agnostico (l'assenza nelle Dodici Tavole si ricava invece *aliunde*: vd. *supra* nt.). Se bene intendo, il medesimo Licandro, *Domicilium habere*, 413 ss. ritiene ora invece che Quintiliano attribuisse la norma alle Dodici Tavole, senza che siano chiare le motivazioni di questo *revirement*. Considerazioni appropriate sullo stile retorico dei precetti quintiliani in D. Liebs, *Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio*, in *ZSS* 84 (1967) 110 s.

¹⁷ Da Licandro, *In ius vocatio*, 242 s., secondo il quale Gaio "mira ad individuare la *vis* nell'atto di *extrahere* fuori dalla *domus* il proprietario"; il giurista avrebbe cioè in vista non tanto l'intimazione in sé quanto "l'epilogo violento, ossia la *manus iniectio*". Vd. anche *ibid.*, 247.

¹⁸ Così già Buti, *Le formalità*, 235.

¹⁹ Per potere superare l'evidenza semantica, sarebbero necessari argomenti gravi, quali non sembrano essere i due addotti da Licandro, *In ius vocatio, cit.* Il primo argomento si fonda sull'avverbio *inde* nella proposizione gaiana (D. 2.4.18) *eum ... qui inde in ius vocaret vim inferre videri* "che - secondo l'A., *op. cit.*, 242 s. - fornisce un'idea chiara dello spostamento, se del caso coatto, da un luogo, la *domus*, ad un altro, il *tribunal*"; l'interpretazione sembra però nascere da equivoco linguistico, in quanto *inde* significa solo che il *vocatus* è chiamato a spostarsi dal luogo dove si trova, senza altra allusione (cfr. Ulp. 5 *ad edict.* D. 2.4.2, *in ius vocari non oportet ... eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt*). Il secondo argomento invocato dal Licandro, ossia che considerare l'*in ius vocare* un *vim inferre* rivelerebbe che Gaio aveva di mira l'uso della forza, sembra messo in crisi dallo stesso A., quando afferma che il *crimen vis* non era "ai tempi di Gaio più inteso in senso rigidamente tecnico, come vero e proprio ricorso alla violenza" [scil.: fisica] (*op. cit.*, 260 nt. 158) e adduce come prova Call. 5 *cogn.* D. 48.7.7 (cfr. *Id.*, *Domicilium habere*, 443 nt. 137). Del resto, la tensione fra questa interpretazione e il dato semantico traspare dal fatto che, nel corso dell'esposizione, l'A. sostituisce ripetutamente all'*in ius vocare* gaiano il verbo *extrahere* (*In ius vocatio*, 242; 247), operando cioè la scelta linguistica che Gaio avrebbe dovuto effettuare se avesse voluto esprimere il concetto che l'A. gli assegna.

Il ricorso alla forza è secondario e solo eventuale: nella rappresentazione sintetica, ma viva, che le Dodici Tavole stesse offrono del rito introduttivo, il *capere* e il *manum endo iacere* (cioè l'afferrare e il mettere la mano addosso) sono atti distinti dal *vocare*²⁰. La distinzione tra la semplice intimazione orale e l'apprensione fisica è lampante in Plaut. *Poen.* 1232: *In ius vos voco, nisi honestiust prehendi* ossia "Vi chiamo *in ius*, a meno che non consideriate più onorevole essere afferrate".

Oltretutto, è proprio il passo paolino che chiude la catena di testi di cui ci stiamo occupando (D. 2.4.21: *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*; cfr. la *lex geminata* D. 50.17.103) a distinguere tecnicamente *in ius vocare* da *extrahere*, affermando che il primo atto – il chiamare – in taluni pochi casi eccezionali può compiersi anche nei confronti di chi si trovi *domi*²¹, mentre è sempre vietato il secondo, l'*extrahere*, l'uso della forza per trarre fuori di casa il *vocatus* renitente. Con questo intervento esplicativo, Paolo dunque mette in chiaro che il tradizionale divieto (con le relative eccezioni) colpisce di per sé stesso l'*in ius vocare* inteso come chiamata (mentre l'*extrahere* vi è semmai ricompreso come il maggiore nel minore o il susseguente rispetto all'antecedente).

Ciò ribadito, si può rapidamente accennare alle due conseguenze annodate dai giuristi al divieto di effettuare la chiamata *de domo*.

Innanzitutto, la trasgressione del divieto configurava, secondo Gaio stesso, un *vim inferre*, qualificazione, per la verità, poco trasparente e che richiederebbe un rinnovato scrutinio²². Qui ci sia consentito solo di esprimere la sensazione che la qualificazione come *vim inferre* prima (e forse piuttosto) che ad una specifica figura di illecito, sembra un richiamo al basilare "*vim vi repellere licet*"²³.

²⁰ Sintomo di questa precomprensione, per cui una parte (la chiamata) prende il posto del tutto, può considerarsi l'uso, invalso nella storiografia giuridica moderna, del sostantivo "(*in ius*) *vocatio*" al posto del verbo "(*in ius*) *vocare*". Quest'uso denuncia la tendenza a sostituire un "istituto" alla viva concretezza del linguaggio arcaico. Sull'uso dell'astratto e sulle concettualizzazioni che lo sottendono, v. da ultimo A. Bürge, *Zum Edikt De edendo*, in *ZSS* 112 (1995) 21 e nt. 62.

²¹ Sono i due casi ricordati dallo stesso Paolo, sulla scorta di Giuliano; vd. subito *infra*, nel testo.

²² La qualificazione come *vim inferre*, infatti, non solo è da coordinare con quella offerta da Ofilio, in Paul. 4 *ad edict.* D. 47.10.23 (cfr. *supra* nt.), ma è di per sé ambigua. Può essere che, come intende autorevole storiografia, Gaio si riferisca ad uno specifico illecito (punito sulla base di una *lex iudiciorum publicorum* o *extra ordinem*), quand'anche esso non venga più precisamente identificato: cfr. Pugliese, *Il processo civile romano. I*, 256 (che parla di "delitto di *vis*"); Kaser, Hackl, *Römisches Zivilprozessrecht* cit. 221 nt. 11, che presuppone una connessione - a mio avviso, come detto, non necessaria - dell'*in ius vocare* con la "*Gewaltanwendung*" (è da registrare qui, tuttavia, un cambiamento rispetto alla precedente ed. [München, 1966, 163, nt. 11] dove si leggeva: "*Gewaltanwendung ist kriminelle vis*"); analogamente M.F. de Robertis, *I limiti spaziali al potere del "pater familias"*, in *Labeo* 29 (1983) 173 e Licandro, *In ius vocatio*, 241 ss. (che dà particolare svolgimento all'idea che Gaio abbia di mira essenzialmente l'uso della forza) e Id., *Domicilium habere*, 437 ss. Dubbi circa l'esatto inquadramento della fattispecie manifestava, tuttavia, M. Balzarini, *De iniura extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova 1983, 189 nt. 174, che spostava l'accento dall'uso della violenza alla violazione di domicilio; in senso analogo, Garbarino, *Un'ipotesi di lettura di D. 47.10.23*, 239 s.

²³ C. Cassio Longino, in Ulp. 69 *ad edict.* D. 43.16.1.27, definisce l'autotutela un diritto attribuito dalla "*natura*". Cfr. Flor. 1 *inst.* D. 1.1.3; Paul. 10 *Sab.* D. 9.2.45.4; Diocl.-Maxim. C. 8.4.1. -Quest'interpretazione, se è esatta, non spoglia la qualificazione in termini di *vis* di portata pratica, come chiarisce un'applicazione di questo principio proprio in tema di chiamata in giudizio. Si riteneva, infatti, che l'editto che puniva chi avesse impedito con la *vis* che il *vocatus* fosse tratto *in ius* non potesse applicarsi quando costui fosse persona che non sarebbe stato lecito chiamare (Ulp. 5 *ad edict.* D. 2.7.12): *Ofilius putat locum hoc edicto non esse, si persona, quae in ius vocari non potuit, exempta est... et sane si deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit*. Ciò significa, in altri termini, che il *vocatus* estratto dalla casa avrebbe potuto legittimamente resistere con la forza alla *manus iniectio*.

Oltre a sanzionare (nel modo che si è detto) la chiamata effettuata in casa altrui, l'ordinamento si premuniva per converso – come ci informa Paolo – contro chi si facesse schermo del divieto per sottrarsi alla chiamata in giustizia. Costui era assoggettato alla *missio in possessionem bonorum*, dunque a un rimedio pretorio con il quale, al termine della nota procedura, si otteneva la sostituzione del *bonorum emptor* al *vocatus* renitente. E', questo, un aspetto su cui si avrà motivo di tornare anche in seguito²⁴.

Qui interessa fermarci finalmente sull'opinione di Giuliano ricordata da Paolo in D. 2.4.19 (che è appunto rimasta esclusa dalla palingenesi dell'opera del giurista antonino). Giuliano sosteneva che il divieto di chiamare *in ius* colui che si trovasse in casa propria pativa alcune eccezioni²⁵. In particolare, se l'avversario, pur trovandosi in casa, avesse consentito l'accesso alla propria persona oppure fosse stato scorto dall'esterno, la chiamata in giudizio, secondo Giuliano, era effettuata correttamente²⁶.

A ben vedere, nel formulare le eccezioni alla regola, Giuliano tiene fermo il limite di non legittimare l'ingresso non autorizzato nella *domus* del convenuto.

Nel primo caso che egli prospetta (*si aditum ad se praestet*) l'ingresso del *vocans* nella casa è, infatti, autorizzato, anche se può sorgere qualche dubbio sulla portata del consenso richiesto²⁷.

Nel secondo caso, il giurista contempla modalità della chiamata tali da rendere addirittura superfluo l'ingresso, ossia una chiamata rivolta a chi, pur trovandosi in casa, venga visto anche dall'esterno²⁸: con ciò si arriva alla massima "distanza" fra le

²⁴ Vd. *infra*, § 6.

²⁵ Come si dirà meglio *infra*, nt. 30, secondo la lettura migliore del passo gaiano e dell'intera catena, il dissenso espresso da uno o più giuristi (immanente nell'uso di *plerique*) non colpiva il divieto nel suo complesso, bensì solo la sua assolutezza (*nullum*): in altri termini, discussa era soltanto l'esistenza di eccezioni.

²⁶ *Recte*, qui, ha due valori; allude, da una parte, alla liceità della chiamata effettuata nelle circostanze descritte (che non costituisce dunque *vim inferre*); d'altra parte, una chiamata così effettuata era valido fondamento di alcune sanzioni, come, ad es., l'azione penale *in factum* promessa nell'editto contro chi in *ius vocatus*, non fosse venuto né avesse dato un *vindex* (Gai. 4.46). Diversamente Licandro, *La in ius vocatio*, 252, il quale ritiene che con "*recte*" Paolo dichiari di "accedere senza riserve" all'opinione di Giuliano "ritenendola corretta (*recte*)" (analogamente in Id., *Domicilium habere*, 432, mentre una diversa e migliore interpretazione sembra adottata in *La in ius vocatio*, 254). L'A. collega l'avverbio *recte ad ait*, mentre esso è da collegare a *vocari* (vd. in questo senso, fra i molti esempi, Ulp. 9 *ad edict.* D. 3.3.37.1, a proposito della nozione di "*defendi*": *Si adversarius plures intendat actiones et in singulas singuli existant defensores suscipere parati, videri eum recte defendi Iulianus ait*). Già il *VIR*, V, 36 lin. 15, sv. *recte*, nr. III, intende qui *recte* come "*cum effectu, valenter, utiliter, in primis in negotiis*" (i passi in cui *recte* ha il senso attribuitogli dall'A., *op. cit.*, 252 nt. 139, sono, invece, raccolti sotto il nr. II.2 e, fra essi, non si trova D. 2.4.19).

²⁷ Data la genericità dell'espressione *aditum ad se praestare*, non si può capire se, usandola, Giuliano pensi ad una situazione nella quale il *vocatus* lasci, per così dire, le porte di casa aperte a tutti, oppure se richieda che il *vocatus* autorizzi specificamente l'ingresso del *vocans* e, in quest'ultimo caso, se il primo debba essere o meno a conoscenza dell'intenzione del secondo di chiamarlo in giudizio.

²⁸ Distaccandosi da una costante tradizione interpretativa, che comincia dai Basilici (7.8.19 = Sch. A 359.29-30 "ei...theoretai ek tes agoras"), Licandro, *In ius vocatio*, 254 e nt. 141 e Id., *Domicilium habere*, 432 s. ritiene che *ex publico conspicui* indicasse il fatto che "il soggetto verso cui muovere la lite frequentasse posti pubblici e che dunque trovandosi in un luogo pubblico o aperto al pubblico fosse lecito *vocare in ius*". L'opinione non persuade né dal punto di vista linguistico né da quello interno allo sviluppo del pensiero di Paolo. Dal primo punto di vista, *ex publico* non equivale a *in publico* (cfr. Plaut. Capt. 807: *si scrofam in publico conspexero* ...). La proposizione "*ex*" esprime separazione, senso che va perduto nella traduzione "in pubblico"; qui, in particolare, "*ex*" significa l'azione che un soggetto che si trovi in un luogo compia in direzione di un altro luogo (v. *TLL*, V.2, 1118 ss., sv. *ex*, nr. IV). Quanto alla connessione con *publicum* (nel senso di area esterna alla *domus*, intesa come "privata") un confronto illuminante, tratto dal linguaggio dei giuristi, è Lab./Ulp. 69 *ad edict.* D. 43.17.3.7: *...si cenaculum ex publico aditum habeat*, dove si

parti compatibile con l'immediatezza del rapporto comunicativo richiesta dalla forma orale della chiamata. Che la chiamata in giudizio dovesse essere effettuata "stando al cospetto" (cfr. *conspicio* del passo di Giuliano) del destinatario era, infatti, un'esigenza ineliminabile²⁹: basti pensare che l'invito rivolto agli astanti di fare da testi (*antestari*) presupponeva che questi potessero attestare che il chiamato aveva udito (*rectius*: era stato in condizione di udire) la chiamata. Ciò era escluso se l'attore, dall'esterno della *domus*, avesse semplicemente rivolto la sua chiamata a chi si supponeva fosse all'interno, senza che tuttavia alcuno fosse in grado di attestare che egli vi ci si trovasse davvero e, comunque, che fosse stato in grado di udire la chiamata.

Ben si intende che, per il fatto stesso di enunciare queste eccezioni, anche Giuliano, come Gaio e come Paolo che ne riferisce (senza apparente critica) il pensiero, teneva ferma la regola, cioè il divieto di chiamare in giudizio dal domicilio³⁰.

3. Criteri generali di ricostruzione delle opere di Giuliano.

Esaminati rapidamente i contenuti, per collocare la testimonianza (indiretta) del pensiero di Giuliano nella posizione che le sarebbe presumibilmente spettata nella *Palingenesia*, il modo certamente più saggio di procedere consiste nell'accertare quali criteri Lenel abbia seguito nella ricostruzione delle opere di Giuliano, per poi cercare di applicarli al caso in questione.

intende un locale che abbia un ingresso indipendente, che dia sull'esterno. Quanto all'argomento che si può trarre dall'andamento del pensiero paolino, quale risulta dal testo, si noti che nel fr. 21 D. *h.t.*, che in origine doveva seguire immediatamente la citazione dell'opinione di Giuliano, si legge *etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest eqs* : il che implica che il *vocatus* di cui si sta parlando - anche nelle ipotesi fatte da Giuliano - si trovava *domi*, non in un luogo pubblico.

²⁹ La esigenza del controllo sociale espresso dall'*antestari* è sottolineata da Licandro, *Domicilium habere*, 433 s., con implicazione che, tuttavia, non sembrano potersi seguire.

³⁰ Se si parte dalla premessa - qui adottata - che il fulcro del testo sia il pronome *nullus*, nel senso che tutti i giuristi accettavano il divieto di *in ius vocare de domo*, ma i *plerique* ritenevano che il divieto fosse assoluto (*nullum*), mentre altri (almeno Giuliano e, nella sua scia, Paolo) vi ammettevano delle eccezioni, resta da stabilire se Gaio accogliesse o no l'opinione di Giuliano. Astrattamente, si potrebbe ritenere che l'*incipit* del brano gaiano (fr. 19) *Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere* implichi che, per Gaio, l'opinione di Giuliano, in quanto minoritaria, non fosse approvata; anche il fatto che i compilatori abbiano fatto ricorso a un brano di Paolo per riferire le eccezioni propugnate da Giuliano potrebbe fare pensare che Gaio non le menzionasse esplicitamente (ma solo vi alludesse implicitamente, attraverso il richiamo dell'opinione maggioritaria). Tuttavia, il fr. 21 (di lezione incerta), con cui riprende il discorso gaiano (*Sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere*) presuppone, con l' *etiam* iniziale, che in precedenza lo stesso giurista avesse menzionato una o più eccezioni al divieto di *in ius vocare de domo*. A fronte di indizi contrastanti - e pur lasciando aperte entrambe le interpretazioni - sembra più probabile che Gaio non avallasse l'opinione di Giuliano. Se si suppone, infatti, che la congiunzione *etiam* sia stata introdotta dai compilatori, il discorso gaiano può essere ricostruito come escludente eccezioni al divieto. Non solo: il passo che - sopprimendo *etiam* - si ottiene accostando i due lembi divisi dalla zeppa paolina sembra accuratamente costruito. Esso si impernia su una duplice opposizione: a un'opinione di maggioranza in tema di chiamata dall'(interno della) casa viene opposta un'opinione unanime relativa alla chiamata dalla porta, dai bagni e da teatro ("*plerique putaverunt / nemo dubitat*"); su un altro piano, alla chiamata illecita viene contrapposta la chiamata lecita ("*nullum...licere / licere*"). La legge che regola l'intreccio è il chiasmo: l'opinione espressa in positivo è in sé negativa ("*plerique putaverunt ... nullum ... licere*"), quella formulata in negativo è in sé affermativa ("*nemo dubitat .. .licere*"). Ricostruisce diversamente il dibattito giurisprudenziale, Licandro, *Domicilium habere*, 430 ss.

Una distinzione si prospetta subito necessaria e anche scontata, fra le testimonianze che la tradizione attribuisce esplicitamente a una determinata opera di Giuliano (in quanto eccerpate direttamente da essa e quindi munite di *inscriptio* oppure perché citate da un giurista successivo con tanto di luogo di provenienza) e le testimonianze (tradite tutte per il tramite di giuristi successivi) di cui è sicura la paternità giuliana, ma non l'opera da cui siano state tratte (e tanto meno, il libro cui appartenevano, se l'opera era in più volumi).

I problemi di collocazione, va da sé, si pongono solo per la seconda categoria di testimonianze³¹, cui appartiene anche quella in esame, di cui, grazie a Paolo, si sa che deve essere attribuita a Giuliano, ma non a quale delle sue opere (né, a maggior ragione, a quale volume).

Esaminando la *Palingenesia*, si può constatare che il trattamento quasi invariabilmente riservato da Lenel alle testimonianze di questo gruppo (che potremmo definire anonime) è stato di includerle nei *Digesta*. Di circa cinquecento³², solo due sono inserite (dubitativamente) in un'opera diversa, precisamente nei *Libri ad Urseium Ferozem* (Iul. fr. 927 e 928 L.)³³. Pur essendo - quello di includere nei *Digesta* le citazioni anonime - un criterio generale che, in quanto tale, non garantisce in alcun modo l'esattezza delle singole attribuzioni eseguite in applicazione di esso, non ci può essere dubbio che sia validissimo³⁴. Esso rispecchia fedelmente la netta preferenza che i giuristi contemporanei e successivi nutrono per i *Digesta* rispetto al resto della produzione letteraria di Giuliano. Stimare la fortuna dei *Digesta* è facile: basta esaminare le citazioni che i giuristi indicano espressamente di avere tratto da

³¹ Per meglio dire: anche le testimonianze del primo gruppo sollevano problemi di collocazione palinogenetica, che sono tuttavia circoscritti alla posizione rispettiva all'interno del libro. Il criterio ordinatore che può soccorrere, in quest'ambito, è costituito dall'ordine editale o dall'eventuale altro che possa dimostrarsi essere stato seguito da Giuliano in quel libro (un ausilio, in questa ricerca, può venire dal confronto con la sistematica dell'opera in cui la testimonianza sia eventualmente inclusa). In mancanza di un tale aggancio, Lenel ha conservato i frammenti nell'ordine in cui si trovano all'interno del Digesto di Giustiniano.

³² Elenco in Lenel, *Pal.* I, 497 ss.: *Iulianus laudatur non indicato libro*. E' bene specificare, al riguardo, che Lenel mostra di considerare sicuramente tratte dai *Digesta* non solo le citazioni accompagnate da una completa indicazione di provenienza (es.: *Iulianus libro quarto Digestorum scribit*), bensì anche quelle accompagnate dalla sola menzione del libro (es.: *Iulianus libro quarto scribit*). Questo atteggiamento si ricava - oltre che dalla sistematica loro inclusione nei *Digesta* - dall'assenza di siffatte testimonianze dall'elenco dei frammenti di incerta provenienza (menzionato in capo a questa nota.). La provenienza dai *Digesta* di questi frammenti, naturalmente, può dirsi sicura solo per le citazioni tratte da libri posteriori al sesto, perché fino a questo numero v'è la teorica possibilità che la citazione sia tratta da una delle altre opere di Giuliano, il cui massimo sviluppo è appunto sei (raggiunto dai *Libri ad Minicium*: v. però Ulp. 32 ad edict. D. 19.1.11.15 fr. 882 L.: "...libro decimo apud Minicium..."). Tuttavia, il criterio è ugualmente solidissimo: l'omissione del titolo si spiega proprio per l'importanza dei *Digesta* giuliani, che rendeva quasi irrilevante l'omissione del nome. Si aggiunga, inoltre, che il criterio poggia anche su basi statistiche e di contenuto. L'argomento statistico è sviluppato *infra*, nel testo. Quanto al contenuto, il fatto che i *Digesta* seguano l'ordine editale offre una conferma sicura della pertinenza ad essi di una citazione anonima (provista solo del libro), tutte le volte in cui vi sia corrispondenza fra il tema trattato nella citazione e il tema editale esposto nel corrispondente libro dei *Digesta*.

³³ Una citazione, che formalmente rientra fra le anonime, è per ragioni di contenuto sicuramente da attribuire ai *libri ad Urseium Ferozem*: Paul. 3 ad Vitell. D. 40.7.22.2 è parallela a Iul. 1 *Urs. Feroz.* D. 28.6.32 (Iul. 883 L.).

³⁴ Poiché ci occupiamo qui del criterio, e non delle sue applicazioni specifiche, non mette conto di soffermarsi su quelle citazioni la cui pertinenza ai *Digesta* - oltre, appunto, a corrispondere al criterio generale - è garantita dal tenore del passo. Si tratta, comunque, di casi non molto numerosi, ad esempio, quando la citazione anonima è gemella di un'altra proveniente espressamente dai *Digesta*: cfr. Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36 *i.f.* e Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 *pr.* (Iul. 222 L.); Ulp. 4 *ad Sab.* D. 28.6.10.7 e Scaev. *L.s. quaest. publ. tract.* D. 28.6.48.1 (Iul. 445 L.); Iul. 32 *dig.* D. 30.81.5 e Paul. 16 *ad Plaut.* D. 35.1.45 (Iul. 460 L.).

una determinata opera di Giuliano, per accorgersi che solo in due casi essi dicono di attingere da opere diverse dai *Digesta*³⁵, contro i circa duecento in cui essi affermano di avere trovato l'opinione di Giuliano nei *Digesta*³⁶.

La nettissima preferenza per i *Digesta* che emerge dalle citazioni esplicite del pensiero di Giuliano implica che chi attribuisca a quest'opera una citazione anonima, se non va proprio a colpo sicuro, corre comunque un rischio minimo di sbagliare.

Il perimetro entro cui cercare una adeguata collocazione per la citazione contenuta in Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19 è, pertanto, circoscritto ai *Digesta*³⁷.

4. La collocazione all'interno dei *Digesta*.

Il passo successivo consiste nel trovare il punto esatto (si fa per dire) che la citazione occupava nei novanta volumi in cui si articolava l'*opus maximum* di Giuliano. Per quanto è dato a vedere, quando doveva affrontare questo compito Lenel si orientava (sempre che fosse possibile) attenendosi a due punti cardinali, l'uno per così dire interno e l'altro esterno, ossia rispettivamente l'ordine delle materie nei *Digesta* e la posizione della citazione nel commento edittale in cui era inclusa.

I due criteri meritano una breve illustrazione. Quanto all'ordine delle materie nei *Digesta*, rammentiamo che quest'opera fu stesa da Giuliano sul canovaccio dell'editto (fino al libro 58) cui subentrano (fino al termine), come direttrici, le leggi e i senatoconsulti. In base al suo contenuto, perciò, una citazione anonima può trovare una collocazione presuntiva, indicata dalla rubrica edittale o dal testo normativo cui, contenutisticamente, essa si riallaccia e che costituisce al contempo uno degli snodi del sistema dei *Digesta*.

Quanto al secondo punto di riferimento adottato da Lenel, quello "esterno", offerto dalla posizione tenuta dalla citazione anonima nel commento edittale in cui era inclusa, si tratta di questo: tutte le volte in cui una citazione giuliana si trova in un commento edittale, Lenel mostra di ritenere che essa occupasse nei *Digesta* lo stesso luogo sistematico che aveva nell'opera citante. Questa presunzione, ovviamente, è più che ragionevole, avendo i commenti edittali e i *Digesta* (nella prima parte) lo stesso identico schema³⁸. Si vedrà più avanti che, in realtà, questo

³⁵ Ulp. 32 *ad edict.* D. 19.1.11.15 (*l. 10 ad Minicium*: Iul. 882 L.); Ulp. 19 *ad edict.* D. 10.3.6.12 (Iul. 898 L.: dove "ibid." rinvia in modo un po' criptico all'*inscriptio* del fr. Iul. 119 L.). Su Iul. 883 L., v. *supra*, nt. .

³⁶ Questa preferenza, in percentuale, premia i *Digesta* ben al di là del rapporto fra le dimensioni di quest'opera e le dimensioni dei restanti scritti giuliani nel loro complesso.

³⁷ Volendo addurre, a sostegno dell'inclusione nei *Digesta*, ragioni che non siano quelle puramente statistiche, si potrebbe osservare, da una parte, che l'argomento su cui verte l'opinione di Giuliano - *l'in ius vocare* - è del tutto al suo posto in un'opera, come i *Digesta*, che, nella sua prima parte, tratta temi edittali, e che, d'altra parte, non vi sono nella breve citazione del pensiero di Giuliano tratti caratteristici che facciano pensare alla sua pertinenza ad un'opera diversa (non riguarda un'*ambiguitas verborum* né si rapporta ad un'opinione di Minicio o di Urseio Feroce).

³⁸ Prescindo ovviamente dalle differenze sistematiche fra (la parte edittale dei) *Digesta* di Giuliano e i commenti di Gaio e di Paolo, su cui O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 11 ss. (di seguito, *EP*); A. Guarino, *La pretesa codificazione dell'editto*, ora in Id., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 245 ss.; Id., *La formazione dell'editto perpetuo*, *ibid.*, 335 ss.; da ultimo H.-D. Spengler, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 28 ss.

secondo criterio non è a tenuta del tutto stagna; per ora è sufficiente osservare che, in molti casi, i due criteri finiscono per dare indicazioni convergenti³⁹.

Cerchiamo ora di servirci di questi criteri per collocare la nostra testimonianza, cominciando dal primo, quello dell'ordine interno dei *Digesta*.

Chi consideri il fatto che dell'*in ius vocare* - che è l'argomento della testimonianza giuliana contenuta in Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19 - si parlava nella Legge delle Dodici Tavole (di cui, anzi, rappresentava l'esordio) e che proprio dal commento di Gaio alle Dodici Tavole i compilatori trassero tre frammenti della catena alla quale appartiene il passo paolino che contiene la citazione di Giuliano (Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 2.4.18, 20, 22), potrebbe essere indotto - visto anche l'attuale *revival* delle Dodici Tavole - ad attribuire la testimonianza giuliana al libro 59 dei *Digesta*: in quel libro, forse proprio in apertura della seconda sezione dell'opera, Giuliano attese infatti alla legislazione decemvirale. Una tale congettura, tuttavia, sarebbe molto fragile, per due motivi. Il primo è che, a giudicare dai pochi frammenti residui, sembra che Giuliano rispolverasse le Dodici Tavole solo a proposito della successione legittima (Iul. 741-743 L.). Questa rigida selezione tematica, naturalmente, potrebbe essere solo il risultato della cernita giustiniana: allo stato degli atti, tuttavia, non la si può ignorare. Il secondo motivo che rende improbabile che Giuliano si occupasse dell'*in ius vocare* in connessione con le Dodici Tavole è dato dal fatto che l'istituto era stato profondamente rielaborato dall'editto pretorio. E' quindi verosimile che Giuliano l'abbia espressa in occasione del commento all'editto, senza attendere oltre.

Il perimetro della ricerca, perciò, si restringe alla prima parte dei *Digesta*. Soccorre, a questo punto, il secondo criterio di cui Lenel fa mostra di servirsi, quello della sede occupata dalla citazione giuliana all'interno dell'opera edittale in cui è inclusa, ossia, nel nostro caso, i *Libri ad edictum* di Paolo. Questo criterio - lo si è già accennato e meglio lo si vedrà - non è (in generale) del tutto impeccabile: tuttavia può costituire un utile sussidio, costituendo senz'altro un indice del rapporto che gli stessi giuristi romani intravedevano fra la materia trattata e la sistematica edittale.

Non resta, perciò, che accertare sotto quale rubrica Lenel abbia collocato Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, ossia il passo che menziona l'opinione di Giuliano (con la coda rappresentata dal fr. 21 D. *h.t.* = D. 50.17.103). La rubrica prescelta da Lenel (Paul. 89 L.) è *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda* (EP § 3)⁴⁰. La ricerca intrapresa potrebbe dirsi arrivata al capolinea (essendo sufficiente riportare l'opinione di Giuliano alla medesima *sedes*): invece, è da qui che comincia, perché questa collocazione del passo di Paolo non appare convincente (né, di conseguenza, utilizzabile per risalire al sito dell'opinione di Giuliano ch'essa cita). Dunque, occorre

³⁹ Infatti, è ragionevole che il giurista che citava l'opinione di Giuliano l'abbia trovata nella stessa sede nella quale egli la riutilizzava, che rappresenta anche la sede nella quale il ricostruttore moderno è portato a collocare la citazione di Giuliano.

⁴⁰ In *Pal.* I, 967, il tenore è *De damni infecti cautione etc.*, una variante priva di significato sostanziale. Aderisce a Lenel circa la pertinenza di Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, 21 all'ed. sulla *cautio d.i.*, R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. III. Palingenesia y Reconstrucción*, Santiago de Compostela 1995, 21 nt. 10 e 44 nt. 111, senza specifica discussione; si noti che la citazione di Giuliano contenuta in D. 2.4.19 manca nella (parziale) "nueva Palingenesia" dei *Digesta* di Giuliano realizzata da quest'A. (*op.cit.*, 120).

spostare l'attenzione sulla palingenesi del testo paolino, prima di volgersi ai *Digesta* di Giuliano.

A questo punto, sarebbe comprensibile protestare che una cosa è scovare nella *Palingenesia* un'omissione involontaria (nei *Digesta* di Giuliano), che costituisce, pur nella sua circoscritta portata, un fatto oggettivo, altra cosa è sindacare le scelte di Lenel (a proposito dei *Libri ad edictum* di Paolo). L'ammonimento è senz'altro saggio, soprattutto considerato il fatto che, il più delle volte, le scelte di Lenel non hanno una motivazione esplicita e, di conseguenza, chi non ne sia persuaso deve prima di tutto ipotizzare quali argomenti l'abbiano determinata e solo allora provarsi a criticarli. Una condizione, come si vede, molto precaria, che si vive per di più con la sensazione che sfugga pur sempre qualcosa, che a Lenel, invece, era presente. Se, ciò nonostante, mi accingo a criticare la scelta di inserire Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19 e 21 (cfr. D. 50.17.103) sotto la rubrica *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda* è perché vi sono ragioni di peso che lo impongono.

5. *L'editto sui poteri dei magistrati locali in tema di 'cautio damni infecti'.*

Per prima cosa, come s'è detto, occorre mettere a fuoco le probabili ragioni di Lenel. Fortunatamente, in questo caso lo studioso ha lasciato un'impronta che può mettere il lettore sul cammino che lo portò alla sua decisione: in nota a Paul. 89 L.⁴¹, invitava a confrontare Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, 21 con D. 39.2.4.5, un testo che, senz'ombra di dubbio, nel primo dei *Libri ad edictum* di Ulpiano, stava sotto la rubrica *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda*⁴², lasciando così intendere che la *sedes materiae* di questo passo valesse anche per il testo di Paolo:

Praetor ait: « dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam ». Abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat. Verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. Sed 'domum [in quam degit] denuntiari' sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur; quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis.

Ripeto di seguito, per facilitare il confronto, anche il brano di Paolo (D. 2.4.19):

[Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere]⁴³ satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait. (fr. 21 D. eod.= D. 50.17.103) Sed

⁴¹ *Pal.* I, 987 nt. 6. In precedenza, nei *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare* (1881), ora in O. Lenel, *Gesammelte Schriften*, hrsg. u. eingl. v. O. Behrends u. F. d'Ippolito, Napoli 1990, 289 e nt. 22, aveva ricollegato D. 2.4.19, 21 (= D. 50.17.103) a *EP* § 2 (che è precisamente la conclusione che cercherò di dimostrare corretta): di questo mutamento d'opinione non sono riuscito a trovare esplicita motivazione. Insolita è l'avvertenza che - in calce alla ricostruzione di *EP* § 2 - si legge nell'*Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, trad. par F. Peltier, I, Paris 1901, 58 nt. 5: "Je rattache les fr. 19, 21 de in ius uoc. (2.4) et le fr. 103 de R.J. à l'édit du § 3". E' insolita perché, di norma, com'è ovvio, l'A. segnala solo i frammenti che connette alla clausola che sta ricostruendo, non quelli che, come in questo caso, esclude: probabilmente fu dettata dall'esigenza di ribadire la nuova scelta (e, forse, dalla consapevolezza che essa poteva apparire *difficilior* rispetto alla precedente). L'avvertenza è stata conservata in *EP*, 32 nt. 5.

⁴² Qui, infatti, lo colloca Lenel, *Pal.* II, Ulp. 183 e *EP*, 53 nt. 2.

⁴³ Questa proposizione, indispensabile per intendere il testo di Paolo, è tratta da Gai. 1 *ad l. XII Tab.* D. 2.4.18.

etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

Prima di cercare di stabilire quali punti di contatto vi siano fra il testo di Paolo e quello di Ulpiano cui Lenel rinviava (lasciando intendere che la *sedes materiae* di quest'ultimo brano, sicuramente determinabile, valesse anche per il testo di Paolo) è opportuno inquadrare la proposizione commentata da Ulpiano "*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*" nella clausola edittale di cui faceva parte⁴⁴.

Stando alle magre notizie di cui si dispone, la clausola edittale in cui essa si iscriveva aveva press'a poco il seguente contenuto⁴⁵: il pretore attribuiva ai magistrati locali il potere (esorbitante dalla loro *iurisdictio*) di ordinare, a richiesta di parte, la *cautio damni infecti* e, qualora la *cautio* non fosse stata prestata, di autorizzare il richiedente ad immettersi nel bene da cui temeva il danno⁴⁶. Quest'immissione era quella oggi definita *ex primo decreto*, riservandosi il pretore quella definitiva (*ad usucapionem*)⁴⁷. L'immissione *ex primo decreto* consentiva al richiedente di entrare accanto al proprietario nella detenzione del fondo da cui temeva il danno. Questa condizione, da un lato, esercitava sul proprietario una pressione, ovviamente per il disagio che derivava dalla co-detenzione; d'altro lato, faceva conseguire al detentore quella facoltà di intervento sul bene che fosse necessaria alla tutela del proprio interesse, in primo luogo, pertanto, la facoltà di compiere le riparazioni opportune per eliminare lo stato di pericolo.

Dal pretore i magistrati locali non ricevevano solo poteri, bensì anche un avvertimento: se il magistrato municipale debitamente adito non avesse curato come dovuto l'esecuzione delle disposizioni edittali, il pretore prometteva contro di lui un giudizio, trasmissibile attivamente e passivamente, in forza del quale il magistrato negligente sarebbe stato condannato a pagare una somma pari al pregiudizio subito dall'istante per il fatto che la *cautio damni infecti* non era stata prestata⁴⁸.

In quale fase della procedura così scandita si collocava il *domum denuntiari ei qui aberit*⁴⁹, la notifica all'abitazione dell'assente?

⁴⁴ In cui la recepisce testualmente Lenel, *EP*, 53.

⁴⁵ Seguo Lenel, *op. lc. cit.* (l'A. non si sofferma sulla *denuntiatio*). V. anche U. Burckhard, in F. Glück, *Commentario alle Pandette. Libro XXXIX. Parte II*, trad. it. P. Bonfante, Milano 1905, 359 s.

⁴⁶ L'ordine di prestare *cautio* e l'immissione nel possesso sono atti *magis imperii quam iurisdictionis* (Ulp. 1 *ad edict.* D. 2.1.4), preclusi ai magistrati locali (Paul. 1 *ad edict.* D. 50.1.26 pr.), salvo appunto che su delegazione (Paul. 1 *ad edict.* D. 39.2.1). Sugli atti di competenza dei magistrati municipali, vd. per tutti D. Nörr, *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli 2002, VI, 75 ss., spec. 84.

⁴⁷ Il magistrato locale non spettava, quindi, né la *missio ex secundo decreto* né l'*actio in factum* né l'ordine di *ex causa decedere de possessione* (Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4.3-4).

⁴⁸ Il giudizio non viene concesso nel caso in cui il municipio fosse tanto vicino a Roma che il postulante - non impedito dal magistrato - si potesse rivolgere direttamente al pretore: Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4.9.

⁴⁹ Sul *denuntiare domum* v. Th. Kipp, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprozess*, Leipzig 1887, spec. 49 ss.; 159 ss.; G. Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. II. L'introduzione del giudizio*, 1, Milano 1979, 25 ss.; altra bibl. in E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 1, Napoli 2002, 67 nt. 92. I testi più significativi sul *domum denuntiare* sono: Cic. *Quinct.* 54; *Tab. Heracl.*, lin. 36; Ulp. 71 *ad edict.* D. 43.24.5.2; Ulp. 34 *ad edict.* D. 25.3.1.1-2. - Per un rinnovato studio sulla *denuntiatio* in senso stretto, come atto introduttivo del processo in provincia (rispetto alla quale è corretto fare valere le analogie con l'*in ius vocare*), sono invece significativi i documenti del cd. Archivio di Babatha, spec. P. Yadin 14; 23-26: vd. D. Nörr, *Prozessuales*

Per deciderlo, è necessario ricostruire analiticamente lo svolgimento della procedura. A questo fine ci si può servire del cap. XX della *Lex de Gallia Cisalpina*⁵⁰. La norma prevede che il magistrato locale rivolga l'ordine di prestare la *cautio a quei in ius eductus erit*. Se ne ricava una prima inferenza: il decreto del magistrato, con il quale si imponeva (o si rifiutava di imporre) la cauzione, presupponeva la presenza *in iure* di colui dal quale si esigeva la cauzione⁵¹. La sua presenza *in iure* era ottenuta - ed è questa la seconda inferenza che si può trarre dall'espressione *in ius eductus*⁵² - mediante una citazione privata operata dal richiedente, cioè un atto confrontabile all'*in ius vocare* introduttivo di un'azione⁵³.

aus dem Babatha-Archiv, in Id., *Historiae Iuris Antiqui*, hrsg. T.J. Chiusi, W. Kaiser, H.-D. Spengler, 3, Goldbach 2003, spec. 335 ss.

⁵⁰ Su cui vd. G. Gulina, *I modelli urbano e municipale cisalpino del procedimento di danno temuto*, in corso di stampa in *Gli statuti municipali* (Collegio di diritto romano Cedant 2004).

⁵¹ Che è cosa diversa dal dire che la *cautio* dovesse essere stipulata *in iure* (esattamente, Burckhard, *Commentario*, 361 nt. 63; 364 e nt. 72). Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4 pr.-1 sembra in effetti introdurre un passaggio ulteriore rispetto al procedimento descritto dalla *Lex Rubria*, ossia la fissazione da parte del magistrato di un termine per la prestazione della cauzione, scaduto invano il quale il magistrato decreterà la *missio in possessionem*. Sembra però che il procedimento (almeno, quello sotteso al trattato di Ulpiano) preveda che il convenuto presente *in iure* (*in ius eductus*, secondo la terminologia della *Lex Rubria*) riceva ordine di promettere entro un termine (dunque non sia tenuto a promettere seduta stante, davanti al magistrato). Se il termine scade senza che la *cautio* sia stipulata, l'istante si rivolge nuovamente al magistrato, per postulare la *missio*. I problemi, rispetto a questa interpretazione, sorgono dal fatto che nel testo di Ulpiano è il pretore a fissare il termine per la prestazione della *cautio* (e a disporre l'eventuale ricerca del convenuto). Quest'intervento del pretore (o governatore) volto a stabilire il termine entro il quale il convenuto deve prestare la *cautio* non è tuttavia facile da iscriverne in un procedimento che, come scrive lo stesso Ulpiano, è stato delegato per ragioni di celerità ai magistrati municipali, ai quali, in particolare, è stato appunto deferito il potere di ordinare la *cautio*. In effetti, Lenel, *Pal.*, II, 422 nt. 5, ritiene che nella frase *Si intra diem a praetore consituendum* l'inciso *a praetore consituendum* non sia ulpiano; si potrebbe dunque trattare di un rimaneggiamento effettuato dai giustinianeî, del genere di quello segnalato oltre nel testo (a proposito di *iubeam* in Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4.5), volto a unificare la disciplina della *cautio*, distinta nell'editto fra magistrati municipali e pretore.

⁵² La locuzione (*in ius*) *educere* ricorre anche altrove: *Lex rep.*, lin. 6 (*is eum unde petet in ius educto*); lin. 19 (*in ius educto nomenque eius deferto*); Cic. II *in Verr.* 2.63: *Quisquis erat eductus senator Syracusanus ab Heraclio, duci iubebat*; 3.56: *Domum ad istum in ius eductus est*; 3.152: *Aditum est ad Metellum, eductus est Apronius, eduxit vir primarius C. Gallus senator, postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium*; Sen. *Controv.* 3 praef. 17: *Ad alterum praetorem eduxi et ingrati postulavi*; 10.1: *Dives eduxit in ius eum et postulavit, ut, si quid suspicaretur, accusaret se*; Ascon., p. 75,10 K.: *Graeci qui spoliati erant eduxerunt Antonium in ius ad M. Lucillum praetorem qui ius inter peregrinos dicebat*; Quintil. 7.8.4 (testo riportato *supra*, § 2); Ps. Quintil. *decl. min.* 259; 387; Gell. 11.17.2: *In quodam edicto antiquiore ita scriptum invenimus: Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis eorum ad me eductus fuerit, qui dicatur, quod eum ex lege locationis facere oportuerit, non fecisse*; 13.13.4: *M. Laevinus aedilis curulis a privato ad praetorem in ius est eductus; nunc stipati servis publicis non modo prendi non possunt, sed etiam ultro submovent populum* (usato come sinonimo di *in ius vocare*, forse con particolare riferimento alla fase dell'apprensione fisica). Cfr. anche *Lex de prov. praet.*, Delphi, C lin. 29 (tradotto peraltro da Crawford, *Roman Statutes*, 251: *praetor, cui de ea re in ius aditum erit*). E' da considerare, per un quadro completo, anche l'espressione *in ius ducere*, tenuto conto del fatto che essa compare precisamente nelle disposizioni delle Dodici Tavole dedicate alla chiamata in giudizio: *Tab. 3.2: Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*; vd. inoltre Ter. *Eun.* 768: *Si uim faciet, in ius ducito hominem: intellexti n'?*; Cic. Att. 16.15.2: *Possumus enim, ut sponsores <non> appellentur, procuratores in ius ducere; neque enim illi litem contestabuntur*; Liv. 2.27.8: *Cum in ius duci debitorem vidissent, undique convolabant*. Dall'insieme delle fonti, è difficile trarre un'indicazione univoca né ci si può attendere uniformità di linguaggio in documenti di genere diverso e dispersi nell'arco di secoli. Indubbiamente, *educere* (in modo più accentuato rispetto a *ducere*) esprime spesso l'idea di un rapporto di potere, in forza del quale taluno è costretto a seguire un altro (ad es., in ambito militare, *exercitum educere*). Resta tuttavia aperto se la costruzione sia fisica (nel qual caso *in ius educere* equivarrebbe alla fase della vera e propria *manus iniectio* applicata al *vocatus* renitente) oppure anche solo giuridica (quale discende anche dalla semplice *vocatio*, la quale fa sorgere, in forza di XII Tab. 1.1, l'obbligo di seguire *in ius* il *vocans*). Il modo di esprimersi di *Tab. 3.2: Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*, farebbe inclinare verso la prima alternativa (così anche Liv. 2.27.8 e Gell. 13.13.4, forse anche Cic. II *in Verr.* 2.63); resta la possibilità che, in altri contesti (fra cui Quintil. 7.8.4), *in ius educere* indichi genericamente il risultato di condurre davanti al magistrato, senza distinguere se ciò avvenga con o senza il ricorso alla forza fisica da parte dell'attore. Ciò è

Che cosa significhi "*qui aberit*" nell'editto del pretore si capisce, allora, per contrasto: si tratta del proprietario dell'immobile pericolante che non compaia *in iure*. Non importa la ragione della mancata comparizione. Pomponio e Ulpiano - interpretando le parole "*ei qui aberit*" - affermano infatti che "è assente" (*abesse*) anche *qui in iure non est* (D. 39.2.4.5), intendendo appunto che per determinare l'assenza non occorre che il legittimato passivo si trovi, ad es., fuori del municipio né che debba essere andata a vuoto una preventiva *in ius vocatio*: è sufficiente il fatto obiettivo che egli non sia presente *in iure*⁵⁴.

E', dunque, a lui, presso la sua abitazione, che si effettua la notifica, cioè l'avviso che un procedimento è stato messo in moto dalla *postulatio* di chi teme il danno.

Quel che resta da capire è quale atto del procedimento debba essere preceduto da questa notifica presso la *domus*. La risposta si ottiene per esclusione: la clausola edittale si occupa degli atti di competenza del magistrato locale e tali atti sono due soltanto, l'ordine di prestare la *cautio* e la *missio in possessionem* (Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4.3: *Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit*). Quale dei due deve essere preceduto dalla *denuntiatio*? Non può essere l'ordine di prestare la *cautio*, perché presuppone la presenza *in iure* del legittimato passivo, mentre la *denuntiatio* si effettua proprio in caso di assenza. Per esclusione, perciò, l'atto il cui compimento deve essere preceduto dalla *denuntiatio* al domicilio dell'assente risulta essere la *missio in possessionem (ex primo decreto)*⁵⁵.

tanto più plausibile quando, come nell'ambito della *lex Rubria*, si usa l'espressione *in ius eductus*, che fa riferimento al risultato finale (cioè alla presenza *in iure*) e non alle modalità per ottenerlo.

⁵³ Diversamente, Burckhard, *Commentario*, 361 nt. 60, inferisce dall'espressione *in ius educere* che "la citazione seguiva a mezzo di usciere", ma senza procedere a un'analisi delle occorrenze di *in ius educere* nelle altre fonti, dalle quali non emerge tale significato (vd. *supra*, nt. prec.). La sua interpretazione si basa, piuttosto, su una complessiva ricostruzione del *denuntiare domum* come *denuntiatio ex auctoritate*, per cui si richiama Fr. Vat. 167, in tema di *potioris nominatio*. Se bene intendo, l'A. suppone che la *denuntiatio domum (ex auctoritate)* fosse preceduta da una "citazione privata di comparire davanti al magistrato", diversa peraltro dalla *in ius vocatio* (il che non sembra facile da comprendere). Inoltre, rispetto alla ricostruzione del procedimento che qui si propone, l'A. ritiene che la *denuntiatio domum* (intesa appunto come *evocatio* pretoria rimessa dall'istante all'avversario) intervenisse in caso di assenza dalla prima udienza, quella nella quale il pretore avrebbe emesso l'ordine di *cavere*. Quest'interpretazione non è facilmente coordinabile (anche se non del tutto in conflitto: vd. nt.) con la posizione della clausola edittale che prevede la *denuntiatio domum*, che è legata (attraverso l'avverbio *prius*) alla *missio in possessionem*. Infine, ma prima di tutto per importanza, la locuzione stessa *denuntiare domum* non combacia con l'ipotesi che si tratti di una *denuntiatio ex auctoritate* e, al contrario, coincide con il semplice avviso di procedimento in corso, analogo a quello che, secondo Cicerone, un uomo perbene avrebbe dovuto effettuare, dopo avere constatato che l'avversario aveva fatto andare deserto il *vadimonium* (nel nostro caso, non ha ottemperato al *iussum* di prestare la *cautio*) prima di richiedere al pretore la *missio in bona* (Cic. *Quinct.* 53: riportato *infra* nel testo).

⁵⁴ E, ovviamente, che non subentri nemmeno per lui un rappresentante. Si veda, anche Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance*, 242.

⁵⁵ Così, analiticamente, Burckhard, *Commento*, 361, 373 ss., 397, 408. Una sfumatura distingue la sua ricostruzione da quella qui proposta (fatto salvo, ovviamente, ciò che si dirà più avanti circa la necessità di emendare il testo). L'A. sembra vedere in una prima citazione privata (a suo avviso diversa dall'*in ius vocare*) e nella *denuntiatio* una sorta di *escalation*, finalizzata ad ottenere la comparizione del soggetto da cui si pretende la cauzione. Nel testo, invece, si sottolinea il rapporto fra la *denuntiatio* e la *missio*, l'essere, cioè la prima un requisito di legittimità della seconda. Ben si intende, tuttavia, che la *denuntiatio* può indurre il denunciato a comparire *in ius* e a prestare la *cautio*, rendendo così inutile la *missio*.

Riassumendo, la procedura per tutelarsi in caso di danno temuto si svolgeva come segue: il postulante chiamava *in ius* il proprietario dell'immobile pericolante e chiedeva al magistrato che ordinasse a costui di prestare la *cautio*. Se l'intimato non concludeva la *stipulatio* (entro il termine fissato dal magistrato)⁵⁶, il postulante poteva chiedere di essere immesso nel bene pericolante. Il pretore riteneva tuttavia necessario avvertire il convenuto dell'imminente immissione che sarebbe stata decretata⁵⁷: a ciò serviva la *denuntiatio* che il postulante era tenuto ad effettuare al domicilio dell'assente, ovvero - come precisa la giurisprudenza - in caso fosse sconosciuto il suo domicilio, era tenuto ad effettuare presso lo stesso fondo minacciante, al suo procuratore o inquilino.

Precisati i contenuti, si può ora tornare alla proposizione edittale "*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*". La frase, così come la si legge nel ms. fiorentino (fol. 195v, col. II, lin. 3), non può che lasciare perplessi. Essa - questo è il problema - stride con lo stile del linguaggio edittale. Se la lezione fosse genuina, questo sarebbe, infatti, l'unico caso in tutto l'editto nel quale il pretore usa una concessiva per indicare un atto di propria spettanza; egli, infatti, ricorre invece costantemente alla prima persona del futuro indicativo (*iubebo, iudicium dabo, animadvertam, etc.*)⁵⁸.

Se, messi in guardia dallo scarto che essa rivela rispetto allo stile edittale, la si esamina con attenzione, ci si avvede allora di una duplice anomalia, formale e di contenuto.

Innanzitutto, stando alla forma attuale della frase, il pretore, che è il parlante (*praetor ait*), avverte sé stesso di una condizione di legittimità del decreto del duoviro (ossia, come si è visto, il decreto che autorizza la *missio in possessionem*), condizione che, paradossalmente, consiste in un ordine del pretore stesso.

La seconda incongruenza è sostanziale. Sempre stando all'attuale lezione, il (primo) decreto di *missio* deve essere preceduto da un atto del pretore (l'ordine di *denuntiare domum*). La contraddizione è evidente. Come avverte esplicitamente Ulpiano, la *missio* viene delegata al magistrato locale proprio a motivo dell'urgenza del procedimento (Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.1: *Cum res damni infecti celeritatem*

⁵⁶ Entro il termine stabilito: vd. *supra*, nt. 51.

⁵⁷ Tenendo fede a questa ricostruzione - che è legata all'ipotesi che Ulp. D. 39.2.4 pr.-1 originariamente attestasse la competenza del magistrato municipale a statuire il termine per la prestazione della *cautio* (vd. *supra*, nt.) - il convenuto era già stato informato del procedimento, poiché si suppone che egli avesse ricevuto *in iure* il decreto con il quale il magistrato gli ordinava di stipulare la *cautio* entro una certa data. La *denuntiatio domum* era dunque - in questa prospettiva - un secondo avvertimento, prima di decretare la *missio*. Ammesso che questo fosse l'*iter* normale (come lascerebbe intendere il collegamento della *denuntiatio* alla *missio* nella clausola edittale), si può, peraltro, pensare che la *denuntiatio* potesse servire anche come prima notifica all'avversario assente, che non si era potuto *educere in ius* per fargli rivolgere l'ordine di prestare la *cautio*. In tal caso, in altri termini, si procedeva (senza ordine di *cautio*) immediatamente alla *missio*. Un'ipotesi alternativa è, infine, che l'ordine di prestare la *cautio* fosse emesso anche in caso di assenza *in iure* dell'avversario (e in qualche forma divulgato), e che solo in tal caso, decorso invano il termine senza che costui stipulasse la *cautio*, la immissione nel possesso fosse subordinata alla *denuntiatio domum* (quest'ultima possibilità è tuttavia esclusa, probabilmente a ragione, da Burckhard, *Commentario*, 374, per il quale l'ordine di *cavere* richiede un contraddittore presente di persona).

⁵⁸ Nella clausola in esame, ci si aspetterebbe quindi la forma "*ei qui aberit, prius domum denuntiari iubebo*". Quest'osservazione è, a mio parere, un ostacolo insormontabile anche ad un'interpretazione che collegasse - come è pur sempre possibile, data la frammentarietà della tradizione della clausola edittale - l'ordine pretorio alla *missio ex secundo decreto* ordinata dallo stesso pretore.

desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit). E' evidente che subordinare l'immissione nel possesso al preventivo ordine di *denuntiatio* emanato dal pretore (o governatore), al cui tribunale si sarebbe dovuto recare l'istante, vanificherebbe le ragioni della delega.

Oltretutto, il pretore, che delega al magistrato municipale poteri notevoli in questa materia, si riserverebbe un atto, quale appunto l'ordine rivolto al postulante di effettuare la *denuntiatio domum*, che è meramente strumentale e di nessuna incisività nella sfera delle parti, anzi è una garanzia per il legittimato passivo, dettata allo scopo di attrarre la sua attenzione prima di subire l'immissione nella detenzione⁵⁹.

Come spiegare queste anomalie? La risposta sembra suggerita ancora una volta dallo stile normativo. La forma "*dum* + cong. presente", propria della proposizione edittale che stiamo esaminando, è molto frequente nei testi legislativi ed edittali. Osservandone gli impieghi, si constata che essa ricorre quando, nell'attribuire un potere o assegnare un compito, se ne vogliono stabilire anche i limiti⁶⁰; coerentemente, essa richiede - proprio per la distinzione fra emittente e destinatario - la 3a pers. sing.

Questo tipo di situazione comunicativa si adatta perfettamente, in linea di principio, alla clausola edittale di cui si sta discutendo. Con essa, infatti, il pretore attribuisce ai magistrati locali la competenza in materia di *cautio damni infecti* e il previo ordine di *denuntiari domum* vi figura come requisito di validità di un atto (cioè come limite).

Può essere utile, prima di trarre le conclusioni, prendere in esame un esempio di questa tecnica normativa. Proprio nel cap. XX della *Lex de Gallia Cisalpina*, che rappresenta anche nella sostanza un testo analogo alla clausola edittale in esame (con la differenza che nella *Lex de Gallia Cisalpina* la delega ai magistrati locali in tema di *cautio damni infecti* è effettuata appunto per legge, invece che per editto pretorio), alla lin. 19-22, si stabilisce che, in caso di mancata promessa per il danno temuto, la concessione di un giudizio e l'ordine di giudicare emanati dal magistrato locale nonché la sentenza stessa saranno validi a tutti gli effetti "purché (il magistrato locale)... conceda il giudizio con queste parole e in questo modo ordini di giudicare...ecc." (*quod ita iudicium datum iudicareue iussum iudicatum erit, ius ratumque esto, dum in ea uerba... iudicium det itaque iudicare iubeat eqs.*)⁶¹. Come si vede, la concessiva introdotta da *dum* enuncia una condizione di validità degli atti

⁵⁹ La lezione tràdita *iubeam* potrebbe essere mantenuta accettando la spiegazione di Burckhard, Commentario, 361, che si tratti di una *denuntiatio ex auctoritate*, cioè di un'*evocatio* del pretore notificata dall'istante all'avversario, presso il domicilio. Questa spiegazione, a parte alcuni dubbi segnalati supra, nt. , renderebbe tuttavia poco comprensibile il commento di Pomponio, che precisa le modalità dell'avviso, precisazione inutile se l'atto fosse consistito nella notifica dell'*evocatio* pretoria.

⁶⁰ V. *Roman Statutes*, II, *Index of Latin words*, 823, sv. *dum*.

⁶¹ Altri esempi particolarmente significativi di concessive nel linguaggio normativo: *Lex rep.*, lin. 13; *Lex Cornel. de XX q.*, II, lin. 14. Nell'editto del pretore, questa forma ricorre più volte nelle formule degli interdetti, ad indicare sempre, anche qui, una limitazione della facoltà del privato che viene tutelata dal pretore attraverso l'interdetto stesso: Ulp. 68 *ad edict.* D. 43.11.1 pr.; D. 43.15.1 pr. (*dum...fiat*); 70 *ad edict.* D. 43.21.1 pr. (*dum... ne ducat*); D. 43.22.1.6 (*dum ne aliter utaris...*; qui la 2a pers. dipende dalla redazione in 2a pers. dell'interdetto; resta invariata la distinzione fra emittente-pretore e destinatario-soggetto della concessiva).

del duoviro, costituita da un comportamento posto in essere dal duoviro stesso (in questo caso, egli deve conformare esattamente i *concepta verba* del concreto giudizio alla *formula* inclusa nella legge).

La concessiva '*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*', contenuta nell'editto, rientra in questa tipologia. Il confronto suggerisce di emendarla in '*iubea<t>*', sostituendo cioè l'inusitata 1a pers. sing. con la tipica 3a sing. In questa forma, il pretore afferma che il magistrato locale può autorizzare l'immissione nel bene da cui si teme il danno, purché prima il magistrato stesso ordini (al postulante) di notificare al domicilio dell'assente il procedimento in corso⁶².

Pur con i notevoli riscontri che la corroborano, quest'emendazione è, ovviamente, una semplice congettura, che lo stato del frammento ulpiano su cui si basa in gran parte la conoscenza dell'editto rende difficile da verificare⁶³.

A conferirle un'ulteriore consistenza, contribuisce il fatto che l'alterazione sembra avere una genesi determinabile. Se ci si interroga sulla eventuale eziologia di questa ipotizzata menda del testo, si vede infatti che essa potrebbe risiedere in un'alterazione intenzionale dei compilatori, piuttosto che in un (di per sé non inconcepibile) errore di copista.

I compilatori giustinianeï, infatti, unificarono sotto il titolo D. 39.2 *De damno infecto (et de suggrundis et proiectionibus)* la disciplina dell'istituto pretorio, che nell'editto era dispersa in ben tre rubriche (*EP* § 3, 175, 292). Ciò comportò, in particolare, la soppressione quasi totale della clausola che riguardava la competenza dei magistrati locali (*EP* § 3), a vantaggio di quella relativa alla giurisdizione pretoria (*EP* § 175)⁶⁴. Della prima mantennero solo alcuni frustuli, che potevano adattarsi

⁶² Lo stesso significato si sarebbe potuto ottenere formulando la clausola in modo che la *denuntiatio* apparisse un onere del privato (es. *ei, qui domum ei qui aberit denuntiaverit, in possessionem eius rei ire iubeat [scil.: duumvir]*, sul tipo *ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare, damni infecti nomine satisfacere iubebo*, Ulp. 53 *ad edict.* D. 39.2.7 pr.). E' possibile che sia stato scelto di incentrare la comunicazione sul duoviro, trattandosi di una clausola che delega poteri e stabilisce delle responsabilità a suo carico.

⁶³ In particolare, a una lettura superficiale, può fare impressione che nel commentare la clausola in oggetto "*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubea<t>*", Ulpiano (o meglio Pomponio) affermi *verecunde praetorem denuntiari iubere*. Sembrerebbe, infatti, ribadito che fosse il pretore a ordinare la *denuntiatio domum* e che, pertanto, sia corretta la lezione *denuntiari iubeam*. Per dare conto di questo apparente conflitto, si potrebbe ovviamente supporre che, come *iubeat* è stato modificato (secondo la congettura qui prospettata) in *iubeam*, al fine di eliminare la figura dei magistrati municipali, così i giustinianeï abbiano coerentemente sostituito l'attuale *praetorem* al posto dell'originario *duumvirum*. Che quest'ipotesi non sia un rimedio arbitrario – di quelli ai quali troppo spesso ancor oggi si ricorre per fare quadrare i testi con le interpretazioni – è indicato dal fatto che da tempo è stata segnalata un'altra interpolazione del medesimo segno: nel § 1 del medesimo fr. 4 D. 39.2 (*si intra diem a <praetore> constituendum*: Lenel), il riferimento all'ordine emesso dal magistrato municipale è probabilmente soppresso e sostituito con la menzione del pretore. Ciò detto, in realtà non è nemmeno necessario supporre che il riferimento al pretore nella frase *...praetorem denuntiari iubere* del § 6 sia dovuto ad interpolazione. Come si vede anche meglio nella successiva espressione *... praetorem exigere denuntiationem*, poi sciolto in *haec pars edicti* (Ulp. D. 39.2.4.6), dicendo *praetor* il giurista intende, verosimilmente, l'editto pretorio (si ricordi che le citazioni edittali sono aperte dalla didascalia "*ait praetor*"). In altri termini, Pomponio/Ulpiano non si riferisce al *iussum* concreto di *denuntiare domum*, emesso dal magistrato locale, bensì alla norma dell'editto del pretore che impone al magistrato locale di emettere il *iussum*: perciò il testo, menzionando il *praetor* (intendendo l'editto), si presentava fin dall'origine in una forma confacente alle intenzioni dei giustinianeï. Già Kipp. *Die Litisdenuktion*, 166, interpretava correttamente queste espressioni come riferite non già all'ordine concreto, emanato dal magistrato municipale, bensì "einer allgemeinen Rechtsvorschrift". Messosi sulla strada che anche a noi pare quella giusta, tuttavia, l'A. non compiva l'ultimo passo, quello di emendare conformemente l'editto, in *iubea<t>* per far sì che esso si presenti come norma del pretore rivolta ai magistrati municipali.

⁶⁴ La terza rubrica (*EP* § 292) conteneva le formule delle *cautiones* ed era, quindi, per così dire comune.

anche al regime unificato. Fra essi, rientra anche la disposizione relativa al *denuntiare domum*⁶⁵.

Benché questa disposizione, dal punto di vista sostanziale, potesse essere mantenuta anche nel quadro della nuova disciplina⁶⁶, l'uso della 3 pers. sing. sarebbe tuttavia riuscito incomprensibile, essendo stato soppresso il contesto - precisamente, il resto della clausola - da cui risultava appunto la divisione dei compiti fra il pretore e il magistrato locale, cui la 3a persona si riferiva. Nel nuovo regime unitario dell'istituto, in cui l'unico protagonista doveva essere il pretore, l'adattamento più semplice sarebbe stato quello di trasformare *iubeat* in *iubeam*, con la conseguente scomparsa di ogni implicito riferimento al magistrato locale.

6. Critica della collocazione leneliana di Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 (fr. 89 L.).

Quale che sia la lezione da preferire a proposito dell'ordine di *denuntiare domum*, la questione è senza conseguenze sul confronto fra il testo di Ulpiano (D. 39.2.4.5) e quello di Paolo (D. 2.4.19, 21 = D. 50.17.103), al quale conviene ora tornare alla ricerca dei punti di contatto che spinsero Lenel a ritenere che anche il secondo, così come il primo, si riferisse alla clausola edittale che attribuiva ai magistrati locali alcuni poteri in materia di *cautio damni infecti*.

D'acchito, le affinità sono evidenti: entrambi i testi si occupano di un "avviso" a fini di giustizia (la chiamata in giudizio, quello di Paolo; la notifica del procedimento in corso, quello di Ulpiano) da effettuarsi a domicilio.

Dopo avere riferito la proposizione edittale, Ulpiano procede al commento lemmatico. Innanzitutto interpreta "*aberit*". E' assente, dice confermando l'opinione di Pomponio, anche chi semplicemente non si trovi davanti al magistrato giudicante, senza che rilevi - ciò vuol dire il giurista - il fatto che egli si trovi o meno nel municipio. Ai fini del nostro editto, insomma, conta il fatto obiettivo della mancata comparizione davanti al magistrato giudicante, senza che si debba indagare oltre. Questa interpretazione, evidentemente, è tuzioristica per l'assente: infatti, il postulante, prima di ottenere dal duoviro l'autorizzazione ad immettersi nella detenzione del bene pericolante, dovrà sempre effettuare l'avviso al domicilio dell'avversario non comparso *in iure*, anche quando possa dimostrare, per avventura, che egli non è affatto in terre lontane, bensì si trova entro il perimetro del municipio.

Sempre a Pomponio, stando alla forma infinitiva, sembra risalire la precisazione che la *denuntiatio* prescritta dall'editto - così infatti mi pare da intendere il riferimento al pretore, con riguardo cioè alla disposizione astratta e non al comando concreto, che spettava al magistrato municipale - deve essere compiuta con riguardo,

⁶⁵ Come è stato più volte detto, Ulp. 1 ad edict. D. 39.2.4.5, che tratta del *domum denuntiarum*, riguardava appunto l'editto sulla *cautio damni infecti* municipale.

⁶⁶ E' controverso se l'obbligo di procedere alla *denuntiatio* fosse previsto anche dall'editto urbano e peregrino, ossia fosse imposto anche a chi chiedesse la *cautio damni infecti* ai pretori in Roma. Per l'affermativa, con buoni argomenti tratti essenzialmente dall'analogia fra il procedimento municipale e quello urbano, v. G. Branca, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 194 ss. Non può tuttavia non colpire la mancata menzione della *denuntiatio* nella fedele relazione dell'editto urbano che si legge in D. 39.2. Vd. anche supra, nt. 58.

direi con riservatezza (*verecunde*): l'avversario non deve essere estratto con la forza dalla propria casa⁶⁷.

Il commento si sposta sul lemma "*domum*", qui accompagnato - come se si trattasse di citazione letterale dall'editto - dalla relativa "*in quam degit*", che ha suscitato qualche rimostranza. Mommsen proponeva di espungerla (*Dig. ed. minor, ad h.l.*). Da un punto di vista formale, "*in quam*" è inammissibile; ci si aspetta "*in qua*". Naturalmente si può ammettere un errore meccanico, ad esempio per attrazione dell'accusativo *domum*. Si potrebbe anche proporre una ipotesi più sofisticata, supponendo che si caduta la parola "*diem*" o simile, lasciando solo la lettera finale: "*in qua <die>m degit*". In effetti, l'uso assoluto di *degere* (da *de-ago*) è alternativo a quello con l'oggetto (*vitam, aetatem* o, appunto *diem degere*, paleograficamente più probabile causa d'errore).

Tuttavia, benché l'errore possa esse spiegato in un modo o nell'altro, la presenza della relativa nell'originale ulpiano è da scartare per motivi sostanziali. Sarebbe davvero strano, se l'editto fosse stato scritto così, che Ulpiano sentisse il bisogno di affermare che esso doveva intendersi nel senso che "anche se abita in casa d'altri, lì gli si deve fare la notifica", dato che ciò sarebbe stato reso più che evidente dal riferimento esplicito al luogo della sua degenza. E' spontaneo, quindi, pensare ad una glossa esplicativa che introdusse nel testo ciò che ricava dal commento.

L'*interpretatio* prosegue e si conclude con l'osservazione che se l'avversario non abbia nemmeno un'abitazione (oltre a non avere una casa propria), la notifica deve effettuarsi presso il fondo stesso (s'intende: pericolante) rivolgendosi al procuratore o all'inquilino.

Esaminato il contenuto del passo di Ulpiano, torniamo al confronto con Paolo.

Nei due brani ricorre una frase pressoché identica, "*de domo sua nemo extrahi debet*" in Paolo, "*non extrahi de domo sua*" in Ulpiano. Per entrambi i giuristi, cioè, l'attore deve limitarsi a una comunicazione, senza che possa estrarre a forza il convenuto da casa, per condurlo davanti al magistrato giudicante⁶⁸.

Detto delle coincidenze fra i due testi, mi pare si debba riconoscere che le differenze sono tuttavia prevalenti⁶⁹. Innanzitutto, non si vedrebbe per quale motivo Paolo, se stesse davvero commentando la clausola "*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubea<t>*", arbitrariamente sostituisca a "*denuntiare*" "*in ius vocare*". Non

⁶⁷ Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 1, 69 nt. 94, ritiene che qui Pomponio – come Giuliano in D. 2.4.19 - proponesse "una breccia" nel "tabù" dell'illiceità del *in ius vocari de domo*. In realtà, com'è chiaro, non era Pomponio a proporre che la *denuntiatio* si effettuasse presso la *domus*, bensì ciò era stabilito positivamente dalla norma edittale. S'aggiunga che la funzione della *denuntiatio* nel contesto della procedura per danno temuto la rende irriducibile all'*in ius vocare* – nonostante l'apparente analogia rilevata dall'A. –, costituendo la *denuntiatio* soltanto un onere a carico dell'istante, di dare avviso della procedura in corso, la quale proseguirà anche in assenza del convenuto; l'*in ius vocare* è invece un atto che dà diritto all'attore di ottenere la presenza *in iure* del convenuto, ai fini della sua necessaria cooperazione.

⁶⁸ Se, nel caso di Paolo, la precisazione dipende dal contesto - in cui si trattano dei limiti dell'*in ius vocare* -, nel caso di Ulpiano essa è suggerita dal testo edittale, che menziona la *domus* e avrebbe potuto interpretarsi come attributivo di speciali poteri.

⁶⁹ Di recente, A. Rodger, *Vadimonium to Rome*, in *ZSS* 114 (1997) 175 s., giudica persuasivo – ai fini palinogenetici - il parallelo istaurato da Lenel fra D. 2.4.21 e D. 39.2.4.5; lo stesso A. - che, dato il contesto, comprensibilmente tratta la questione in modo incidentale - non esclude tuttavia che il passo di Paolo possa essere connesso all'ed. sull'*in ius vocatio*, che è l'opinione che ci pare preferibile.

c'è dubbio, infatti, che le operazioni giuridiche designate da queste due locuzioni siano diverse⁷⁰. *Denuntiare* significa dare avviso (dell'esistenza del procedimento in corso); coerentemente, Ulpiano avverte che, quando non sia possibile effettuare la notifica all'abitazione del legittimato passivo, la *denuntiatio* deve essere effettuata presso il fondo (da cui si teme il danno) rivolgendosi al *procurator* o agli inquilini. Questo dimostra che - come dice il verbo stesso - il *denuntiare* non ha lo scopo di ottenere la comparizione in giudizio del legittimato passivo, bensì solo quello di rendere noto (a lui direttamente o a persone che rientrano nella sua sfera) che - non essendo egli presente *in iure* - si procederà all'immissione del postulante nel possesso del bene da cui si teme il danno.

E' suggestivo il parallelo che si può istaurare fra questo passo e un brano della arringa pronunciata da Cicerone in difesa di Quinzio (48-56)⁷¹. Cicerone vuol dimostrare che il comportamento di Sesto Nevio, benché legittimo, era contrario ai doveri sociali, all'*officium*. Nevio, fatto constatare che Quinzio aveva disertato il *vadimonium*, aveva richiesto immediatamente al pretore di essere immesso nel patrimonio dell'avversario, avviando così la *bonorum venditio*. Richiesta legittima, sì, perché la prevedeva l'editto: ma comportamento spregiudicato degno del sanguinoso dileggio ciceroniano "è molto più facile che un uomo scurrile diventi ricco che galantuomo", *de scurra multo facilius divitem quam patrem familias fieri posse* (*Quinct.* 55). Secondo Cicerone, un galantuomo, in questa situazione, tenuto poi conto dei rapporti di familiarità fra Nevio e il suo avversario, invece di correre dal pretore e fare la *proscriptio bonorum* avrebbe aspettato un po' e, solo dopo avere constatato che l'avversario continuava a prendersi gioco di lui (*ludificare*), si sarebbe rivolto agli *amici*, avrebbe chiesto chi fosse il *procurator*, avrebbe compiuto, infine, la *denuntiatio domum* (*Quinct.* 54). Solo allora si sarebbe rivolto al pretore per avviare l'esecuzione forzata.

Naturalmente, confrontando il modo d'agire che Cicerone raccomanda a un galantuomo e il commento che Ulpiano fa del *domum denuntiare*, si percepisce chiaramente, constatandone l'omogeneità, l'aderenza del *ius honorarium* alle pratiche sociali⁷². Del resto, nella *pro Quinctio*, Cicerone fa figurare che questo modo di agire appaia come quello che avrebbero consigliato i giureconsulti, in particolare C. Aquilio Gallo e L. Lucilio Balbo, che del primo, in questo processo era assessore (§ 54).

A differenza del *domum denuntiare*, l'*in ius vocare* di cui parla Paolo, invece, com'è ben noto, è un'intimazione rivolta al conveniendo per ottenere la sua comparizione in giudizio.

Il fatto che nei due testi ricorrano alternativamente *denuntiare* e *in ius vocare* segna, perciò, una netta distinzione fra di essi.

⁷⁰ Vd. *supra*, nt. .

⁷¹ Lo proponeva già Boyè, *La denuntiatio*, 135 s.; 211. Cfr. anche *Tab. Heracl.* lin. 32 s.; Ulp. D. 43.24.5.2; 25.3.1-2; 48.5.40.3

⁷² Nella *bonorum venditio* si trattava infatti di una procedura rimessa alla buona volontà dell'attore; l'editto non la prescriveva e prometteva immediatamente la *missio in bona*. Nel caso della *cautio damni infecti*, invece, il *domum denuntiare* era prescritto dal magistrato.

Questa precisazione, che mostra una prima divergenza fra i due testi che si volevano paralleli, apre la strada ad una seconda considerazione, decisiva per escludere che il passo di Paolo riguardi, come quello di Ulpiano, la *cautio damni infecti*. In D. 2.4.19, infatti, Paolo afferma che chi non è difeso e latita "subisce una pena sufficiente", "poiché il suo avversario viene immesso nel possesso dei suoi beni" (*satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius*).

Il punto cruciale è che questa conseguenza della *indefensio* colpisce unicamente chi si sottragga alla *in ius vocatio* in senso stretto, non già chi non presti la *cautio damni infecti*. Com'è noto, chi non presti la *cautio damni infecti* (o sia assente) subisce l'immissione nel possesso esclusivamente del bene da cui si teme il danno (*ex primo* oppure *ex secundo decreto*)⁷³. La *missio damni infecti nomine* non avviene, cioè, come l'immissione nei beni dell'*indefensus*, in un patrimonio nel suo complesso, bensì in un singolo elemento patrimoniale, che è l'edificio o il fondo ineditato che minaccia il danno⁷⁴. Dicendo "*mittitur adversarius in possessionem bonorum eius*" Paolo rivela di avere di mira l'immissione nel possesso di un patrimonio (i *bona* nel complesso) finalizzata alla *bonorum venditio*, che l'editto promette contro colui "*qui fraudationis causa latitabit*" (EP 205) e "*qui absens iudicio defensus non fuerit*" (EP § 206), cioè contro chi si sottrae all'instaurazione di un'azione *in personam*.

L'analogia fra i due testi è, quindi, solo superficiale: in realtà, essi trattano di istituti del tutto differenti e, quindi, il loro accostamento ai fini palinogenetici non è giustificato⁷⁵. Il testo di Ulpiano riguarda la *cautio damni infecti* di competenza del magistrato locale; il testo di Paolo, l'*in ius vocare*, cioè la chiamata finalizzata all'instaurazione di un giudizio, regolamentata prima dalle Dodici Tavole e poi dall'editto.

E' dunque inesatta la collocazione leneliana di Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, 21 nel titolo sulla *cautio damni infecti* municipale, basata sul falso apparentamento con il testo di Ulpiano e trascurando la diversa connessione del testo paolino con il regime della *in ius vocatio*.

7. Rettifica della palinogenesi di Paul. 1 *ad edict.* D. 2.4.19, 21 e collocazione del frammento omissso di Giuliano.

⁷³ Vd. Ulp. 53 *ad edict.* D. 39.2.7 pr.: "*eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse vudebitur, eiam possidere iubebo*", proposizione editale che riguarda il procedimento di *cautio damni infecti* instaurato davanti al pretore (EP § 175). Che anche nella procedura davanti al magistrato locale l'oggetto dell'immissione fosse la cosa da cui si temeva il danno (e non l'intero patrimonio), risulta nel modo più chiaro possibile da Ulp. 1 *ad edict.* D. 39.2.4.1 *si intra diem [constituendum a praetore] non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est*. Sull'interpolazione, vd. *supra*, nt. .

⁷⁴ Oppure la parte di quest'ultimo che appare *ruinosa*: D. 39.2.15.11; cfr. per il diverso caso degli edifici, 15.13, 14 e 38.1.

⁷⁵ E' interessante notare che J. Cujas, nei magistrali *In libros Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes* (*Opera*, VI, Prati, 1862, col. 22 s.) riferisca D. 2.4.19 alla *missio in possessionem bonorum* concessa contro il debitore assente che non sia difeso in giudizio, precisamente nel senso che qui gli si è attribuito. Al tempo stesso, accetta, in modo non chiaro nella sua portata, il collegamento con D. 39.2.5.4 e il riferimento alla *cautio damni infecti*.

Assodata l'estraneità rispetto all'editto sulla *cautio damni infecti* del passo di Paolo, occorre chiedersi se esista una diversa clausola edittale che dia ragione della presenza di un testo sull'*in ius vocare* nel primo libro di Paolo. La risposta è senz'altro affermativa: la clausola edittale *Si quis in ius vocatus ad eum, qui in municipio colonia foro iure dicundo praeerit, non ierit* (EP § 2)⁷⁶, che Paolo commenta nello stesso primo libro.

Non solo, dunque, vi sono forti motivi in negativo per escludere la connessione con l'editto sulla *cautio damni infecti* cui Lenel riferiva il passo; vi è in positivo la possibilità di collegarlo direttamente ad un editto pertinente.

Vi è dunque, a mio parere, ogni ragione di credere che Paolo abbia scritto D. 2.4.19, 21 a commento di EP § 2⁷⁷.

Lo spostamento del testo di Paolo dalla terza alla seconda rubrica dell'editto non può che influenzare la decisione relativa alla collocazione nei *Digesta* dell'opinione di Giuliano che in quel testo è ricordata e della quale, omessa nella *Palingenesia* leneliana, stiamo cercando la probabile sede.

Tutto lascia pensare, infatti, che, come Paolo, anche Giuliano si sia interessato del limite che la *domus* rappresentava per la chiamata in giudizio in rapporto alla clausola edittale che regolava l'*in ius vocare*.

Arrivati a questo punto, che costituisce già una conclusione, si presenta tuttavia un'alternativa, poiché l'editto pretorio conteneva due clausole relative all'*in ius*

⁷⁶ Per il contenuto di questa clausola v. Lenel, *EP*, 52 s., il quale, pur astenendosi, in mancanza di fonti, dal ricostruire il tenore letterale della clausola, ha stabilito che, con essa, il pretore prometteva un giudizio penale: a) contro colui che, chiamato in giudizio davanti a un magistrato municipale non vi fosse andato né avesse dato un *vindex*; b) contro colui che avesse chiamato in giudizio un soggetto che, in base all'editto (*De in ius vocando*: EP § 11), non avrebbe dovuto chiamare (es.: liberto che chiami il patrono): quest'ultima ipotesi, peraltro, è formulata con minore sicurezza rispetto alla prima. Nell'ambito della sua revisione dell'*edictum perpetuum* leneliano, Domingo, *Estudios* III, 19 ss., conferma l'esistenza, come seconda dell'editto pretorio, di una clausola relativa all'*in ius vocare* davanti ai magistrati municipali: il che è sufficiente ai fini del presente studio. Non sarebbe necessario, pertanto, entrare nel merito dei contenuti che l'A. attribuisce alla clausola, che divergono parzialmente da quelli ipotizzati da Lenel né commentare la ricostruzione del tenore letterale che egli ne tenta. Tuttavia, data l'importanza di ogni tentativo di revisione della ricostruzione leneliana, è doveroso esprimere ampie riserve sui risultati proposti dall'A. (vedili raccolti in *op. cit.*, 121 ss.). Per limitarsi alla clausola di cui ci stiamo occupando e a osservazioni sostanziali, si può rilevare, innanzitutto, che Paul. 1 *ad edict.* D. 2.5.2 non è citazione edittale, bensì opinione giurisprudenziale (il pretore, infatti, si astiene dal dare motivazioni): v. invece *op. cit.*, 22 ss. Soprattutto, l'A. non pare avere colto l'argomentazione che sostiene la ricostruzione leneliana, forse a causa della consueta concisione. A Domingo, *op. cit.*, 26, la menzione del pretore (e di una pena) nella parte conclusiva di D. 2.5.2 (*praetor remittit poenam*), cioè in un testo che riguarda la giurisdizione municipale, appare "brusca e inesplicabile". Per Lenel, invece, la menzione del pretore e della pena costituiva proprio la base testuale da cui inferire che il pretore prometteva un'azione penale contro chi non fosse comparso davanti al magistrato locale.

⁷⁷ L'editto pretorio, com'è noto, trattava dell'*in ius vocare* in due distinte clausole, poste entrambe nella sua parte iniziale: oltre alla clausola relativa alla giurisdizione dei magistrati locali (EP § 2), ve n'era una (EP § 11) relativa alla giurisdizione del pretore (o del governatore di provincia). Il fatto che il testo di Paolo di cui ci stiamo occupando sia tratto dal primo dei suoi libri *ad edictum* vale senz'altro a sciogliere con sicurezza l'alternativa a favore della prima: nel primo libro, infatti, Paolo non va oltre il commento di EP § 5 (v. Paul. 93-95 L. e cfr. Lenel, *EP*, 54 s., sul possibile contenuto della clausola - EP § 5 - cui i passi si riferiscono). E' evidente, peraltro, che la presenza di due clausole relative all'*in ius vocare* determinava di riflesso inevitabili ripetizioni nelle opere di commento. In effetti, la questione della citazione presso la *domus*, che ho ritenuto di dovere collegare al primo editto (EP § 2), sembra essere stata trattata da Paolo anche a proposito del secondo (EP § 11: lo si ricava da Paul. 4 *ad edict.* D. 47.10.23, 130 L.). Che, al di là di questo specifico profilo, Paolo non si sia sottratto ad una ripetizione è dimostrato *per tabulas* da Paul. 1 *ad edict.* D. 2.6.1 (87 L.) e Paul. 4 *ad edict.* fr. 3 D. *h.t.* (135 L.), testi che, sotto le due diverse rubriche pertinenti all'*in ius vocare*, trattano entrambi del *fideiussor* (*fuit: vindex*) e della regola secondo la quale esso non deve necessariamente essere fornito *locuples* dai congiunti. Il confronto fra i due frammenti mostra che la trattazione era più ampia nel primo luogo.

vocare, l'una davanti al magistrato locale (*EP* § 2) l'altra alla clausola che disciplinava l'*in ius vocare* davanti al pretore (*EP* § 11).

Se per Paolo, come s'è detto⁷⁸, non c'è dubbio che l'unica clausola che viene in gioco è la prima, essendo il frammento tratto dal primo libro, per l'opinione di Giuliano manca un simile criterio discriminante.

E' possibile, ciò nonostante, precisare ulteriormente la posizione originaria del passo di Giuliano?

Qui soccorre il criterio leneliano per cui, in mancanza di altri indizi, si assume che vi fosse coincidenza fra la sede in cui un'opinione è citata e la sede originaria. In forza di questo criterio si dovrebbe concludere che, come Paolo stava commentando la prima delle due clausole che riguardano l'*in ius vocare*, quella relativa alla giurisdizione locale, così Giuliano enunciava la sua opinione in rapporto a *EP* § 2.

La conclusione è in effetti probabile (più di quella alternativa, che Giuliano si pronunciasse in rapporto a *EP* § 11), ma anche l'altra non è esclusa⁷⁹.

Infatti, nonostante vi fosse di solito una relazione fra la disposizione delle materie dell'opera citante e la disposizione delle materie dei *Digesta*, non si può elevare questa corrispondenza a legge.

Questo criterio appare, infatti, eccessivamente meccanico a chi consideri la facilità con cui i giuristi romani coglievano spunti nelle loro trattazioni per associarvi argomenti sistematicamente lontani; si aggiunga che i *Digesta* non sono come i *libri ad edictum* un commento lemmatico, bensì un'antologia di materiali solo esteriormente ordinati sulla falsariga dell'editto.

Che, in effetti, la corrispondenza fra opera citante e opera citata non sia una regola fissa è il risultato che emerge da una verifica specifica, allestita prendendo in esame i casi nei quali un commento *ad edictum* non solo cita un'opinione di Giuliano, ma indica anche da quale libro dei *Digesta* sia tratta. Benché l'esame dimostri che v'è una frequente corrispondenza sistematica, le eccezioni non mancano: vi furono, cioè, casi in cui il commentatore successivo attinse il pensiero di Giuliano da un luogo che non era la *sedes materiae*⁸⁰ (o, reciprocamente, utilizzò l'opinione di Giuliano in luogo diverso dalla *sedes materiae*).

La fiducia nel criterio della corrispondenza fra la *sedes* che un'opinione occupa nell'opera di chi la cita e la *sedes* che occupava nell'opera originaria deve dunque

⁷⁸ Vd. *supra*, nt. .

⁷⁹ Si potrebbe addirittura ritenere che quest'ultima collocazione sia più probabile, in quanto Iul. 23 L. (Ulp. 5 *ad edict.* D. 2.4.8.2) è posto sotto la rubrica *EP* § 11 (e tratta anch'esso di limiti all'*in ius vocare*), mentre non residua alcun (altro) frammento sotto la rubrica *EP* § 2, così che si potrebbe addirittura dubitare che essa fosse presente nei *Digesta*. L'argomento, tuttavia, è fallace. Non solo, infatti, l'assenza di frammenti relativi a *EP* § 2 può facilmente essere imputata alla selezione operata dai compilatori giustiniane; anche la collocazione di Iul. 23 L. sotto la rubrica *EP* § 23, a ben guardare, risulta ipotetica, sostenuta solo dalla fiducia che vi fosse una corrispondenza fra l'opera citante (nel caso Ulp. 5 *ad edict.*) e i *Digesta* di Giuliano, corrispondenza che, invece, come diremo, non era costante.

⁸⁰ V. ad es. (fra parentesi il riferimento sistematico, tratto dalla *Palingenesia*): Ulp. 9 *ad edict.* D. 3.3.40.2 (*EP* § 32) = Iul. 689 L. (*EP* § 275); Ulp. 13 *ad edict.* D. 4.1.6 (*EP* § 47) = Iul. 641 L. (*EP* § 209, 210); Ulp. 11 *ad edict.* D. 4.4.11.5 (*EP* § 41) = Iul. 634 L. (*EP* § 207); Ulp. 15 *ad edict.* D. 5.3.25.17 (*EP* § 65) = Iul. 55 L. (*EP* § 43); Ulp. 17 *ad edict.* D. 6.1.39.1 (*EP* § 71) = Iul. 208 L. (*EP* § 105); Ulp. 16 *ad edict.* D. 6.2.7.1 (*EP* § 59) = Iul. 349 L. (*EP* Tit. XXIII); Ulp. 17 *ad edict.* D. 8.5.2.3 (*EP* § 73) = Iul. 661 L. (*EP* § 250); Ulp. 18 *ad edict.* D. 9.4.2.1 (*EP* § 77) = Iul. 829 L. (*Ad legem Aquiliam*, nella seconda parte dei *Digesta*); Ulp. 26 *ad edictum* D. 12.4.3.5 (*EP* § 95) = Iul. 172 (*EP* § 98); ecc.

arrestarsi, a mio avviso, di fronte alla constatazione che lo spunto in tema di *in ius vocare* può essere stato espresso da Giuliano tanto in rapporto ad *EP* § 2 quanto a *EP* § 11. Ciò, a maggior ragione, in quanto entrambe le clausole erano esaminate da Giuliano nel medesimo libro, il primo.

A seconda che Giuliano ricollegasse il proprio discorso alla prima (com'è comunque più probabile) o alla seconda clausola, possiamo attribuire al frammento il nr. 4a oppure il nr. 23a (nella numerazione leneliana).