

14-C-389

ANTONIO PALERMO

IL PROCEDIMENTO CAUZIONALE
NEL DIRITTO ROMANO

Inv. No.: 467
Sign: 359



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÉ - EDITORE

1942 - XXI

SEMINÁRNÍ
Hist.-práv.



KNIHOVNA
oddělení

B

A mia madre

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND 04608
C. inv.:

Koupi od *univ. knihovny*
Darem od
v *Přímě* 22042
Inv. č.: 32.795
Sign

Questo studio sul procedimento cauzionale nel diritto romano era già quasi interamente terminato nel giugno 1940 grazie ai suggerimenti e ai consigli cortesemente datimi dal Prof. Siro Solazzi che mi indicò questo tema. Ragioni di carattere militare mi hanno impedito sinora di pubblicare i risultati delle mie ricerche: risultati molto modesti, ma che ritengo sempre utili considerando la quasi assoluta mancanza di studii precedenti sull'argomento.

Al titolo « *Stipulationes praetoriae* » ho preferito questo, perchè a me sembra che esso illumini meglio l'importanza di questo procedimento speciale che, nel diritto romano classico, svolse una funzione così rilevante nel sistema della difesa dei diritti, insieme agli altri procedimenti speciali (procedimento interdittale e altri procedimenti complementari al sistema dello *ordo iudiciorum privatorum*).

Come ho già accennato molto poco era stato scritto sull'argomento: uno studio dello Schirmer sulle « stipulazioni giudiziali », molto antico; un interessante studio sulla natura delle « stipulazioni pretorie » del compianto Von Woess, più recente.

Ho dedicato dopo le necessarie premesse storiche contenute nel primo capitolo, tutto il secondo allo studio delle fonti per quanto concerne la forma del procedimento nell'età classica;

nel terzo capitolo solo pochi accenni sulla decadenza dell'istituto nel diritto postclassico e giustiniano.

Ringrazio vivamente il Prof. Solazzi per i suggerimenti gentilmente datimi nello svolgimento delle mie ricerche; ed il Dott. Giuffrè per avere dato la sua sigla editoriale a questa mia pubblicazione.

Ottobre 1942 XXI.

A. P.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I.

Origini delle stipulazioni pretorie pag. 1

SOMMARIO: 1. Premessa; considerazioni generali. - 2. Varie accezioni del termine *cautio*. Caratteri differenziali tra i diversi tipi di garanzie. - *Vas, praes* e *vindex* nel processo per *legis actiones*. Ragioni che determinano la scomparsa di questi istituti e la loro trasformazione. - 4. Applicazioni della *sponsio* come negozio di garanzia. La autodifesa consensuale di rapporti privi di tutela giuridica per mezzo della *stipulatio* volontaria. - 5. Il sistema delle *stipulationes praetoriae* è posteriore alla *lex Aebutia*. - 6. L'elemento sostanziale e l'elemento formale nelle *stipulationes praetoriae*. Nostra opinione sull'origine del procedimento cauzionale. - 7. Critica delle teorie del JOBBÉ-DUVAL e del VON WÖESS. - 8. Critica delle teorie del LEIST e del KELLER-WACH. - 9. Critica della teoria del GIRARD. - 10. Critica della teoria dell'HUVELIN. Distinzione tra *s. p.* e altre applicazioni processuali della *sponsio*: a) *sponsio et restipulatio tertiae partis*; b) *sponsio poenalis-praeiudicialis*; c) *sponsio mere praeiudicialis*. - 11. Conferma della nostra opinione attraverso l'esame della origine delle diverse stipulazioni pretorie. Stipulazioni processuali: a) *vadimonium sisti*; b) *c. pro praede litis et vindictiarum*; c) *c. iudicatum solvi*; d) *c. ratam rem dominum habiturum* (assorbimento in questa c. della *c. amplius non peti*). - 12. Stipulazioni in materia di diritti reali; e) *c. damni infecti*; f) *c. ex operis novi nuntiatione*; g) *c. usufructuaria*. - 13. Stipulazioni in materia di successioni; h) *c. legatorum nomine*; i) *c. de conferendis bonis et dotibus*; l) *c. ex lege Falcidia*; m) *c. evicta hereditate legata reddi*; n) *suspecti heredis*. - 14. Origine consolare della o) *rem pupilli solvum fore*; e della p) *duplae stipulatio*. - 15. Conclusione.

CAPITOLO II.

Le stipulationes praetoriae nell'età classica

Parte I - Il procedimento per ottenere la stipulatio pag. 45

SOMMARIO: 1. Atti introduttivi del procedimento. *Eductio in ius*. Volontaria presentazione delle parti. *Denuntiatio*. Differenze tra i vari tipi di cauzioni. - 2. Proponibilità della domanda di *stipulatio* indipendentemente da ogni limitazione di tempo. - 3. *Postulatio*. Varie accezioni del termine *postulare*. *Ius iurandum calumniae*. D. 46. 5. 1. 9; D. 36. 4. 3. 1; D. 39. 2. 13. 14. - 4. Critica di D. 46. 5. 1. 9; 39. 2. 7; 39. 2. 31. 1; 39. 2. 22. 1. *Causae cognitio*. - 5. Natura dell'attività svolta dal pretore. - 6. Varie accezioni di « *causae cognitio* » - 7. Varie finalità della « *causae cognitio* » nel nostro procedimento. - 8. La « *causae cognitio* » rientra nella « *iurisdictio praetoria* »: conferma desunta da: D. 45. 1. 5. pr.; Ist. 3. 18. 2; D. 46. 5. 1. 10; D. 39. 2. 1; D. 39. 2. 4. 3; D. 33. 2. 7. pr.; D. 39. 2. 13. 3; D. 39. 1. 1. 9. - 9. Decisione del procedimento. *Iussum caveri*. Natura autoritativa di esso. Il contrapposto *iurisdictio-imperium* nel diritto classico. - 10. Nostra opinione sulla natura della *stipulatio praetoria*. Incertezza dei giuristi classici nella sistemazione di essa tra gli atti di *iurisdictio* o di *imperium*. Critica alla teoria del VON WOESS. - 11. L'*iussum caveri* fa sorgere un obbligo o un semplice onere? Carattere illecito della mancata prestazione. Conseguenze. - 12. Definizione della *stipulatio praetoria*. - 13. Modalità della cauzione: *repromissiones* e *saisdationes*. I principi vigenti nell'età classica. Critica di D. 36. 3. 7; D. 43. 3. 2. 3; D. 37. 6. 1. 9. - 13a. Termine per l'efficacia della *stipulatio*. - 13b. Penale per l'inadempimento degli obblighi assunti. - 14. Invalidità della *stipulatio*. D. 2. 8. 10 pr. - 15. Funzione esercitata dalla s. p. nel sistema processuale romano. D. 46. 5. 1. 4. Duplicità di aspetti della funzione cautelare. - 16. Concorso della s. p. con l'*actio*. - 17. La domanda per ottenere la s. p. non è *actio* per i classici. Ulpiano inizia l'avvicinamento delle s. p. alle *actiones*. - 18. Rapporti tra s. p. e procedimento interdittale. - 19. Rapporti tra s. p. e altre forme di tutela giurisdizionale d'autorità (*missiones, in integrum restitutiones*). - 20. Rapporti tra s. p. e *cognitiones extra ordinem*. Classificazione sistematica del nostro procedimento.

Parte II - Rimedi contro la mancata prestazione della cauzione . . . pag. 90

SOMMARIO: 21. Varie figure di inattività da parte del destinatario dell'*iussum* pretorio. Terminologia adoperata nelle fonti. - 22. Fine pratico dei provvedimenti adottati dal pretore in conseguenza dell'inesecuzione dell'*iussum*. - 23. Diversi rimedi; in materia di *c. damni infecti: missio in bona*. Struttura. Varietà di funzioni esercitata dalla *missio*. Varie teorie, critica. Nostra opinione. - 24. In *vatio*. Differenza con la *missio d. i.* - 25. In materia di *s. suspecti heredis: missio* materia di *c. legatorum: missio legatorum servandorum causa. Custodia et observatio in bona*. - 26. Procedimento per ottenere la *missio*. Diversità di regime tra la *missio legatorum* e la *m. damni infecti*. - 27. In materia di *c. damni infecti:*

missio ex secundo decreto. - 28. In materia di *c. usufructuaria: ius retentionis; denegatio actionis*. D. 7. 9. 7; D. 7. 7. 5. 1. - In materia di *duplae stipulatio*: concessione di una speciale azione. - 30. In materia di *c. damni infecti*: concessione di *actiones ficticiae*. Importanza della finzione per l'evoluzione dell'istituto. Natura della finzione. - 31. In materia di *c. de conferendis bonis* e di *c. legatorum: denegatio actionis*. - 32. In materia di *c. rem pupilli salvam fore: pignora; missio*. - 33. In materia di *c. processuali*: arresto personale e sequestro; inversione del possesso e dell'onere della prova. - 34. Conclusione.

CAPITOLO III.

Le stipulationes praetoriae nel diritto postclassico e giustiniano. pag. 113

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. Fusione del diritto civile col diritto pretorio. Trasformazione del concetto dell'*obligatio*. Ragioni che determinarono la trasformazione del nostro istituto. Gli obblighi precedentemente assunti mediante la *stipulatio* si trasformano in obblighi legali. - 2. Alcuni tipi di cauzioni scompaiono: *c. de conferendis bonis et dotibus*. Altri vengono assorbiti in altre cauzioni: *s. pro praede litis et vindiciarum; vadimonium sisti*. - 3. Varii stadii del processo di trasformazione. Esame delle fonti: D. 35. 3. 3. 5.; J. 4. 11. 2. Trasformazione delle diverse cauzioni: a) *c. iudicio sisti*; b) *c. usufructuaria*; c) *duplae stipulatio*; d) *c. rem pupilli salvam fore*; e) *c. damni infecti*; f) *s. ex operis novi nuntiatione*. - 4. Funzione svolta dalla s. p. nel nuovo sistema processuale. Assorbimento delle s. p. nel sistema delle *actiones*. Ragioni che determinarono questo assorbimento. Analogia con gli interdetti. - 5. I risultati dell'opera svolta dalla giurisprudenza nell'evoluzione del nostro istituto. La classificazione di Ulpiano in D. 46. 5. 1. Varie categorie di stipulazioni. - La classificazione di Pomponio in D. 45. 1. 5. Critica. - 7. Classificazione generale delle s. p. secondo le concezioni di Ulpiano e di Pomponio. - 8. La concezione di Pomponio si rispecchia in J. 3. 18. Critica.

Indice delle fonti pag. 137

Indice degli autori pag. 145

CAPITOLO I.

Origini delle stipulazioni pretorie

SOMMARIO: 1. Premessa; considerazioni generali. - 2. Varie accezioni del termine *cautio*. Caratteri differenziali tra i diversi tipi di garanzie. - *Vas, praes* e *vindex* nel processo *per legis actiones*. Ragioni che determinarono la scomparsa di questi istituti e la loro trasformazione. - 4. Applicazioni della *sponsio* come negozio di garanzia. La autodifesa consensuale di rapporti privi di tutela giuridica per mezzo della *stipulatio* volontaria. - 5. Il sistema delle *stipulationes praetoriae* è posteriore alla *lex Aebutia*. - 6. L'elemento sostanziale e l'elemento formale nelle *stipulationes praetoriae*. Nostra opinione sull'origine del procedimento cauzionale. - 7. Critica delle teorie del JOBBÈ-DUVAL e del VON WOESS. - 8. Critica delle teorie del LEIST e del KELLER-WACH. - 9. Critica della teoria del GIRARD. - 10. Critica della teoria dell'HUVELIN. Distinzione tra *s. p.* e altre applicazioni processuali della *sponsio*: a) *sponsio et restipulatio tertiae partis*; b) *sponsio poenalis-praeiudicialis*; c) *sponsio mere praeiudicialis*. - 11. Conferma della nostra opinione attraverso l'esame della origine delle diverse stipulazioni pretorie. Stipulazioni processuali: a) *vadimonium sisti*; b) *c. pro praede litis et vindictiarum*; c) *c. iudicatum solvi*; d) *c. ratam rem dominum habiturum* (assorbimento in questa *c.* della *c. amplius non peti*). - 12. Stipulazioni in materia di diritti reali; e) *c. damni infecti*; f) *c. ex operis novi nuntiatione*; g) *c. usufructuaria*. - 13. Stipulazioni in materia di successioni; h) *c. legatorum nomine*; i) *c. de conferendis bonis et dotibus*; l) *c. ex lege Falcidia*; m) *c. evicta hereditate legata reddi*; n) *suspecti heredis*. - 14. Origine consolare della o) *rem pupilli salvam fore*; e della p) *duplae stipulatio*. - 15. Conclusione.

1. Nello svolgimento del nostro tema per prima si presenta la necessità di una indagine di carattere storico. Quando sorsero le stipulazioni pretorie? Quali furono le ragioni che determinarono l'origine di questo sistema? Qual'è il posto che esse occupano nel quadro generale del processo civile romano? Come si è sviluppata questa forma particolare di difesa dei diritti?

Ecco i molteplici aspetti sotto i quali si presenta il problema dell'origine del nostro istituto.

Molte ipotesi sono state fatte sinora, ma in esse non possiamo riconoscere che il valore di semplici tentativi; nè la nostra ha la pretesa di essere la definitiva risoluzione dei quesiti che ci siamo posti.

Nella nostra ricerca ci lasceremo guidare esclusivamente dai pochi elementi positivi che sono a nostra disposizione, nè terremo conto delle varie ipotetiche congetture formulate sull'argomento. Il processo storico di formazione della protezione giurisdizionale in Roma è governato nelle sue linee più generali da una legge di sviluppo che, come meglio si vedrà in seguito, è identica ed immutabile per la maggior parte degli istituti processuali. Solo tenendo presente questa costante legge di sviluppo noi potremo risolvere i vari aspetti del nostro problema. Devesi però avvertire che, scarsi essendo i dati storici diretti ad illuminarlo, solo facendo ricorso al metodo organico si potrà pervenire a risultati fecondi.

Terremo perciò presenti nello svolgimento del nostro tema i seguenti principi fondamentali:

a) è tendenza generale presso i Romani adattare a nuove esigenze e a nuovi fini istituti antichi mediante opportune innovazioni nella loro struttura (1);

b) quanto più indietro si risale nel tempo, tanto più vivo appare il carattere privato e volontario del processo romano (2);

c) per la funzione assicurativa o preventiva contro la lesione dei diritti il mezzo che i romani ritengono più adatto è una *obligatio* e questa può sorgere solo da un atto di parte, cioè da un atto di volontario assoggettamento del privato (3).

2. Le nostre fonti parlano in genere delle *stipulationes praetoriae* adoperando il termine *cautio* (ad es.: *cautio iudicatum solvi*, *cautio rem pupilli salvam fore* ecc.). Però avendo questo termine una vasta accezione si impone una precisazione.

(1) Limitandosi ad accenni sull'origine del nostro istituto in base ad una derivazione dal diritto sostanziale preesistente: v. BESELER, *Zss.* 45, 1925, 430; MEJLAN, *Acceptilation et pajement*, 9 n. 1; VON WOESS, *Zss.*, 53, 1935, 407; DE MARTINO, *La giurisdizione*, 25.

(2) Cfr.: WLASSAK, *Provinzialprozess*, 190 n. 4; *Actio* in *R. E.*, I, 306 sgg.; STEINWENTER, *Iudex* in *R. E.* IX, 2465; BETTI, *Dir. rom.* 442 sgg.

(3) v.: BETTI, 436 sgg. ed autori ivi citati.

In un senso più lato esso corrisponde al greco ἀσφαλεία cioè sicurezza, garanzia, attenzione. Contrazione da *cavtio*, *cautio* deriva dalla radice *cav* che si riporta al greco χέω = faccio attenzione. Pertanto il senso primitivo della parola starebbe ad indicare il guardarsi da... vegliare a..., premunirsi da... ecc. (1). Questo per quanto riguarda l'etimologia. Nel latino giuridico, invece, il termine *cautio* serve per indicare moltissimi scopi diversi. Così in taluni casi la *cautio* può essere prestata per rafforzare un rapporto giuridico già esistente (2); in altri casi per assicurare la prova del rapporto (3); ed ancora, per dar vita ad un'azione diretta a tutelare rapporti sorniti di tutela giuridica (4); ed infine per assicurare l'esecuzione di un diritto (5).

Le *stipulationes praetoriae* costituiscono tutte dei mezzi di assicurazione dei diritti (6). Esse vengono imposte dal pretore, a partire da una certa epoca, per evitare al privato un ingiusto pregiudizio in taluni casi in cui lo *ius civile* o non accordava affatto ad interessi dei privati una particolare tutela, o quando, pure accordandola, questa risultava inadeguata.

In quanto imposte dal pretore possono venir chiamate necessarie, come necessarie vengono chiamate quelle stipulazioni imposte dalla legge; come tali esse si contrappongono alle stipulazioni volontarie le quali trovano la loro origine in un atto privato di volontà (contratto, testamento).

Nelle *stipulationes praetoriae* noi dovremo pertanto tener sempre presente, a differenza degli altri tipi di *cautiones*, un carattere esclusivo e particolare: e cioè il carattere pubblicistico derivante dalla partecipazione ad esse di un organo statale. Vedremo in sede più appropriata su quale potere sia fondata questa partecipazione e iniziativa del pretore.

Per ora è sufficiente avere accennato al carattere coatto di queste cauzioni, le quali però, per quanto imposte dal pretore, mantengono sempre il carattere di atti che la parte interessata è libera di com-

(1) v.: LEONHARDT, in *R. E.*, III, 1814 sgg.

(2) Cfr.: D. 40.5.4.8; D. 37.6.1.9 (cauzione reale) J. 4.11.2 (cauzione personale).

(3) Cfr.: D. 12.6.31; D. 45.1.122.5; D. 18. 7. 6 pr.; D. 46.5.1.4; D. 46.5.1.4; D. 12.1.40; D. 22.3.25.4; D. 45.2.11.2.

(4) Il rapporto può essere anche protetto da un'*actio*; così ad es. nel caso dell'*a. damni infecti* che concorre con la *cautio relativa*. V. SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, 125 e più oltre a p. 38.

(5) D. 46.5; D. 7.8 ecc.

(6) Cfr.: JOBBÉ-DUVAL, *Les decreta des Magistrats*, in *St. Bonfante* III, 163 sgg.

piere, sopportando l'onere del suo comportamento negligente o disaccorto nel caso in cui la cauzione non venga prestata. Infatti il pretore ha a sua disposizione vari mezzi coercitivi (ad es. *missio in bona* ⁽¹⁾, *pignoris capio* ⁽²⁾, *denegatio actionis* ⁽³⁾, ecc.).

3. Il diritto più antico conosce alcune forme di cauzioni prestate in occasione di un processo già iniziato: tali le garanzie assunte dai *vades*, dai *subvades*, dai *praedes* e dal *vindex* nel processo per *legis actiones*.

Ma questi istituti sono dotati di una limitata capacità evolutiva. In essi si rileva facilmente l'impronta del processo romano primitivo caratterizzato dalla violenza privata, dall'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, dalla lotta tra i litiganti rispettivamente appoggiati dai gruppi sociali cui appartengono e che intervengono in loro aiuto offrendo ostaggi e garanzie (sia nel caso che vi sia pericolo di soccombente nella lite, sia nel caso che sia stata già iniziata l'esecuzione personale contro il soccombente e la si voglia interrompere). Ben gravi dovevano essere gli effetti di questo intervento nei confronti dello stesso interveniente. Infatti questo veniva a trovarsi nella stessa posizione giuridica del garantito: non era conosciuto, per lo meno nei tempi più remoti, un tipo di obbligazione congiuntiva o sussidiaria al fianco di quella dell'effettivo debitore. Questo ultimo veniva liberato dal vincolo materiale che lo astringeva nei riguardi del creditore ed il suo posto era preso dall'interveniente il quale perciò ben può considerarsi, nel periodo più antico, come un vero e proprio ostaggio.

Solo molto più tardi subentrò il concetto più esteso dell'*obligatio propria civium romanorum*: al vincolo materiale che stringeva l'interveniente al creditore venne a sostituirsi il vincolo giuridico, *vinculum iuris*, tra il debitore stesso il quale diventa garante di se stesso, *idem praes* oppure può da solo interrompere la *manus inectio*, *manus depellere* ⁽⁴⁾.

Sono evidenti le ragioni che nel diritto classico dovevano determinare la scomparsa, se non di nome per lo meno di fatto, di questi

(1) V.: D. 39. 2. 7.

(2) V.: J. 1. 24. 3.

(3) V.: D. 35. 3. 1; D. 36. 4. 10; D. 37. 6. 1, 10.

(4) Per la trasformazione degli istituti del *praes*, del *vas* e del *vindex* nel diritto classico cfr.: WENGER, 278; COLLINET, *La procedure par libelle*, 145; FLINIAUX, *Le vadimonium*, Paris, 1908; COSTA, *Storia*, 158; CUQ, *Istituzioni*, 891.

istituti. Enormi dovevano essere le difficoltà per trovare colui che nella *legis actio sacramenti in rem* si rendesse garante di una rilevante posta di scommessa (50 - 500 assi), oppure che nella *legis actio per manus iniunctionem* si opponesse sostituendosi al debitore che veniva liberato e che il più delle volte non si sarebbe fatto più vivo. Troppo svantaggiosa era pertanto la posizione dell'interveniente il quale, gravato di enorme responsabilità, era privo di un'azione di regresso verso il garantito sino ad un'età relativamente tarda.

Dal punto di vista processuale, poi, questi atti di intervento non possono considerarsi se non come un incidente di un rapporto processuale o già esistente o ancora da costituirsi. E' ancora ignota quella funzione di garanzia, di difesa di un interesse limitatamente o per niente fornito di tutela giuridica, funzione che costituirà la caratteristica precipua del sistema delle *stipulationes praetoriae*.

4. La *sponsio*, *stipulatio* dell'età classica, si rivelò attraverso il diuturno lavoro della giurisprudenza un negozio suscettibile di infinite applicazioni pratiche. Di queste numerose applicazioni a noi non interessano quelle che si verificarono nel campo del diritto sostanziale, bensì quelle che si verificarono nel campo del processo.

Infatti la *stipulatio* fu adoperata dal pretore come un mezzo di difesa giuridica preventiva (nelle *stipulationes praetoriae*) ed inoltre nel campo del procedimento interdittale.

Le ragioni che indussero il pretore a servirsi di questo negozio furono principalmente due e cioè: a) la possibilità di adattamento della *stipulatio* a qualsiasi rapporto di *dare*, di *facere* o di *praestare*; b) la possibilità di funzionare ora come negozio obbligatorio principale, ora come negozio di garanzia accessorio. E' perciò facilmente spiegabile come la *sponsio*, pur coesistendo, nel più antico regime, accanto agli altri negozi di garanzia dei *vades*, *subvades* e *praedes* abbia subito una più intensa evoluzione. Infatti in quelli il garante viene a trovarsi nella stessa posizione giuridica di colui a favore del quale è intervenuto, posizione certo svantaggiosissima, ed inoltre è privo di un'azione di regresso. Ora se questo regime è conciliabile col primitivo sistema processuale romano, non lo è più quando, per le mutate esigenze economiche, giuridiche e sociali, il rapporto obbligatorio ha perduto quel carattere materialistico e violento che si adattava però perfettamente alla più antica concezione romana dell'obbligazione. Se noi prendiamo, ad es., la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* dell'*actio in rem per sponsionem*, possiamo facil-

mente osservare che essa compie, nella nuova procedura, la stessa funzione esercitata dalla promessa del *praes* nella più antica *legis actio sacramenti in rem*, ma nello stesso tempo corrisponde ad una fase senza dubbio più moderna della storia della garanzia dei diritti. Infatti il garante non assume più, nei confronti del creditore, la identica posizione giuridica del debitore, ma è obbligato soltanto in via sussidiaria, al fianco di quello; e non vi è chi non veda in che modo notevole è diminuita la sua responsabilità.

La *sponsio* si rivelò dunque il negozio più adatto per costituire o rafforzare la tutela giuridica di determinati rapporti che l'*ius civile* aveva lasciato del tutto privi di difesa o che godevano di una protezione giuridica inadeguata.

Nella pratica si era venuto formando l'uso di prestarsi volontariamente cauzione, per mezzo della *stipulatio*, per danni futuri, nonostante che per questi esistesse già una incompleta forma di tutela giuridica e precisamente l'antica *legis actio damni infecti* (1).

La *stipulatio* contro danni futuri, non intaccando per nulla la rigidità dell'antico dominio romano, costituiva il mezzo più comodo e semplice per garantire l'interessato senza che il diritto di proprietà di colui che prestava la stipulazione venisse a subire una vera e propria limitazione. Infatti il proprietario dell'edificio o del muro pericolante non si obbligava a compiere qualche cosa e restava perciò signore assoluto; ma nello stesso tempo il proprietario vicino, che dal muro o dall'edificio pericolante poteva essere danneggiato, era tuttavia tutelato nei suoi interessi perchè, laddove il danno si fosse verificato, poteva essere risarcito in forza della stipulazione.

Che la prestazione di questa *stipulatio* fosse rimessa, per lo meno nei primi tempi, alla volontà delle parti, risulta dalle fonti ed è ormai concordemente ammesso tra gli studiosi (2).

Ciò appare chiaramente in alcuni passi di Cicerone. Così, ad es., in Cic., Top., 4. 22: « *Omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere vel solidum vel fornicatum, sed qui in pariete communi demolendo damni infecti promiserit, non debet praestare quod fornix vitio fecerit* » non si fa alcuna menzione dell'intervento del pretore nell'imporre la *stipulatio*: anzi il chiaro linguag-

(1) GAI 4. 31.

(2) Cfr.: KARLOWA, *Roem. Rechtgesch.*, 1246 sgg.; BONFANTE, *Corso*, II, 1, 334; BURCHARD, *Lehrbuch*, 80; BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, 75 sgg. ecc.

gio del grande oratore dimostra, con la conferma portata anche da altri passi (1), che si tratta di una promessa volontaria. Inoltre, come già rilevava il BRANCA (2), per il *facere* non è mai esistita una disposizione speciale che imponesse la *cautio* nell'albo.

Dobbiamo ritenere che al tempo di Cicerone, pure essendo conosciuta questa forma di cauzione, essa non veniva imposta dal pretore ma era semplicemente rimessa alla volontà delle parti che erano libere o non di addivenire alla stipulazione. Poichè, se così non fosse, Cicerone avrebbe con molta probabilità fatto parola nei suoi scritti dell'intervento pretorio che doveva costituire certamente, anche per il grande oratore, un'innovazione tale da attirare subito la sua attenzione.

In seguito vedremo meglio, come si sia passato dalla stipulazione volontaria alla stipulazione imposta dal pretore; per ora quanto si è detto è sufficiente per dimostrare l'importanza che i romani dettero, sin dal principio alla stipulazione, nel campo della difesa dei diritti.

In questa prima forma di stipulazione volontaria preventiva, testè esaminata, si deve riconoscere la natura di atto di auto-difesa consensuale, il quale trova il suo fondamento in una *obligatio* originata da un atto di volontario assoggettamento del privato (3).

Questa è una constatazione sicura che trova la sua conferma nella natura stessa del primitivo processo romano, il cui fondamento caratteristico è l'iniziativa privata e l'attività di entrambe le parti.

5. Dopo queste prime considerazioni possiamo fermarci al problema che ci interessa più da vicino: quello cioè dell'origine delle *stipulationes praetoriae*.

Se vogliamo fissare un punto sicuro di partenza per stabilire quando il pretore abbia incominciato a servirsi del suo potere discrezionale per imporre ai privati interessati stipulazioni al fine di conferire una tutela giuridica a rapporti ancora non protetti o protetti solo insufficientemente, dobbiamo riportarci alla *lex Aebutia* (130 circa a. C.) (4).

(1) V.: CIC., *Verr.* 2. 1. 56; *Pro Scauro*, 22. 45; PLINIUS, *N. hist.*, 36, 2, 2. Cfr. inoltre: D. 39. 2. 9. 1; D. 39. 2. 1. 43.

(2) V.: BRANCA, *op. loc. cit.*

(3) Cfr.: BETTI, *Dir. rom.* 666.

(4) Sulla data della *lex Aebutia*: GIRARD, *Man.*, 37, 39 e altra bib. ivi.

Questa legge creò un ambiente molto favorevole per un più intenso svolgimento dell'attività discrezionale del pretore. E tale attività è stimolata continuamente nelle sue direttive dalla giurisprudenza consulente che è sempre in contatto con la pratica forense e commerciale.

E' da notare che è proprio questa giurisprudenza che inizia l'opera di adattamento dell'antica *sponsio* alla infinita varietà dei casi pratici e che condurrà alle cinque leggi sulle garanzie personali, assunte per mezzo di formali promesse verbali, che sono tutte di poco posteriore alla *lex Aebutia* (1).

Esse col circoscrivere la responsabilità dei garanti sono dirette tutte a renderne più facile l'intervento a favore di coloro che dovevano averne bisogno perchè nell'impossibilità di offrire in proprio garanzie reali ai propri creditori.

Se si considera che esse sono di poco posteriori alla *lex Aebutia*, sembrerà giusto quanto noi abbiamo affermato: e precisamente che è solo da quest'ultima che bisogna prendere le mosse per stabilire un sicuro punto di partenza per l'applicazione del nostro istituto.

Non mancano, è vero, casi di applicazioni processuali della *sponsio* in epoca anteriore alla *lex Aebutia*; ma si tratta sempre di applicazioni sostanzialmente diverse da quelle che costituiranno in seguito il sistema delle cosiddette stipulazioni pretorie.

Queste, come può rilevarsi dall'esame della loro struttura nell'età classica, costituiscono un mezzo di difesa dei diritti troppo progredito per aver potuto trovare una sicura applicazione prima delle cinque leggi sulle garanzie personali e della *lex Aebutia*; quando cioè, da un lato, non erasi ancora formata la categoria dell'obbligazione contrattuale, e dall'altro, quando i poteri del magistrato giudiziario erano ancora troppo ristretti.

6. Non vi è forse un istituto nel quale elementi di diritto processuale si intrecciano con elementi di diritto sostanziale in un modo così vasto come nelle nostre *stipulationes praetoriae*.

Infatti esse in quanto vengono imposte dal pretore, che il più delle volte ne redige il formulario, costituiscono un istituto processuale nuovo e come tale sulla sua origine molto dovette influire il

(1) GAI 3, 121-124; V.: APPLETON, in *Zss.*, 24, 1915, 1 sg.; *Nouvelles observations sulla Lex Furia de sponsu*, in *Melanges Geradin*, 1907, I. sgg.

nuovo ambiente creatosi dopo l'emanazione della *lex Aebutia* con l'ampliamento dei poteri del magistrato ordinario e col nuovo sistema di procedura formulare al quale si ispirano, in realtà, tutti gli elementi costitutivi della stipulazione pretoria. Ma se la *lex Aebutia* costituì, per così dire l'ambiente favorevole alla creazione del nuovo sistema, che aveva, tra gli altri, il vantaggio di non rompere apertamente con la tradizione, in quanto il pretore non creava una nuova azione ma si serviva per vie indirette dell'*ius civile* stesso per tutelare rapporti sprovvisti di difesa giuridica, non possiamo affermare che il nuovo sistema abbia potuto consolidarsi, se non dopo che le cinque leggi sulle garanzie personali ebbero pienamente costituito il quadro generale dei diversi tipi dell'obbligazione contrattuale.

In quanto contratta tra le parti interessate e rimessa del tutto alla volontà di esse, la stipulazione pretoria trova la ragione della sua obbligatorietà nell'atto di volontà dei contraenti, i quali possono validamente obbligarsi sia per il fatto proprio che per il fatto di un terzo. Tutto ciò presuppone pertanto la perfetta formazione del sistema contrattuale romano e questa si è verificata soltanto dopo le cinque leggi sulle garanzie. Sono esse infatti che hanno fatto assurgere la *sponsio* a fulcro di quel sistema, costituendo il punto di arrivo di un lungo processo di formazione nel quale trovò larga esplicazione lo spirito formalistico dell'antica giurisprudenza.

Questa nostra opinione sulla origine delle stipulazioni pretorie trova una conferma nel fatto che le antiche forme di cauzioni processuali (*praedes, vades, subvades* ecc.), consistenti come si è visto nella assunzione di garanzia per il fatto di un terzo solo molto tardi, e certamente in epoca posteriore alla *lex Aebutia*, vennero sostituite dalla nuova forma di cauzione, mediante stipulazioni imposte dal pretore (1).

Inoltre, come è stato dimostrato, il termine *cautio*, con il quale i Romani solevano indicare le *stipulationes praetoriae*, è usato tecnicamente per la prima volta da Cicerone e non così da Plauto (2).

(1) La *c. pro praede litis vindiciarum*, ad es., che compie nel processo per *sponsionem* la stessa funzione degli antichi *praedes*, non può assolutamente appartenere all'epoca più antica di Roma. Ciò è dimostrato dal fatto che Gaio non accenna affatto alla sua esistenza quando parla dei *praedes litis et vindiciarum* nella *l. a. sacramenti in rem*. Mentre invece quando tratta della *satisdatio* nell'*actio in rem* del processo formulare accenna alla duplice forma di essa. Così anche: BOZZA, *St. Bonf.* 3.

(2) Plauto usa il termine *cautio* ma sempre in senso non tecnico: Bacch. 597; Poen 445; Pseud. 170; Ter. Andr. 400. V.: BOZZA, *op. loc. cit.*

Concludendo: a noi pare che l'origine del nuovo sistema sia posteriore all'introduzione della *Lex Aebutia* e sia inoltre strettamente connessa al vasto movimento giurisprudenziale che ha determinato la emanazione delle cinque leggi sulle garanzie personali.

Ragioni di carattere pratico, di carattere processuale ed infine di carattere sostanziale ne hanno determinato l'introduzione.

Ragioni di carattere pratico, perchè le antiche forme di garanzia con tutte le disastrose conseguenze ad esse connesse si dimostravano inadeguate per le mutate esigenze economiche, giuridiche e sociali del popolo romano (1); perchè inoltre si incominciava a sentire il bisogno di adoperare questo nuovo mezzo di difesa giuridica per alcuni rapporti del tutto sprovvisti di tutela o che pur essendo già presi in considerazione dal *ius civile* erano con tutto ciò ancora inefficacemente protetti (così ad es., nel caso della *stipulatio dammi infecti* la quale concorre con la *legis actio* alla protezione dello stesso rapporto).

Ragioni di carattere processuale, perchè il nuovo sistema è pienamente giustificato soltanto nel nuovo ambiente che si era venuto formando dopo l'emanazione della *lex Aebutia*, sia per quanto riguarda i poteri del pretore sia per quanto riguarda il sistema formulare cui si ispirano tutti gli elementi delle stipulazioni pretorie.

Infine ragioni di carattere sostanziale, tra le quali assume particolare importanza la formazione del vasto sistema obbligatorio romano, che ha la sua base fondamentale nella *stipulatio*.

7. Abbiamo preso in considerazione nello stesso tempo tutti e due gli aspetti sotto i quali può essere esaminato il nostro istituto; e cioè l'aspetto processuale, in quanto la stipulazione pretoria è imposta dal pretore e costituisce un mezzo di difesa giuridica, ed inoltre l'aspetto sostanziale, in quanto la stipulazione pretoria è sempre un atto volontario di parte che dà origine ad un rapporto obbligatorio.

Notiamo a questo punto che la divergenza di opinioni, per quanto riguarda la origine del nostro istituto, tra il IOBBÈ-DUVAL ed il VON WOESS, i quali più degli altri si sono fermati su questo problema, è derivata appunto dall'aver tentato ciascuno di risolverlo considerando soltanto uno dei due aspetti.

(1) Doveva essere diventato ben difficile trovare garanti che assumessero l'obbligo principale, quale era quello del *praedes* o dei *vades*. In questo senso v. anche: IOBBÈ-DUVAL, *Les decreta des magistrats*, *St. Bonf.* 3, 178 sg.

Per primo IOBBÈ-DUVAL (1) affermava che quando la *lex Aebutia* venne ad ampliare il potere del pretore urbano ordinando allo *iudex unus* di osservare la formula d'azione, formula che le parti avevano fornita, è naturale che il magistrato sia venuto creando al lato della nuova formula d'azione delle procedure complementari destinate a migliorare l'amministrazione della giustizia.

Tutti gli elementi costitutivi della nostra istituzione, continuava il IOBBÈ-DUVAL, sono improntati alla procedura formulare. I vari mezzi di coazione, dei quali il pretore può servirsi per imporre la stipulazione, presuppongono la esistenza della *Lex Aebutia*. Il pretore si propone pertanto di raggiungere per mezzo di procedure più semplici e più efficaci il fine che di già era stato intravisto con il sistema delle *legis actiones*. Basta ricordare i *vades*, i *praedes litis et vindictiarum*, la *legis actio damni infecti* che le leggi Giulie si guardarono bene dall'abolire. Per questi motivi è presumibile che le prime stipulazioni imposte dal pretore siano apparse dopo le azioni onorarie più antiche ed in tutti i casi dopo la *lex Aebutia*.

Tutte le congetture dell'eminente romanista sono a nostro avviso accettabili e di esse noi abbiamo tenuto conto nel nostro studio. Però non possiamo non rilevare che l'opinione del IOBBÈ-DUVAL pecca di incompletezza. Come incompleta è d'altronde la formulazione del VON WOESS (2) il quale, considerando le stipulazioni pretorie specialmente del punto di vista del diritto sostanziale, ha posto innanzi la suggestiva ipotesi che esse trovino la loro fonte in un atto di auto-soggezione delle parti di natura contrattuale e che pertanto non siano potute sorgere se non dopo che la categoria dogmatica dell'obbligazione contrattuale si era formata da tempo.

Le opinioni dei due maestri illuminano ciascuna una delle due facce del delicato problema. Ma la definitiva risoluzione di esso non può, a nostro avviso, esser trovata se non tenendo conto della struttura complessa della stipulazione pretoria, la quale risultando dall'insieme di più atti distinti costituisce un procedimento. E per questo motivo non è sufficiente indagare sui fattori che hanno determinato l'origine soltanto di uno o di un altro dei suoi elementi costitutivi.

L'indagine deve essere condotta considerando l'istituto contemporaneamente sotto tutti i suoi diversi aspetti. Solo così si possono

(1) IOBBÈ-DUVAL, *Op. cit.* *St. Bonf.* 3, 163 sg e specialmente 178-182.

(2) V.: WOESS, *Die praetor. Stipulationen u. der roem. Rechtschutz*, in *Zss.* 53, 1933, 407 sgg.

superare quelle incertezze che sinora ci avevano tenuto lontano dalla verità.

8. Dopo quanto si è detto appare evidente che noi avversiamo decisamente l'opinione di coloro i quali sostengono l'origine preebuzia delle stipulazioni pretorie.

Per il primo il LEIST⁽¹⁾, seguito poi dal KELLER-WACH⁽²⁾ affermava che è inammissibile che già dal tempo delle *legis actiones* il pretore non intervenisse per tutelare la proprietà privata, per prevenire le liti, per salvaguardare gli interessi dei pupilli. E' naturale che il pretore si sia servito del suo *imperium*, intendendo questa parola nel suo significato più ristretto in contrapposizione a *jurisdictio*, per imporre stipulazioni servendosi a carico di colui che si rifiutava, del suo potere di imporre ammende, *multae* e *pignora*.

Premesso che questi autori partono da una concezione inesatta del contrapposto *imperium-jurisdictio*, dimostreremo come i due argomenti che sono addotti a sostegno di questa tesi sono ambedue inadeguati.

Il primo argomento sarebbe fornito dall'analogia tra il procedimento interdittale ed il sistema delle stipulazioni pretorie. Trattandosi in ambedue i casi di procedimenti speciali e sussidiari, se noi riconosciamo che i primi interdetti rimontano presumibilmente ad una epoca anteriore a quella in cui fu emanata la *lex Aebutia*, non si intende la ragione per la quale le prime stipulazioni pretorie non abbiano potuto avere un'origine contemporanea.

Questa analogia, la quale per chi ben osservi si rivela molto superficiale, non è sufficiente per farci ammettere come provata l'origine preebuzia delle stipulazioni pretorie.

Infatti se si confrontano tra di loro i due procedimenti, e ciò noi faremo meglio in seguito, apparirà senz'altro evidente che la procedura interdittale presenta un carattere notevolmente più arcaico di quello delle stipulazioni che venivano imposte dal pretore.

Nè vale il secondo argomento, per cui la formula della *cautio damni infecti*, in materia di *aedes ruinosae*, avvicinandosi a quella della *lex Aquilia*, attesta l'alta antichità dell'istituto. E' stato infatti dimostrato, con ricchezza di argomenti, che il nuovo regime pretorio

(1) LEIST, *Versuch einer Gesch. d. roem. Rechtsgesch.*, 26, n. 7, 83.

(2) KELLER-WACH, *Roem. Zivilprozess*, 6 ed., 109-110.

in materia di danno temuto, venne a subentrare al vecchio regime della *legis actio* in epoca posteriore alla *lex Aebutia*⁽¹⁾.

Ciò sarebbe stato possibile in via astratta ed ipotetica per le altre cauzioni in quanto son dirette a proteggere rapporti non tutelati dalle antiche *actiones*, oppure servono di complemento ad esse; ma l'origine preebuzia della *cautio damni infecti* sarebbe anche in tal caso da escludersi, perchè se con essa il pretore sostituiva la tutela civile, non poteva pertanto introdurla già nel II sec. a. C.

Inoltre le fonti che testimoniano l'origine della *cautio damni infecti*⁽²⁾ cominciano ad intensificarsi nella seconda metà del I sec. a. C.

9. Anche il GIRARD⁽³⁾, afferma che è ben possibile che il pretore abbia già nella procedura delle *legis actiones* sanzionato degli interessi sprovvisti di protezione giuridica, forzando colui che voleva vedere obbligato a vincolarsi mediante contratti verbali generatori di azione civile.

Infatti questo mezzo non avrebbe richiesto da parte del pretore il potere di *dare* o *denegare actionem* e pertanto avrebbe potuto facilmente essere adoperato anche in quel periodo.

La costruzione del GIRARD è a nostro avviso troppo fragile. Innanzi tutto essa non è confermata dalla testimonianza di alcuna fonte, sia giuridica che letteraria. In secondo luogo è molto difficile che in un sistema di procedura in cui l'intervento del pretore aveva un carattere semplicemente autorizzativo, il pretore stesso abbia potuto servirsi largamente di un mezzo simile e per fini analoghi a quelli che verranno perseguiti col sistema delle *stipulationes praetoriae* nell'età classica.

10. Un'opinione più moderata è invece quella sostenuta dall'HUVELIN⁽⁴⁾, il quale vede nella *sponsio et restipulatio tertiae partis*

(1) BRANCA, *op. cit.* 61 sgg.; l'opinione del B., cui aderiamo, stabilisce ormai un sicuro punto di partenza per la storia della *c. d. i.* Le altre opinioni (HESSE, *Rechtsverhaeltnisse*, 1, 177; HUSCHKE, *Gaius*, 212; BURCKHARD, *Continuazione al GLUECK*, D. 32. 2, *Tr. Bonfante*, 81) sono state sottoposte dal B. ad una critica oculata. V. per queste: *op. loc. cit.*

(2) *Lex Rubria*, c. XX. V.: RICCOBONO, *Fontes*, 136 sgg.; D. 41. 2. 23. 3; D. 42. 4. 12.

(3) GIRARD, *Organisation judiciaire*, 205; v. anche: PERNICE, in *Zss*, 5, 1884, 33. CUQ, *Ist.* I, 184.

(4) HUVELIN, *Droit romain*, 1, 162.

della *legis actio per condictionem* la prima applicazione dell'*imperium* del pretore nell'imporre stipulazioni. All'opinione dell'HUVELIN, pare aderisca con molte riserve il DE MARTINO (1).

Afferma l'HUVELIN che al tempo delle *legis actiones*, in cui il pretore è sfornito del potere di *dare* o *denegare actionem* (2), non si può pensare come sanzione all'*iussum* di procedere alla stipulazione se non alle *multae* ed ai *pignora*. Pertanto è probabile (ma non è provato affermiamo noi) che la *sponsio et restipulatio tertiae partis* sia stata creata dal pretore e non dalla legge. Infatti, poichè la legge poteva imporre di pieno diritto una pena a quella delle parti che perdeva il processo, non si vede per quale ragione si sarebbe servito di questo mezzo indiretto, cioè di imporre, mediante la doppia stipulazione, alle parti di obbligarsi per il caso di soccombenza nella lite. D'altra parte, continua l'HUVELIN, noi sappiamo che gli altri due esempi di *stipulationes* e *restipulationes* concluse in *iure*, che noi conosciamo, sono delle stipulazioni pretorie (nella *actio de pecunia constituta* e nella procedura interdittale al tempo del sistema formulare).

L'errore dell'HUVELIN consiste nel confondere la diversa natura delle applicazioni processuali della *sponsio*.

E' vero che nella procedura interdittale il pretore imponeva una *sponsio*; è pure ammissibile che la *sponsio et restipulatio tertiae partis* sia stata imposta dal pretore; ma si tratta sempre di istituti che hanno un fine essenzialmente diverso dal nostro e noi non possiamo, se non a rischio di generare una grande confusione, affermare che l'origine di questi istituti costituisce l'origine del sistema delle *stipulationes praetoriae*.

Considerate dal punto di vista dell'autorità che le impone tutte potrebbero esser chiamate *stipulationes praetoriae*. Ma l'analogia tra questi diversi istituti scompare se si scende nell'esame della loro struttura e funzione.

Voler affermare che l'origine del sistema delle *stipulationes praetoriae* va ricercata nella *sponsio et restipulatio tertiae partis*, o nella *sponsio poenalis-praeiudicialis* del processo interdittale è, a nostro modesto avviso, un grave errore (3).

(1) DE MARTINO, *La giurisdizione*, 119.

(2) V.: DE MARTINO, *op. cit.* 70 ed altra bib. ivi cit. al n. 1.

(3) Ciò è stato già notato dallo SCIALOJA, *Ist.* 225, il quale infatti affermava:

« Non bisogna confondere le *stipulationes* con le *sponsiones (praeiudiciales, poe-*

Pertanto, volendo eliminare definitivamente quegli elementi che sono atti piuttosto a confondere che a chiarire le idee s'impone la necessità di esaminare, sia pur brevemente, la natura di queste altre applicazioni processuali della *sponsio*, che come vedremo, nulla hanno a che fare con l'istituto oggetto del nostro studio.

a) La *sponsio et restipulatio tertiae partis* (1), esiste certamente nella *legis actio per condictionem* (2), azione introdotta per i crediti di danaro da una *lex Silia* (forse un plebiscito) della metà del II sec. a. C., ed estesa successivamente da una *lex Calpurnia* per i crediti di *certae res* (3).

Quest'*agere per condictionem* si riconnette alla disposizione di una precedente *lex Pinaria* la quale, per tutti i rapporti di debito e di credito fatti valere mediante l'*actio sacramento in personam*, aveva stabilito che dopo l'esperimento della *legis actio* le parti avessero un termine di 30 giorni per ricomparire *in iure* e farsi assegnare un giudice. Oltre ad attenersi alla stessa massima, come autorevolmente afferma l'ARANCIO - RUIZ (4), la legge *Silia* sembra aver accolto anche la penalità risultante dall'obbligo del soccombente di pagare la *summa sacramenti*. Al momento dell'organizzazione della istanza l'uno dei due litiganti può pretendere dall'altro la promessa di una somma eguale al terzo del valore della lite per l'ipotesi della soccombenza e con la riserva di fornire lui stesso una promessa equivalente.

La scommessa di una somma da pagarsi all'erario della *l. a. sa-*

nales), perchè queste sono un mezzo processuale e servono per lo sviluppo del processo, per la collaborazione e l'interessamento maggiore delle parti al processo stesso, mentre invece le stipulazioni hanno un carattere tutto diverso». E più oltre: « Carattere differenziale delle *stipulationes praetoriae* dalle *sponsiones* è che le prime si hanno quando è stato già introdotto il giudizio, le altre servono invece ad introdurre e a dare base al giudizio stesso ».

(1) Cfr.: CIC., *Pro Roscio*, 5, 14; 4, 10.

(2) BERTOLINI, *Proc. Rom.*, 1, 133; CUQ, *Ist.* 1, 213-14; GIRARD, *Man.* 932; SOKOLOWSKI, in *Dernburg Pand.* 232-233; PEROZZI, *Ist.*, 41 sg.; ARANCIO-RUIZ, *Ist.* 119, ecc.

(3) Il GIRARD, *Organ. judic.*, 1, 187 n. 1, *Man.*, 992 n. 3, fissa la data della *l. Silia* all'anno 510, ma senza alcun sicuro fondamento. Per quanto riguarda la *l. Calpurnia*, v.: PERNICE, *Labeo, Roem. Privatrecht in er. Jahrhundert*, III, 233; STINZING, *Beiträge*, 8; SOHM, *Ist.*, 287 n. 7; i quali ritengono che si tratti della *lex Calpurnia de pecunia repetundis* del 605, Contra: CUQ, *op. loc. cit.*; HITZIG, *Die Herkunft des Schwurgerichts in roem. Strafprozess*; MAJR, *Roem. Rechtsgesch.* 130; COSTA, *Fonti*, 21, 29 n. 3 ecc.

(4) ARANCIO-RUIZ, *Ist.* 119.

cramenti viene ad essere in questo modo sostituita da quella di pagare una penale al vincitore della lite, e tale penale corrisponde ad un terzo del valore della somma dovuta.

Come si sia potuto costringere il litigante che si rifiutava a promettere questa penale è problema insoluto per la mancanza di sicure testimonianze delle fonti. Si possono prospettare due ipotesi: la parte che si rifiutava veniva trattata come se di già fosse stata condannata; oppure il pretore la costringeva mediante *multae* e *pignora* ad addivenire alla promessa. Questa seconda è forse più attendibile perchè consona a tutto il sistema processuale delle *legis actiones*.

Ma il fine della *sponsio et restipulatio* è quello di punire il litigante temerario. Ciò è stato riconosciuto dal KARLOWA (1), il quale afferma che questo istituto ha un carattere prevalentemente penale; e questa opinione ci sembra accettabile.

Premesso tutto quanto si è detto sinora, ci sembra erroneo voler ricercare in questo istituto l'origine della stipulazione pretoria. Non si vuole infatti rafforzare con esso un obbligo giuridico già esistente, oppure creare una nuova obbligazione a difesa di un interesse del tutto sfornito di tutela giuridica. I fini dei due istituti sono completamente diversi onde è assolutamente da escludersi che il nostro problema possa trovare la sua risoluzione nel senso prospettato dall'HUVELIN.

b) Lo stesso carattere penale rivela la *sponsio poenalis-praejudicialis* del procedimento interdittale (2), con la quale le parti si impegnavano a pagare una somma (il cui ammontare veniva probabilmente determinato dal pretore con apprezzamento discrezionale) nel caso di volontaria contravvenzione al comando pretorio.

Anche qui si tratta di riparazione pecuniaria di un torto ed è estraneo il fine delle *stipulationes praetoriae* (3).

c) Un'ultima applicazione processuale della *sponsio* che non presenta nessuna analogia col nostro istituto è la *sponsio mere prejudicialis* dell'*actio per sponsionem* (4).

(1) KARLOWA, *Roem. Civilprozess*, 233.

(2) V.: CIC., *Pro Caec.*, 8, 21, 2; 8, 23; *pro Tullio*, 19, 44, 5; 20, 46.

(3) V.: SCIALOJA, *Ist.*, 225; BETTI, *Dir. Rom.*, 655; BOZZA, *L'actio in rem per sponsionem*, in *St. Bonfante*, II, 608 sg.

(4) V.: CIC. *pro Quinctio*, 8, 30; 8, 31; 9, 32, 27, 84; *Verr.* 2, 5, 54, 141; 2, 1, 45, 116; *Ad fam.*, 7, 21. Cfr. STINZING, *Ueber das Verhaeltniss der l. a. s. zu dem Verfahren durch spons. praejud.*; BOZZA, in *St. Bonfante*, 593 sgg., e altra vasta bibliografia ivi.

Le parti che volevano condurre un processo con *sponsio prejudicialis* concludevano un contratto condizionale nella forma della *sponsio* mediante il quale il futuro convenuto si obbligava a pagare all'avversario una somma determinata se la pretesa di quello fosse stata riconosciuta giusta dal giudice. Questa *sponsio* avveniva *extra ius*; era cioè un atto stragiudiziale in cui intervenivano soltanto i soggetti privati senza alcuna ingerenza da parte del pretore. Basta ciò per escludere ogni simiglianza con le *stipulationes praetoriae*.

11. L'indagine che abbiamo svolta sino a questo punto ci ha permesso di stabilire con una certa approssimazione l'epoca in cui incominciò ad essere adoperato nella pratica forense il nuovo sistema; ed inoltre di eliminare qualsiasi erronea confusione tra il nostro istituto e le altre applicazioni processuali della *stipulatio*.

Ma prima di procedere all'esame della struttura del nostro istituto nell'età classica ci sembra opportuno vedere quando le diverse specie di stipulazioni pretorie, singolarmente considerate, furono introdotte dal pretore; infatti questi non creò il nuovo sistema tutto d'un tratto ma gradatamente, a mano a mano che si sentiva il bisogno del suo intervento.

Il gruppo più antico di *cautiones* è quello rappresentato dalle stipulazioni riguardanti lo svolgimento del processo, nella fase *in iure*, che sono preparatorie al *iudicium* e dirette ad assicurarne la reale efficacia. Fanno parte di questo primo gruppo di *cautiones*: a) la *vadimonium sisti*; b) la *pro praede litis et vindiciarum*; c) la *iudicatum solvi*; d) la *ratam rem dominum habiturum*.

Se si fa eccezione per questa ultima, che costituisce una vera e propria innovazione del pretore, si può facilmente osservare che le altre si riallacciano alle più antiche cauzioni processuali (*vades*, *subvades*, *praedes*) e ne costituiscono anzi l'ultimo grado di sviluppo.

a) La *c. vadimonium sisti* (1), si ricollega alle promesse degli antichi *vades*. Nella *legis actio*, avvenuta la *in ius vocatio* e presentatisi i contendenti dinnanzi al magistrato, poichè difficilmente l'istruzione della causa veniva espletata alla prima udienza, oppure poichè

(1) V.: LENEL., *Ed.* 280; *de vadimonio faciendo* 17; STEINWENTER, *Versaumnissverfahren*, 162 sgg.; GIFFARD, *Stud. Doc.*, II, 16 sgg.; PIERRE MARIA, *Le vindex ecc.*, 141 sgg.

i litiganti dovevano essere inviati dinnanzi ad un altro magistrato ⁽¹⁾, l'attore poteva chiedere che il convenuto garantisse la sua presenza per l'udienza successiva ⁽²⁾. E' molto probabile che tale garanzia fosse offerta da un terzo estraneo ai litiganti rispondendo all'attore che domandava: « *Vas es?* » con le parole: « *Vas sum* ».

Certo è che in origine la posizione del *vas* ⁽³⁾ era quella di un garante del comportamento di un terzo ⁽⁴⁾.

In un passo dei digesti tratto dal Commento di Ulpiano sembra invece che il *vas* non garentisse il fatto del terzo, ma si obbligasse per il fatto proprio:

D. 45. I. 81 pr. Ulp. 77 ad Ed.: « *Quotiens quis alium sisti promittit nec adicit poenam, [puta vel servum suum vel hominem liberum], quaeritur an committatur stipulatio. Et Celsus ait et si non est huic stipulationi additum « nisi steterit poenam dari », in id quanti interest sisti, contineri; [et verum est quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet »]* ».

Ulpiano riferisce un'opinione di Celso (figlio), riguardante il caso che il garante della presenza in giudizio di un terzo, non avesse agguinto nella stipulazione la pattuizione della penale. Ci si domandava se « *committatur stipulatio* » e Celso avrebbe affermato che in questo caso il promissario era tenuto nell'*id quanti interest*, e cioè nella misura del danno derivante all'attore dalla non comparizione del convenuto. Fino a questo punto il passo (benchè l'intervento dei compilatori ci sembra probabile nell'esemplificazione ⁽⁵⁾) denuncia un

(1) Così ad es., se si tratti di causa presentata dinnanzi al magistrato municipale, mentre sarebbe stato competente il magistrato di Roma e viceversa.

(2) V.: GAI. 4. 184; PLAUT., *Aul.*, II, 4, 38; *Rudens*, III, 4, 72 sgg.; *Curcul.*, I, 3, 5; VARRO, *L. L.*, VI, 74; MACROB., *Sat.* 1, 16; GELL., *N. A.* VI; LIV. III, 13, 6.

(3) *Vadimonium* da un certo radicale *vad*, da cui deriva *vas*, *vadari*; il promissario è « *is qui vadatur* » cioè quello che presta il *vadimonium* all'altra parte. Cfr.: LENEL, in *Zss.* 24, 1903, 414; PARTSCH, *Burgschaftsrecht*, 76 sgg., 85 sgg.

(4) V.: WENGER, *Proc. civ. rom.* 93; FLINIAUX, *Le vadimonium*, e s. v. *vadimonium* nel *Darnberg et Saglio diction.*; DEBRAY, *Le vadimonium sous les actions de la lois*, in *N. r. h. du dr. fr. et étr.*, 34, 1910, 521 sgg.; COSTA, *Profilo*, 12 sgg.; BOYÈ, *Denuntiation*, 95; CUQ, *Ist.* I, 119; DULL, in *Zss.* 54, 1934, 98 sgg.; 55, 1935, 9 sgg.

(5) La esemplificazione è sospetta per un duplice motivo: innanzi tutto per il posto che essa occupa nel discorso di Ulpiano: sarebbe stato più corretto dire infatti: « *quotiens quis alium puta vel servum suum ecc.* »; ed inoltre perchè è assai poco probabile che un giurista classico abbia anteposto la menzione del servo a quella dell'uomo libero.

principio contemplato anche in altri frammenti e che tutto induce a ritenere di origine classica ⁽¹⁾. L'inciso « *et verum - ut stet* » ci sembra invece insiticio. Il tono ambiguo della chiusa del testo di Ulpiano desta forti sospetti sulla genuinità di essa: Ulpiano è uno scrittore chiaro e concreto e si astiene sempre dalle mere astrazioni teoriche. Se i compilatori hanno ritenuto necessario procedere all'aggiunta, affermando che nella *c. iudicio sisti* è implicita una promessa ma non del fatto di un terzo, bensì del fatto proprio, perchè « *de se quemque promittere oportet* », nel senso che si farà il possibile « *se acturum* » per indurre il terzo a comparire o comunque ad essere presente in giudizio ⁽²⁾, ciò dimostra che la cosa devette essere, nell'epoca classica, più disputata di quel che appare e che certamente la decisione accolta dai classici non era analoga a quella accolta dai compilatori. L'interpolazione ⁽³⁾, appare evidente se si prosegue nella lettura del passo dove al § 1 Ulpiano afferma, continuando il chiaro discorso interrotto dai giustinianeî e quasi per fare un esempio sul principio enunziato:

« *Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, utilitatem in ea re ecc....* ».

Il più antico *vadimonium* consistette pertanto nella promessa del fatto di un terzo ⁽⁴⁾. Si tratta cioè di un negozio di pura responsabilità ⁽⁵⁾ e ciò appare sicuro se noi osserviamo il rapporto giuridico che con queste promesse veniva ad essere costituito.

Su di un precedente rapporto di debito intercedente tra due soggetti e in via di attuazione veniva ad innestarsi un secondo rapporto tra il creditore che agiva per realizzare il suo credito e il terzo interveniente, il quale garantiva la partecipazione attiva del debitore convenuto in giudizio nelle udienze successive alla prima. In questo secondo rapporto, che è un rapporto di garanzia, si possono rilevare,

(1) Cfr. D. 2, 5, 3.

(2) Cfr.: D. 45. I. 83: « *sed curaturum se ut....* » (itp.?).

(3) Cfr.: BESELER, *Beitr.*, III, 103.

(4) VARRO, *L. L.* VI, 74. « *Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittebat* ».

(5) Come nella *Geiselschaft*, nella *Treugelobniss* e nel *Wettvertrag* dell'antico diritto germanico: V.: BEIERLE, *Der Ursprung der Bürgschaft* in *Zss. g. A.* 47, 1927, 571 sg.; GIERKE, *Schuld und Haftung*, 57, 132 sg.; AMIRA, *Nordger. Obligationenrecht*, I, 693 sg.; II, 840 sg.; BRUNNER, *Forschungen*, 593; PACCHIONI, *Tratt. dir. Civ.*, II, I, 1 sgg.; DE MARTINO, *St. sulle garanzie personali*, II, 13.

scomponendolo, due termini correlativi che sono: a) uno stato di assoggettamento prima personale, poi soltanto patrimoniale, da parte di colui che prestò il *vadimonium*; b) un diritto da parte dell'attore di far valere coercitivamente tale assoggettamento per rendere più sicuro l'adempimento della promessa (1).

Verso la fine della Repubblica in luogo della originaria promessa dei *vades* subentrò il *vadimonium* propriamente detto, cioè una stipulazione tra attore e convenuto il quale ultimo, però, era tenuto a garantire la sua promessa.

E' questo il *vadimonium* di cui ci parla Gaio (2).

La caratteristica peculiare del nuovo istituto è data dal fatto che mentre i *vades* promettevano l'osservanza di un determinato comportamento da parte del debitore convenuto, il *vadimonium* dell'età classica consiste invece nella promessa di osservare un determinato comportamento da parte dello stesso promittente.

Così mentre gli antichi *vades* erano soltanto dei garanti, adesso colui che presta il *vadimonium* è obbligato e nello stesso tempo responsabile. Questa evoluzione è senza dubbio dovuta alle mutate esigenze economico-giuridiche e sociali. Mentre infatti in origine il *vadimonium* serviva a differire un processo già iniziato e quindi si prestava in *iure*, nell'epoca classica domina il *vadimonium* stragiudiziale, a cui le parti spontaneamente ricorrevano con l'effetto della desuetudine della *in ius vocatio*. Nell'età classica quindi il *vadimonium* è un negozio verbale produttivo di obbligazione per il fatto proprio.

La garanzia, secondo la testimonianza di Gaio, era diversa a seconda dei casi. Poteva essere una promessa formale senz'altro, oppure una promessa garantita da mallevadori, o confermata con giuramento o infine « *recuperatoribus suppositis* » (3).

L'ammontare della penale era fissato mediante il giuramento dell'attore il quale però giurava di non chiedere una somma maggiore di quella che gli sarebbe spettata, « *calumniae causa* » vale a dire per il solo scopo di vessare l'avversario (4).

Nell'*actio indicati* e nell'*actio depensi* la penale è uguale al valore stesso della causa:

(1) LENEL, Zss. 23, 1902, 23, 98 sg.

(2) GAI 4, 184-187.

(3) V.: GAI 4, 185.

(4) GAI 4, 175 (« *Calumniae iudicium* ») e 4, 178.

GAI. 4, 186: « *Et si quidem iudicati depensive agetur, tanti fu vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti* » (1).

Giustiniano nella sua compilazione sostituisce costantemente il *vadimonium* con la *cautio iudicio sisti*, che differisce oramai, per il diverso modo di introduzione del processo, sostanzialmente dal *vadimonium* più antico.

Infatti scomparsa la bipartizione del processo nelle due fasi « *in iure* » e « *in iudicio* », la *cautio iudicio sisti* si riferisce a tutto il processo dal primo momento all'ultimo.

Vedremo in seguito le caratteristiche del nuovo istituto.

b) La *cautio pro praede litis et vindiciarum* (2) che costituisce uno degli elementi essenziali della procedura per *sponsionem* era prestata da colui che nelle *vindiciae* aveva ottenuto il possesso interinale prima della *sponsio*. Già conosciuta da Cicerone, dobbiamo presumere che essa sia comparsa in un'epoca di poco posteriore alla *lex Aebutia*, come del resto anche la cauzione di cui si è precedentemente fatto cenno.

La *lex Aebutia*, infatti, la quale introdusse il processo formulare, lasciò sussistere accanto a questo altri sistemi di giudizi: tra i quali occupò un posto molto importante la procedura per *sponsionem*. Questa, come giustamente rileva la BOZZA, introdotta originariamente per facilitare la procedura del *centumvirale iudicium*, servì in seguito in tutti quei casi, nei quali era preferibile, o per una ragione o per un'altra, impiegare invece della *legis actio sacramenti in rem* la *legis actio sacramenti in personam*.

L'istituzione dei giudizi centumvirali risale certamente ad una epoca coeva alla *lex Aebutia*, se addirittura non coincide proprio con

(1) Qualora il convenuto non si fosse presentato l'attore poteva esigere il pagamento della penale o dai *vades*, se c'erano, o dal convenuto stesso, oppure poteva ottenere la *missio in bona* con diritto di vendita (Cic., *pro Quinctio*, c. 5; D. 42, 4, 2 pr.). Si è discorsi nello stabilire se il *vadimonium desertum* da parte dell'attore producesse la perdita della causa o della sola istanza. V.: ZIMMERN, *Traité des actions*, 112 seg.; HARTMANN, *Ub. das röm. Contumacialverf.*, 13; KELLER, *Proc. Civ.*, trad. Filomus-Guelfi, 49 sgg.; BUONAMICI, *Storia del proc. civ. rom.* 587 sgg.; ARU, *Processo civile contumaciale*, 19 sgg. Per le fonti V.: Cic., *Pro Quinctio*, c. 5; ORAT., *Sat. I*, 9, 35 SVET., *Cal.*, XXIX.

(2) V.: LENEL, *Ed.* 281: *de satisdando* 51; cfr.: BOZZA, *op. loc. cit.*; KARLOWA, *R. G. II*, 441 n. 2; Cic. *Verr.* 2, 1, 114; 2, 1, 45, 115.

questa come già sostenne il WLASSAK (1) Ciò ci sembra invero sufficiente a dimostrare l'esattezza della nostra tesi.

Nella compilazione giustiniana questo tipo di cauzione si fonde con la *c. iudicatum solvi* (2). Vedremo in seguito le caratteristiche del nuovo istituto.

c) La *c. iudicatum solvi* (3) fu anch'essa introdotta dal pretore insieme alla formula petitoria per la proprietà e per la *hereditatis petitio*. Essa si prestava mediante una *satisdatio* (sostitutiva dell'antica promessa dei *praedes*) la quale si riscontra in tutto il periodo formulare. Il convenuto il quale non era in condizioni economiche tali da potere offrire una sufficiente garanzia per l'eventualità che riuscisse soccombente nella lite era tenuto a prestare questa cauzione (4).

Di essa ci fa espressa menzione Cicerone:

Pro Quinct. 8, 30: « *Iste... a Cn. Dolabella praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satis det ex formula: quod ad eo petat, quous ex edicto praetoris dies XXX possessa sint* ».

La testimonianza di questo passo ha molta importanza non solo perchè ci permette di fissare con sicurezza l'epoca in cui questo tipo di *c.* era pienamente conosciuta ed applicata nella pratica forense, ma inoltre perchè ci illumina abbastanza sulla fase introduttiva del procedimento delle *stipulationes praetoriae*.

L'attore che voleva ottenere che dall'avversario fosse prestata questa cauzione procedeva innanzi tutto alla chiamata *in ius* (5). Venute le parti innanzi al pretore si procedeva alla *postulatio*, cioè l'attore richiedeva al pretore l'*iussum caveri* (6). Quest'ultimo conosciuta sommariamente la questione « *aut satisdare aut sponsionem iubet facere* » (7).

I contorni di questa *c.* erano dunque ben delineati all'epoca di

(1) WLASSAK, R. E., *Centunviri*; P. G., II. 29 sgg., n. 19; V. inoltre MARTIN, *Le tribunal des centunvirs*; PARTSCH, in *Zss.*, 31, 440; BOZZA, *Sulla competenza dei centunviri*; KOSCHAKER, in *Zss.* 50, 679 sgg.

(2) RUDORFF, *Ed.* 284; LENEL, *Ed.* 496; BOZZA, *op. loc. cit.*; KARLOWA, *RRG.*, II, 441.

(3) LENEL, *Ed.* 282: *de satisdando* 51.

(4) GAL., 4. 102.

(5) CIC., *Pro Quinct.*, 9, 33.

(6) CIC., *Pro Quinct.*, 8, 30.

(7) CIC., *Pro Quinct.*, 8, 31.

Cicerone e ciò ci induce a ritenere che la *c. iudicatum solvi* deve avere certamente una origine abbastanza remota, comunque certamente coeva o di poco posteriore alla legge introduttiva della formula petitoria.

d) La *c. ratam rem dominum habiturum* (1), a differenza delle altre tre cauzioni (*vadimonium sisti*; *c. pro praede litis et vindictarum*; *iudicatum solvi*) esaminate sino a questo momento, le quali furono un adattamento di preesistenti istituti alle mutate esigenze del tempo, da parte del pretore, costituisce invece una vera e propria innovazione.

Questa cauzione ha lo scopo di assicurare l'efficacia del giudizio quando una delle parti non sia comparsa personalmente ma si sia fatta rappresentare da *procuratores* (2).

Affinchè il vero avente diritto non instauri un nuovo giudizio, qualora l'esito desiderato non abbia luogo, il procuratore deve assicurare che il suo rappresentato approverà la sua condotta in causa qualunque possa esserne il risultato.

Questa cauzione fu adoperata anche nel caso di denuncia di nuova opera fatta mediante rappresentanti; in tal caso colui che denunciava « *procuratorio nomine* » doveva prestar cauzione al denunciato « *dominum rem ratam habituram* » (3).

Il problema dell'origine di questa stipulazione e della data in cui essa fu presumibilmente introdotta dal pretore nell'editto non ha formato, per vero, oggetto di studii specifici; ciò non toglie che esso non abbia, specialmente per noi, la sua importanza e richieda pertanto un esame approfondito.

L'unico scritto in cui può trovarsi qualche congettura per quanto molto vaga e generica, è quello piuttosto antico del DEBRAY (4) al quale faremo spesso riferimento in seguito.

Prenderemo come punto di partenza per la nostra indagine la ricostruzione che della formula della *stipulatio de rato* viene proposta del LENEL (5).

(1) LENEL, *Ed.*, 282: *de defendendo eo cuius nomine quis aget et de satisdando*, 32.

(2) Non anche quando si siano fatte rappresentare da *cognitores*, come afferma: SCIALOIA, *Proc. Civ. Rom.*, 161.

(3) V.: D. 39. I. 5. 18; D. 39. I. 13 pr.

(4) Cfr.: DEBRAY, *La cautio amplius non peti*, in *N. r. h. d. fr. et etr.*, 36, 1912, 3 sgg.

(5) Cfr.: LENEL, *Ed.* 289.

« Quo nomine mecum acturus es, eo nomine amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit, dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse, quod si ita factum non erit sive quid adversus ea factum erit, quanti ea res erit tantam pecuniam dari spondesne? Spondeo ».

Dalla semplice lettura della ricostruzione si rileva facilmente come nella formula in esame fosse inserita una clausola « *amplius non esse petiturum* » che attraverso l'esame di alcuni luoghi delle fonti che ad essa si riferiscono, dobbiamo ritenere formasse da sola, originariamente, oggetto di stipulazione e precisamente di quella *stipulatio amplius non peti* ricordata in alcune fonti, sia letterarie che giuridiche, che risalgono agli ultimi anni della repubblica ed ai primi dell'impero (1).

Ci fermeremo perciò innanzi tutto a parlare, sia pure brevemente, di questa stipulazione che costituisce il punto di partenza per la risoluzione del nostro problema.

La *stipulatio amplius non peti* veniva prestata a favore del convenuto in giudizio quando l'azione fosse stata contro di lui intentata *procuratorio nomine*, per eliminare così il pericolo che la stessa azione venisse di nuovo rinnovata contro di lui ma questa volta da parte del *dominus* stesso. Verificandosi questa ipotesi il convenuto, che incorre nel rischio di una nuova condanna, sarà sufficientemente tutelato nei suoi interessi dall'*actio ex stipulatu* nascente a suo favore dalla interceduta stipulazione.

Che questa stipulazione fosse applicata nella pratica dei giudizi del periodo formulare possiamo affermarlo senza esitare poichè le fonti pervenuteci, per quanto non numerose, non lasciano adito ad alcun dubbio. Ma non poteva il pretore creare così, *ex novo*, un sistema senza riferirsi a qualche istituto sorto precedentemente: e noi abbiamo visto già, in linea generale, che la pratica di prestarsi volontariamente cauzione, per assicurarsi la tutela di diritti non ancora riconosciuti, è anteriore al sistema della garanzia imposta dal pretore.

Un passo di Paolo (2), in cui si riferisce una massima di Catone,

(1) V.: Cic. *Pro Roscio*, 12, 35; *ad Atq.* 188. I; *Brut.*, 5, 18; *ad Fam.*, 13, 28, 2; D. 46, 8, 14-15-23; D. 36, 3 2; v. inoltre: D. 50, 16, 82; D. 9, 2, 27, 16; D. 5, 1, 31. V. inoltre: *GAI* 4-107-108.

(2) V.: D. 45. 1. 4. 1.

fa cenno ad una *stipulatio amplius non agi*, e questa deve ritenersi la forma più antica della *stipulatio amplius non peti*.

Nel periodo formulare e fin quando la regola « *bis de eadem re ne sit actio* » non trovò la sua piena ed integrale applicazione, la *c. amplius non peti* continuò ad essere l'unico mezzo per evitare la ripetizione dei giudizi.

Nella sua formula essa doveva necessariamente portare l'indicazione:

a) della qualità in cui agiva colui il quale aveva intentata l'azione: quando l'attore agiva in nome altrui il convenuto aveva il diritto di esigere la promessa dell'*amplius non peti*. Questa ipotesi, che è quella generalmente verificantesi nella pratica, ha ispirato il pretore nella redazione della formula edittale; ma la pratica avrà certamente apportato modifiche a questa struttura originaria, a seconda delle circostanze, e così anche il *procurator* il quale agisce *suo nomine* avrà potuto essere chiamato a prestarla (1);

b) dell'azione intentata e della quale mediante la stipulazione volevasi impedire la ripetizione: il rinnovare il giudizio « *de eadem re* » farà sorgere nel convenuto il diritto di agire « *ex stipulatu* » contro il promittente;

c) della persona di cui si promette che non agirà nuovamente. Elegantemente si esprime Giuliano « *eum cuius de ea re actio petitio persecutio sit* » (2) e tutto induce a credere che egli riferisse proprio le parole contenute nella formula edittale.

L'indicazione della persona che con la *cautio* intendeva evitare i danni di un secondo giudizio intentato dal *dominus* in modo specifico: si può dedurre ciò da D. 46. 8. 14, Paul. 3 ad Plaut.: « *Si quis uni ex reis promiserit rem ratam dominum habituram [aut amplius eam non peti,] dicendum est stipulationem committi, si ab eo petatur, qui eiusdem obligationis socius est* » (3).

(1) Cfr.: D. 3, 3, 39 1.

(2) V.: D. 46, 8, 23. Cfr. LENEL, *Ed.*, 289.

(3) E' evidente nel testo l'inclusione dell'inciso « *rem ratam dominum habiturum-aut* » e di « *eam* ». Paolo commentava un testo di Plautio. Sembra che Plautio si sia occupato con insistenza della *stipulatio amplius non peti* alla quale si riferiscono i pochi testi pervenuti, estratti appunto dai Libri ad Plautium e precisamente: D. 46. 8. 16 pr.; D. 46. 8. 15; D. 50. 16. 82. Plautio non parla mai, invece, e ciò può sembrare molto strano, della *c. rem ratam dominum habi-*

Il passo ci dice che se ad uno dei debitori correali, è stato promesso l'*amplius non peti*, e poi viene convenuto in giudizio un « *eiusdem obligationis socius* », la stipulazione si ha per commessa. La risposta al quesito propostosi da Paolo sarebbe stata senz'altro negativa se nella formula fosse stato riportato il nome dello stesso promittente; invece Paolo, non senza qualche esitazione, (*dicendum est*), risponde in senso affermativo, proprio perchè la formula è piuttosto vaga e generica (« *amplius non peti* » senza la indicazione del nome dello stipulante.

d) della promessa dell'*amplius non peti*, cioè dell'oggetto stesso della stipulazione. L'espressione *amplius* si trova certamente nella formula, come stanno a dimostrarci i pochi passi pervenutici e cioè D. 50. 16. 32; D. 46. 8. 14-15-16 pr.

D. 46. 8. 15 Paul. 13 ad Plaut.: « *Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esset.* » ci fa comprendere facilmente la funzione svolta dalla nostra stipulazione e deve considerarsi, nonostante le critiche sollevate dall'EISELE (1), genuino.

turum: il che deve far pensare che questa non era al suo tempo ancora conosciuta o per lo meno che non aveva ancora assunto quella importanza che le verrà riconosciuta in seguito.

Al tempo di Paolo le cose stavano invece diversamente: la *c. amplius non peti*, per le ragioni che vedremo in seguito, era ormai limitata a casi eccezionali, mentre la *c. ratam rem domini habiturum* occupava il posto più importante. È logico che Paolo abbia perciò, commentando il passo di Plautio che si riferiva alla sola *c. amplius non peti*, proceduto ad una annotazione che si imponeva per il diverso stato di cose. Ma Paolo non avrebbe mai interrotto il discorso di Plautio per inserirvi l'inciso che noi sospettiamo. Avrebbe piuttosto alla fine aggiunto: e ciò vale anche per la *st. ratam rem haberi*, spiegandone le ragioni.

Il testo così pervenuto ai compilatori avrebbe poi subito una nuova modifica. La spiegazione di Paolo sarà stata ritenuta superflua e soppressa; mentre la sola menzione della *st. de rato* sarà stata riportata nel testo.

Un altro argomento a sostegno della nostra opinione lo si può desumere anche dal fatto che la *c. amplius non peti* viene menzionata, nel passo in esame, dopo l'altra cauzione, mentre ci saremmo logicamente aspettati di trovarla prima, così come lascia supporre la redazione stessa della formula edittale, sulla cui ricostruzione non sussistono dubbi. Cfr.: FRESE, in *St. Bonfante*, 4, 404 n. 25, 409 n. 47; BESELER, in *St. Bonfante*, 2, 73.

(1) L'EISELE (*Beitr.* 152 n. 2) dubita della espressione « *amplius non peti* » contenuta nel testo. Paolo e prima di lui Labeone avrebbero detto « *in stipulatione amplius non peti, peti verbum...* » o semplicemente « *peti verbum* ». Non sono validi gli argomenti a sostegno di questa tesi per confutare i quali il DEBRAY (*op. cit.* 32 sgg.) considerava le ragioni che dovevano avere indotto Labeone ad

La massima contenuta nel passo ha una portata generale e si dimostra di grande utilità nell'applicazione pratica della stipulatio. Promettendo l'*amplius non peti*, dice Labeone e forse prima di lui Plautio (1), si assicura che non verrà intentato un nuovo giudizio su una domanda già proposta una volta: in tal modo, colui in favore del quale viene prestata la cauzione, il convenuto, non corre il rischio di essere condannato due volte. *Petere* vuol dire perciò *petere iudicio*.

L'affermazione di questa massima da parte di Labeone non può spiegarsi, come già giustamente rilevava il DEBRAY (2), se non come diretta a porre fine alle inevitabili deformazioni apportate dai pratici alla struttura ed alla funzione della stipulazione. *Petere*, avranno detto gli avvocati, non vuol dire fare la *litis contestatio* ma reclamare una cosa sia giudizialmente che stragiudizialmente. E Labeone allora rimette le cose a posto dando alla parola *petere* quel solo significato che è compatibile col fine stesso della stipulazione e con la regola « *bis de eadem re ne sit actio* » che è a base dell'istituto. Il seguito del frammento conferma questa interpretazione del pensiero di Labeone (3).

enunziare il principio di cui trattiamo. Due ipotesi erano astrattamente concepibili: o Labeone si era trovato, teoricamente o praticamente, in presenza del caso in cui colui a favore del quale era stata prestata la cauzione ne pretendeva la efficacia per il solo fatto che un terzo aveva reclamato la cosa senza avere intentato il processo; ed in tal caso Labeone avrà detto: la stipulazione *non si ha per commessa* perchè *petere* non è soltanto reclamare ma reclamare in giudizio. Oppure Labeone si era trovato in presenza del caso in cui qualcuno, avendo già iniziato il processo *in iure*, non avesse ancora compiuta la *litis contestatio*, ed allora avrà detto: è insufficiente tutto ciò per potersi dire *petere*; *petere* vuol dire compiere tutte le formalità di apertura del giudizio, in esse comprese la *litis contestatio*.

Ma il pensiero di Labeone si può interpretare ancora diversamente. Egli ha voluto porre un principio di carattere generale dal quale altri avrebbero potuto trarsene in seguito. E questa interpretazione del pensiero di Labeone sembra a suo posto in un commento dell'Editto, mentre le altre soluzioni, più sopra esaminate, convengono più ad una raccolta di *quaestiones* o di *responsa*.

(1) L'espressione adoperata da Paolo nel testo « *Labeo accipiebat* » (cfr. D. 4. 3. 1. 3) fa pensare che la citazione non è diretta, ma che Paolo l'ha trovata in Plautio, che come si sa, cita un gran numero di autori.

(2) DEBRAY, *op. loc. cit.*

(3) L'EISELE (*Beitr.*, 152-153) afferma, a noi sembra gratuitamente, che Paolo critica il pensiero di Labeone. Nessun elemento ci offre il seguito del passo per poter supporre che Paolo non approva la soluzione di Labeone: « *si autem in ius*

Ma non è soltanto contro un *peti* che si vuole premunirsi per mezzo della nostra stipulazione, ma contro un *amplius peti*.

E' l'espressione « *amplius* » l'espressione tecnica che caratterizza la nostra stipulazione (1). « *Amplius non peti* » vuol dire, per lo meno nel suo significato originario, non proporre in giudizio un'azione che ha già una volta formato oggetto di decisione da parte del giudice (2).

eum vocaverit et satis iudicio sistendi causa acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit, ego puto non committi stipulationem amplius non peti: hic enim non petit, sed petere vult. si vero soluta esset pecunia, licet sine iudicio, committitur stipulatio: nam et si quis adversus petentem compensatione deductione usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti. nam et heres, qui damnatus non petere, si horum quicquam fecisset, ex testamento tenetur ».

Osservava il DEBRAY che continuando nella lettura del passo si ha l'impressione che Paolo ha voluto sviluppare il pensiero contenuto nella definizione di Labeone e applicare questa ad un caso particolare che non è stato in essa previsto. Quando il processo non è ancora pervenuto al *iudicium*, ma sono state compiute alcune formalità importanti, quali la *vocatio in ius*, il *vadimonium*, ecc., non si è alla presenza di un *iudicio petere*, afferma Paolo, ed il modo con cui si esprime (*ego puto*) fa pensare che egli non ha affatto voluto criticare ma soltanto delucidare il pensiero di Labeone. In seguito poi Paolo si domanda quello che avverrà se invece di agire contro lo stipulante il terzo si fa pagare: e dichiara che la stipulazione si ha per commessa. Ma per far ciò egli non critica Labeone, come vorrebbe sostenere l'EISELE, dicendo che la definizione che quello ha dato del *peti* è troppo ristretta.

Sarebbe stata comunque una critica troppo grossolana perchè *petere* anche a volerlo intendere con molta larghezza non può mai comprendere il *solvere*. Paolo invece trae argomento dalla compensazione e dal *legatum per damnationem*: poichè la compensazione e la *deductio* si fanno valere attraverso o dopo la *litis contestatio*, Paolo non trova nessuna difficoltà ad affermare che poteva considerarsi come compiente un *agere* colui il quale opponeva la compensazione. E' ciò è giusto e conforme ai principi del diritto classico. Da ciò ad affermare che anche quando il creditore si presenta semplicemente al debitore per ottenere il pagamento, il passo era breve. La compensazione equivale, almeno sotto certi aspetti al pagamento. E perciò quanto può dirsi della prima può anche riferirsi al secondo.

L'estensione della nozione del *petere* all'opposizione in compensazione è certo anteriore a Paolo (« *recte dictum est* »); mentre la soluzione relativa al pagamento deve ritenersi introdotta da Paolo stesso.

(1) Perciò devesi distinguere la nostra stipulazione da quelle altre forme con cui si promette di non agire in via giudiziaria: es. D. 6. 1. 13; D. 5. 3. 36. 2; D. 12. 4. 3 pr.; C. 2. 3. 8 cfr.: PERNICE, *Labeo*, II, 1, 270-271.

(2) Questo senso ci sembra dovuto per un riavvicinamento naturale con lo impiego di questo termine nella procedura criminale. Cfr.: MOMMSEN, *Roem. Strafrecht*, II, 89 sgg.

Il passo che abbiamo più sopra esaminato conferma questo significato della parola *amplius*, significato che, col tempo e attraverso il diuturno lavoro della giurisprudenza, subì necessarie modifiche. Provano ciò sia D. 46. 8. 15 più sopra esaminato che D. 50. 16. 82.

Dopo avere esaminato la struttura e lo scopo della *stipulatio amplius non peti* passiamo ad esaminare gli altri lati del problema che ci interessa. Quando è stata introdotta nell'editto la formula della nostra cauzione? Fino a che epoca essa ha trovato applicazione nella pratica? Quali ragioni ne determinarono la decadenza?

Cicerone ci parla in alcuni suoi testi della *c. amplius non peti*. Ma da ciò non si può dedurre come sicuro il fatto che al tempo del grande oratore l'editto pretorio contemplasse già la nostra formula (1). In un luogo dell'orazione « *pro Roscio Com.* » (2) Cicerone parla di una « *consuetudo cautionis* » e da ciò il DEBRAY (3) desume la prova che la nostra stipulazione fosse già conosciuta dall'editto del tempo di Cicerone. Ma a noi questa non sembra per vero un'argomentazione sicura. Non voleva riferirsi forse il grande avvocato alla pratica di prestarsi volontariamente cauzione, come avveniva, ad esempio, in materia di danno temuto? Il passo non fa affatto cenno ad un intervento del pretore ed inoltre bisogna considerare che si riferisce ad una transazione, cioè ad una ipotesi molto diversa da quella che poteva essere originariamente prevista dall'editto. D'altra parte il fatto che Cicerone non parla mai dell'*iussum* pretorio non è sufficiente ad escludere l'ipotesi che l'editto dell'epoca del grande oratore non conosceva la nostra clausola. Poteva anche Cicerone non aver avuto mai occasione di parlarne. Nel dubbio è forse più accoglibile questa seconda ipotesi, per quanto anch'essa non sicuramente provata.

E' invece provata la esistenza della nostra cauzione nei primi anni dell'impero. Plauzio, come ci appare dai pochi frammenti pervenutici, sembra che si sia occupato con una certa insistenza di essa; e così pure Labeone. Orbene, poichè l'attività svolta specialmente da Plauzio si esplicò nel commentare l'editto, è da ritenere che questo già da qualche tempo contemplasse la clausola della nostra stipulazione.

Un'altra conferma a questa nostra congettura ci sembra venga offerta da un luogo di Giuliano, D. 46. 8. 23, in cui si annota un re-

(1) V.: CIC., *Pro Roscio*, 12. 35-37; *Ad Att.* 1. 8. 1; *Brutus* 5. 18; *ad fam.* 13. 28. 2.

(2) CIC., *Pro Roscio*, 12. 37.

(3) Cfr.: DEBRAY, *op. cit.*, 42.

sponso di Minicio. Si sa che quest'ultimo giurista è vissuto appunto nel periodo tra Augusto ed Adriano e che si è limitato a raccogliere puramente e semplicemente, senza aggiungervi nulla di proprio, responsi di Sabiniani (1). Il frammento che riferisce appunto uno di questi responsi non è immune da censure (2); ma in ogni modo prova quanto noi affermammo più sopra: che cioè la *c. amplius non peti* doveva già essere ben conosciuta nei primi anni dell'impero, se si sentiva il bisogno di commentarne i termini con tanta insistenza.

Il campo di applicazione della *c. amplius non peti* andò però in breve tempo restringendosi a casi sempre più eccezionali e ciò sia perchè la stipulazione era inutile ogni qualvolta funzionasse la regola « *bis de eadem re ne sit actio* », e questa ormai doveva funzionare molto largamente (3), sia per la comparsa della *stipulatio de rato*, sulla quale ci fermeremo più innanzi.

Il DEBRAY (4) ha fermato la sua indagine al primo ordine di ragioni che determinarono la decadenza di questa stipulazione, ma poco o nulla quasi ha detto circa i rapporti tra la *c. amplius non peti* e la *c. de rato*; ed è su questo punto che intendiamo soffermarci.

Ed infatti ai fini della nostra indagine è interessante sapere per quali ragioni il pretore ha sentito il bisogno di riconoscere e contemplare nel suo editto la *stipulatio de rato*, mantenendo nella formula di quest'ultima la clausola della cauzione più antica.

Bisogna premettere che anche la *c. ratam rem haberi* ha fatto la sua comparsa non nel campo del processo: di ciò fanno fede più testi tra i quali basta ricordare D. 46. 8. 9-10-11-12 pr. ecc.

Per quanto riguarda le ragioni che determinarono la decadenza della *s. amplius non peti* dobbiamo ricordare che questa ha avuto sin dalle sue origini un campo ben delimitato di applicazione: infatti essa veniva prestata, come si è già detto, a favore del convenuto quando l'azione fosse stata intentata contro di lui *procuratorio nomine*, e ciò per evitare che la stessa azione venisse di nuovo rinnovata dal *dominus*. Orbene la *c. de rato*, che ha finito per assorbire la prima, doveva avere un campo di applicazione ben più vasto per indurre il pretore a riconoscerla nell'editto. Se la *c. de rato* avesse avuto lo stesso

(1) LENEL, I, 699-700.

(2) Cfr.: RICCOBONO, *B. I. D. R.*, 7, 1895, 237 sgg.; BESELER, in *Zss.* 46, 1926, 143.

(3) Cfr.: GIRARD, *Man.*, 1013 n. 2.

(4) Cfr.: DEBRAY, in *N. r. h. d. dr. fr. et etr.*, 33, 1900, 689-703; 36, 1912, 42 sgg.

scopo e lo stesso campo di applicazione della *c. amplius non peti* non si capiscono le ragioni che avrebbero determinato la decadenza di questa.

Con l'aiuto di alcuni passi dei Digesti cercheremo di ricostruire la concezione classica.

Abbiamo visto che la *s. amplius non peti* mirava ad evitare la ripetizione dell'azione da parte del *dominus*, quando essa fosse stata già intentata dal *procurator*. I passi di Paolo, che rispecchiano sostanzialmente il pensiero di Pauzio e di Labeone, ci dicono ampiamente che doveva trattarsi di un'azione propriamente detta, nel senso classico della parola. Situazioni analoghe potevano però verificarsi nel caso in cui il *procurator* avesse promosso un'azione pregiudiziale, oppure il procedimento interdittale, oppure la *novi operis nuntiatio*, o infine nel caso in cui avesse richiesto una *cautio (damni infecti, legatorum ecc.)*. In questi casi a nulla poteva servire la *c. amplius non peti*, limitata a quel caso di applicazione particolare che ha formato oggetto del nostro studio nelle pagine precedenti. Ed ecco quindi la necessità di un nuovo tipo di cauzione la cui formula, più comprensiva, potesse contemplare anche queste altre situazioni che non si possono certo far rientrare nella espressione « *iudicio petere* », con la quale Plauzio, Labeone e Paolo designavano l'oggetto della *c. amplius non peti*.

D. 3. 3. 35. 2. Ulp. 9. ad Ed.: « *Non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praeiudicium vel interdictum, vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velis caveri...* ».

Anche quando il *procurator* agisce per ottenere un interdetto o una *stipulatio*, ovvero il mero accertamento di un diritto, sorge in lui l'obbligo di garantire l'altra parte che non si troverà esposta a nuove richieste da parte del *dominus* (1).

D. 39. 1. 5. 18, Ulp. 52 ad Ed.: « *Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisfabit eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omni modo remittitur [etiamsi verus sit procurator]* ».

Il passo, quantunque non immune da censure, ci attesta lo stesso obbligo di prestar cauzione a carico del *procurator* che procede alla *novi operis nuntiatio* (2).

(1) Cfr. inoltre: D. 3. 3. 40. 1; D. 39. 2. 39. 3; D. 46. 8. 20; D. 46. 8. 22; D. 46. 8. 25. 1; D. 46. 8. 4; D. 46. 8. 3 pr.; D. 39. 1. 13 pr.

(2) La terminologia « *verus procurator* » nel senso di questo frammento induce a sospettare la genuinità di tutto l'inciso finale. Cfr. in questo senso anche: ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, 10.

In tutte queste ipotesi il pericolo contro il quale intende garantirsi colui che addivene alla stipulazione, o colui nei confronti del quale è chiesto l'interdetto o è pronunziata la *nuntiatio*, deriva dalla possibilità che il *dominus* ritorni a chiedere quanto abbia già chiesto il suo procuratore (1). Nel diritto classico, infatti i diritti e gli obblighi che derivano dall'interdetto, dalle *stipulationes praetoriae* dalla transazione ecc. spettano soltanto al procuratore e ciò per il principio « *res inter alios acta alteri neque nocere neque prodesse potest* ». Ogni rappresentanza è esclusa e perciò il *dominus* può sempre richiedere ciò che è stato domandato dal procuratore. Per evitare ciò si fece ricorso alla *stipulatio de rato* la quale, come si vede facilmente, assolve in queste ipotesi un compito diverso da quello perseguito nella ipotesi della rappresentanza processuale. In questo caso, come è stato giustamente osservato (2), la causa del *periculum* è nella incertezza in cui si trova il convenuto della condizione vera di chi si dichiara *procurator ad litem* e non nella condizione stessa di *procurator ad litem*. Questo, se veramente tale sino al momento della sentenza, consuma l'azione, così come la consuma il *cognitor*, giacchè, sia nell'un caso che nell'altro, sussistono le condizioni necessarie per respingere il *dominus* che ritentasse l'azione; però mentre nel caso che agisca il *cognitor* il convenuto non ha da temere che il *dominus* revochi a sua insaputa il mandato, nell'ipotesi del *procurator ad litem* il convenuto, invece, ignora se è stato conferito il mandato, ed ammesso pure che sappia che esso è stato effettivamente conferito non sa se è intervenuta la revoca.

Pertanto sussiste il pericolo che il *dominus* ritenti l'azione senza che gli si possa opporre il principio « *bis de eadem re agi non potest* », ed il convenuto prudentemente si garantisce con la *cautio*.

In diritto classico ogni procuratore, senza distinzioni, era obbligato a dare la *cautio de rato* (3), e questo principio è rimasto immutato sino ai tempi di Paolo (4). Vedremo in seguito quali eccezioni apportò il diritto di postclassico a questa regola.

(1) V. inoltre: Cic., *Pro Roscio* 12. 35; D. 39. 1. 13. 1; D. 46. 8. 22 pr.; D. 46. 8. 12. 3.

(2) Cfr.: DONADUTI. « *Studi sul Procurator* » in *Arch. Giur.*, 89, 1923, 196 sgg.

(3) V.: D. 46. 8. 18; D. 46. 8. 25. 1; D. 46. 8. 8. pr.; D. 46. 8. 1-3-4; *Consult.* 3. 7; 3. 8; 3. 9; 3. 10.

(4) V.: D. 3. 3. 45. 2; D. 3. 3. 43. 3; D. 16. 2. 21; D. 46. 8. 13. 1; D. 46. 8. 13. 1; D. 46. 8. 19; D. 46. 1. 73; D. 3. 3. 35. 3; D. 3. 3. 39. 1-5.6 ecc.

La *cautio de rato* sembra ignorata da Cicerone il quale non mostra di interessarsi ad essa in nessun suo scritto; nonchè da Plauzio e Labeone, i quali pur avendo dedicato il loro studio alla *cautio amplius non peti* non parlano mai invece dell'altra. Ciò deve indurci a ritenere che in quell'epoca la *c. de rato* non avesse ancora fatto la sua comparsa nel campo delle *stipulationes praetoriae*.

Sorta dunque in epoca posteriore e per quelle finalità che non potevano essere raggiunte per mezzo della *c. amplius non peti*, la *c. de rato* doveva necessariamente far perdere tutta la sua importanza alla prima. Il pretore, per amore della tradizione, mantenne nella formula accanto alla clausola « *amplius non peti* », ormai dimenticata nella pratica, la clausola « *de rato* », che nel nuovo campo della rappresentanza processuale ed extraprocessuale aveva completamente soppiantato la clausola più antica (1).

Solo così si può spiegare come nella formula edittale che il LENEL (2) ha sapientemente ricostruito le due clausole appaiono quasi separate e le ragioni che indussero i giuristi che vennero dopo Labeone e Plauzio ad occuparsi sempre e soltanto della seconda.

L'indipendenza delle due clausole è documentata in diversi testi. D. 46. 8. 14, che abbiamo già esaminato precedentemente (3), non lascia dubbi su questo punto.

Un altro testo chiarissimo è D. 46. 8. 23, Iulian. 5 ex Min.: «... *Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, [et ratum habituros omnes ad quos ea res pertinebit]* etc. » in cui l'inciso « *et ratum - pertinebit* », probabilmente insiticio (il frammento si riferisce sin dal principio alla *c. amplius non peti* ed a questa soltanto), dimostra che nella formula della *stipulatio de rato* le due clausole dovevano essere effettivamente indipendenti l'una dall'altra.

Un altro frammento ci sembra possa essere addotto a sostegno della nostra opinione:

D. 46. 8. 22. 2, Iulian. 56 dig. « *Quod si procurator [per iudicem] non debitam pecuniam exegisset, dici potest, [sive ratum do-*

(1) Non deve pertanto confondersi la *stipulatio amplius non peti* con la *de rato*, come pure avviene spesso anche presso eminenti studiosi: cfr.: BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, 347 sgg.

(2) LENEL, *Ed.*, 289.

(3) V. retro: p. 27 n. 3.

minus habuisset sive non habuisset, fideiussores] (*sponsores*) *non teneri, [vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit, vel] quia nihil stipulatoris interest ratum haberi: [adficietur ergo iniuria is, qui procuratori solvit. magis tamen est, ut si dominus ratum non habuerit, fideiussores teneantur]*.

Il frammento si presenta in una veste così poco chiara da farci seriamente dubitare della sua genuinità.

Ed infatti: « *per iudicem* » è sicuramente interpolato come è interpolato in tutti quei passi ove sta per il nome di una magistratura (1) l'inciso « *sive ratum - habuisset* » è perfettamente inutile; *fideiussores* è interpolato al posto di *sponsores* (2); l'altro inciso « *vel - vel* » deve anch'esso essere attribuito ai compilatori o a qualche glossatore postclassico, perchè l'incertezza della causa espressa dallo *esset*, che segue il primo *quia*, contrasta fortemente con la certezza significata dall'indicativo *est* (3); « *adficietur - fin.* » è tutto frutto del lavoro dei compilatori e non può essere attribuito a Giuliano perchè specialmente l'inciso finale « *magis-fin.* » è in manifesta contraddizione con la prima parte del testo.

E' molto probabile che il testo originario di Giuliano sia stato del seguente tenore: « *Quod si procurator non debitam pecuniam exegisset, dici potest, si dominus ratum non habeat, sponsores non teneri, quia nihil stipulatoris interest ratum haberi* ».

Dal passo così ricostruito dobbiamo trarre questa conseguenza: che la *c. amplius non peti* doveva aver perduto, al tempo di Giuliano, tutta la sua importanza. Infatti la soluzione che ci offre il testo avrebbe potuto essere facilmente giustificata ricorrendo a quella più antica cauzione e non alla *c. de rato*: la stipulazione è priva di efficacia perchè colui a favore del quale venne prestata si è fatto promettere « *amplius non esse petiturum eum cuius de ea re actio est* »; orbene se la somma non è dovuta non può esservi persona cui spetti di richiederla in giudizio e la stipulazione, se è avvenuta è inefficace perchè manca di uno dei suoi elementi, l'oggetto.

Giuliano invece non pensa che alla ratifica e soltanto a quella: « *dici potest-ratum haberi* ». E ciò dimostra ampiamente che il pen-

siero del giurista è rivolto interamente alla *c. de rato*, la quale, sia nel campo teorico che nel campo pratico, aveva finito per prevalere sulla prima.

D. 50 16. 32, Paul, 14 ad Plaut. « *Verbum « amplius » ad eum quoque pertinet, cui nihil debetur: sicuti ex contrario « minus » solutum videtur etiam, si nihil esset exactum.* » offre un nuovo argomento a favore della tesi dell'indipendenza delle due cauzioni. L'affermazione di Paolo dimostra che la *s. amplius non peti* veniva adoperata senza che nella formula venisse aggiunta la clausola *de rato*: se non fosse stato così le parole di Paolo non avrebbero avuto alcuna utilità perchè colui a favore del quale venne prestata la cauzione avrebbe fatto ricorso a questa seconda clausola, e pertanto il significato della parola « *amplius* » non avrebbe subito quella deviazione dal suo significato originario (1), che pure è così evidente nelle parole di Paolo.

Parleremo in seguito dell'ulteriore sviluppo della *s. de rato*.

12. In materia di diritti reali il pretore si servì del nuovo sistema sia per garantire il danno futuro per l'eventualità che esso si verifici, sia per regolare i rapporti tra proprietario ed usufruttuario, sia infine nel caso della denuncia di nuova opera.

e) Per quanto riguarda la *c. damni infecti* dobbiamo ricordare che prima di questa per il danno temuto, già esisteva un antico mezzo di difesa, la *legis actio damni infecti*, istituto di diritto civile, che continuò a sussistere anche dopo la creazione del nuovo sistema pretorio sino all'epoca di Gaio.

La fonte giuridica più antica che ci attesta l'esistenza di questa cauzione è la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* c. XX del 47 a. C.

« *Qua de re quisque, et a quo, in Gallia Cisalpeina damnei infectei ex formula vestipularei, satisve accipere volet, et ab eo quei ibei iure deicundo praerit postulaverit, idque non calumniae causa se facere iuraverit, tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum quei in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et sei satis darei debebit, satis dare iubeto decernito... ecc.* ».

Se alcuno vorrà che gli si prometta e gli si dia una *satisdatio* secondo la formula proposta a causa di *damnum infectum* nella Gallia Cisalpina ed avrà chiesto a colui che è preposto alla giuri-

(1) Cfr.: SECKEL, in *Heumanns Handlexicon*, h. v.; DONADUTI, *op. cit.* 200.

(2) Cfr.: RECHNITZ, *Julian.*, s6 sgg.

(3) Cfr.: DONADUTI, *op. loc. cit.*; v. inoltre: SOLAZZI, in *Rend. Lomb.*, 57, 1924, 310 sgg.; BESELER, *Tiyschrift*, 10, 1930, 240; BINDER, *Prozes und Recht*, 324 sgg.

(1) V. retro p. 28.

sdizione nella Gallia questa pretoria stipulazione giurando di non chiederla *calumniae causa*, allora a colui che fu condotto *in ius* il magistrato competente comandi se dovrà darla la *satisdatio* e decreti che la presti secondo la formula.

Nel caso che il destinatario del *iussum* pretorio non avesse prestato la cauzione si considererà ugualmente responsabile così come se l'avesse realmente prestata ed al *postulans* spetterà un'*actio ficticia* la quale configura appunto l'elemento coattivo dell'obbligo di *cavere*.

Questo stesso regime non era però seguito dal pretore urbano il quale, se il proprietario dell'edificio pericolante o il costruttore delle opere si rifiutava di prestar cauzione, decretava una *missio in possessionem* a favore dell'interessato che veniva in tal modo autorizzato a detenere col proprietario l'immobile pericolante.

E' controverso se la *c. damni infecti* abbia fatto la sua prima apparizione nell'editto del pretore urbano o in quello del pretore peregrino.

Certo è che il nuovo mezzo di difesa pretoria costituisce un notevole progresso rispetto al mezzo più antico delle XII tavole, la *legis actio damni infecti*, che le leggi Giulie del 17 a. C. si guardano bene dall'abolire e che perdurò sino all'epoca di Gaio.

Circa l'origine di questa *c.* mentre in un primo momento tra i romanisti il problema si imperniava tutto sulla ricerca di elementi che potessero agevolmente giustificare la sua prima apparizione o nell'editto del pretore urbano o in quello del pretore peregrino, in seguito alle indagini più recenti (1), il problema si è spostato tutto verso lo studio dei rapporti tra la nostra *c.* da un lato e la *lex Aebutia* e le due *leges Iuliae* dall'altro.

Il BRANCA, al quale va riconosciuto il merito di aver dato una completa ed esauriente sistemazione a tutto il regime del danno temuto e del danno da cose inanimate nel diritto romano, afferma che l'ingresso della nuova forma di tutela pretoria è anteriore al 17 a. C.

Ci sembra che possa accogliersi questa opinione.

La *c. damni infecti*, già conosciuta nella prassi in epoca anteriore all'editto come cauzione volontaria, come precedentemente si è visto (2), è entrata a far parte del nuovo sistema pretorio per re-

(1) BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*.

(2) V. retro p. 6.

golare i danni temuti in ordine al muro comune perchè la tutela già esistente secondo lo *ius civile* e cioè la *legis actio damni infecti* si dimostrava praticamente insufficiente a regolare tutti i nuovi casi pratici.

In origine il pretore non si allontanava mai dalle antiche norme civili quando voleva tutelare gli stessi rapporti che quelle stesse garantivano.

La *c. damni infecti* non poteva esistere in epoca preebuzia poiché essa sostituiva la tutela civile. E ciò trova la sua testimonianza nel fatto che sia le fonti giuridiche che quelle letterarie incominciano ad essere più frequenti nella seconda metà del 1° secolo. Quando cioè il pretore, urbano o peregrino, rendendo obbligatorie quelle cauzioni che prima erano invece rimesse esclusivamente alla buona fede ed alla volontà delle parti costituì il nuovo sistema, certamente più efficace e completo di quello precedente, la *legis actio damni infecti*; questo, per le mutate esigenze di vita economica, giuridica e sociale, ormai non era più sufficiente a regolare tutti i casi che si verificavano in pratica.

Che in origine la prestazione della *c. damni infecti* fosse rimessa esclusivamente alla volontà delle parti viene chiaramente dimostrato da D. 39. 2. 43. 1 Alf. Varus II dig.: « *Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est: posteaquam... ecc.* » in cui come può facilmente rilevarsi non si fa alcun cenno dell'intervento del pretore nei rapporti tra vicini circa la parete comune. Il passo è a nostro avviso insospettabile e ci induce a ritenere che nell'epoca in cui visse Alfeno Varo, il quale fu *consul suffectus* nel 39 a. C. e raccolse in un'opera di *digesta* i responsi di Servio Sulpicio Rufo, non ancora era stato introdotto dal pretore il nuovo regime.

D. 8. 5. 17. 2 Alf. Varus II dig.: « *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare* » dello stesso autore ribadisce lo stesso principio. Se a questi passi si aggiunga la testimonianza di CICERONE (1), e le altre

(1) Cic., *Top.* 4. 22; *Verr.* 2. 1. 56. 146; *Pro Scauro*, 22, 45.

fonti già citate dal BRANCA (1), concludendo, possiamo affermare:

a) che l'uso di prestarsi volontariamente cauzione dovette persistere sin negli ultimi anni della repubblica;

b) che il nuovo regime della *stipulatio* imposta dal pretore con la sanzione della *missio* contro il proprietario renitente si venne affermando per la prima volta nell'albo solo per i danni derivanti dal *paries communis*, supplendo così alle lacune che il vecchio sistema della *legis actio* non poteva per molteplici ed evidentissime ragioni colmare.

Resta ancora un punto da chiarire: e cioè il rinvio che la *lex Rubria* fa all'editto del pretore peregrino. Ma ciò, afferma autorevolmente il BRANCA (2), non costituisce una prova contro la presenza della cauzione nell'editto urbano fin dal 49-42 a. C.; perchè appunto il rinvio poteva essere giustificato in quanto tra i *cives* la *stipulatio* era limitata al *paries communis*, mentre per gli stranieri regolava anche i danni temuti dalle case: e nella *lex Rubria* si trattava probabilmente di *aedes*.

f) Il pretore si servì del nuovo sistema per elaborare ed allargare nei suoi primitivi presupposti un istituto che risale molto probabilmente all'antico *ius civile*: la *novi operis nuntiatio* (3).

La *c. ex operis novi nuntiatione* consiste nel garantire in seguito allo interdetto demolitorio (4) mediante *promissio* o *satisdatio* che tutto ciò che risulterà costruito illegalmente verrà demolito a spese del costruttore *nunciatus* (5). L'effetto della cauzione è quello di eliminare la denuncia così come se fosse intervenuta remissione da parte del denunciante stesso (6); al quale spetterà un' *actio ex stipulatu* nella quale risulterà vincitore ottenendo la restituzione in pristino, qualora risulti provato l'*ius prohibendi* in base al quale ha proceduto alla *nuntiatio*.

Noi riteniamo che questo tipo di cauzione fu introdotta nell'e-

(1) D. 8. 2. 13. 1; D. 9. 2. 27. 10; D. 39. 2. 28; D. 39. 2. 39.

(2) V.: BRANCA, *op. cit.*, 89.

(3) LENEL, *Ed.* 525.

(4) D. 39. 1. 20 pr.; D. 39. 1. 20. 1; D. 39. 1. 7; D. 39. 1. 8. 2; D. 39. 1. 2. 3-4.

(5) E' semplice *promissio* per le costruzioni fatte in pubblico; è *satisdatio* per le opere eseguite in privato: D. 39. 1. 8. 2. e 3. In diritto giustiniano si può prestare anche mediante ipoteca.

(6) D. 39. 1. 5. 17; D. 39. 1. 20. 1. e 4; D. 39, 1, 20 pr.

ditto pretorio dopo la *c. damni infecti*. Applicato infatti dal pretore il nuovo sistema in materia di danno temuto nei rapporti tra proprietari vicini, poichè esso si presentava idoneo al regolamento di molteplici casi pratici ed adattabile anche in materia di *novi operis nuntiatio*, istituto diretto a regolare esclusivamente rapporti tra i proprietari vicini, il pretore avrà sentito la necessità di procedere all'adattamento dell'antico istituto alle nuove e mutate esigenze giuridiche.

D'altra parte se si confrontano attentamente i due tipi di cauzione si vedrà facilmente che la *c. ex operis novi nuntiatione* presenta un carattere notevolmente meno arcaico della *c. damni infecti*.

Inoltre le prime testimonianze sicure rimontano ai primi anni dell'impero. Questa cauzione era già conosciuta infatti da Labeone come risulta da D. 39. 1. 21. 5 Ulp. 80 ad ed.: « *Quaesitum est, si plures domini aedificent an omnes cavere debeant. et ait Labeo unum cavere debere. quia restitutio operis fieri pro parte non possit* ».

g) Mediante la *c. usufructuaria* (1) che doveva essere prestata in esecuzione dell'*iussum* pretorio dall'usufruttuario nei confronti del proprietario veniva garantito l'adempimento degli obblighi derivanti dall'usufrutto.

Precisamente: l'usufruttuario si obbligava ad usare la cosa secondo le regole ed a servirsene da buono e diligente padre di famiglia (2); si obbligava inoltre, finito l'usufrutto a restituire la cosa nello stato in cui sarebbe venuta a trovarsi in seguito ad un uso regolare (3).

L'applicazione originaria di questo tipo di cauzione si ebbe per il caso di un legato di usufrutto; ma ben presto il suo uso si estese ad ogni altra specie di usufrutto sia che fosse stato costituito per mezzo di disposizioni *fideicommissarie*, sia che fosse stato costituito mediante donazione *mortis causa* o mediante contratto. Lo si ammise però *utiliter*, cioè in via d'equità, anche per le altre servitù personali; ma ciò avvenne in epoca giustiniana (4).

Nelle opere di Cicerone non è fatta alcuna menzione di questa cauzione, per quanto si accenni in più luoghi a casi di legati di usu-

(1) LENEL, *Ed.* 286.

(2) D. 7. 9. 16.

(3) D. 7. 9. 1. 3.

(4) D. 7. 1. 13 pr.; D. 7. 9. 1. 2; C. 3. 33. 4; D. 7. 9. 5. 1-3.

frutto. Ma questi sono, per la maggior parte dei casi, a favore di vedove e servono ad assicurare la moglie che in caso di premorienza del marito potrà continuare a vivere nelle stesse condizioni di vita esistite durante il matrimonio per mezzo del godimento di una parte del patrimonio o di singoli beni già appartenuti al marito (1).

Di questa cauzione non si trova alcuna traccia nelle numerose opere che molte volte rispecchiano fedelmente le condizioni della vita giuridica al tempo di Cicerone. Considerando che i diritti spettanti al legatario di un usufrutto (e sappiamo che trattavasi quasi sempre di vedove) erano nel loro contenuto interpretati dalla giurisprudenza con quella libertà e larghezza che ispirava il riguardo allo *officium* coniugale e che l'oggetto preciso del diritto di usufrutto non poteva necessariamente essersi ben delineato può ritenersi probabile che il pretore non abbia ancora creato all'epoca del grande oratore il nuovo sistema; anche perchè trattavasi di persone legate tra loro quasi sempre da vincoli di strettissima parentela le quali per questo motivo, cessate l'usufrutto, avrebbero volontariamente e prontamente restituita la cosa al proprietario.

E' molto probabile che in questo primo periodo gli obblighi dell'usufruttuario fossero assunti mediante la prestazione di una semplice promessa verbale giurata facendo perciò ricorso alla religione per mezzo della quale l'impegno dell'usufruttuario di restituire la cosa alla fine dell'usufrutto e goderne come buon padre di famiglia veniva ad essere rivestito di un carattere solenne ed inderogabile.

Quando verso la fine della repubblica e durante i primi anni dell'impero, le disposizioni testamentarie mediante le quali si costituivano diritti di usufrutto cominciarono a volgersi anche a favore di estranei; quando la costituzione dell'usufrutto potè aver luogo anche mediante *in iure cessio*, *deductio* dalla *mancipatio*, *adiudicatio* ecc., il pretore creò la *c. usufructuaria* mediante la quale il proprietario poteva garantirsi contro ogni esorbitanza da parte dell'usufruttuario comunque pregiudizievole all'integrità del suo diritto.

Diversa dalla *c. usufructuaria* è la *c. quasi-usufructuaria* che si deve prestare nel quasi usufrutto. Questa cauzione non fu introdotta dal pretore bensì da un senato consulto emanato probabilmente sotto Tiberio: per questo motivo fu detta *c. civilis* o *senatoria*.

(1) Cic., *Pro Caec.*, 4. 11; 4. 12; 7. 19; *Top.*, 3. 17; 4. 21. ecc.

13. In materia di successioni le fonti ci ricordano i seguenti tipi di cauzioni: f) *c. legatorum nomine*; g) *c. de conferendis bonis et dotibus*; l) *c. ex lege Falcidia*; m) *c. evicta hereditate legata reddi*; n) *c. suspecti heredis*.

h) La *c. legatorum nomine* (1) occorre per assicurare che tutto ciò che il testatore volle che fosse fatto o fosse dato sarebbe stato fatto o dato nei termini da lui stabiliti; ed inoltre affinchè tra l'erede ed il legatario non fosse intervenuto il dolo (2).

Il legatario poteva chiedere, se l'erede si rifiutava di addivenire alla stipulazione, la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* sui beni della successione (3).

Questa cauzione fu anch'essa introdotta negli ultimi anni della repubblica come ci vien comprovato da D. 36. 3. 1. 15 Ulp. 79 ad Ed., in cui è riportata un'affermazione di Ofilio vissuto appunto in quell'epoca (4).

i) La *c. de conferendis bonis et dotibus* (5) costituiva uno dei mezzi con i quali si attuava la *collatio*.

Noi sappiamo che se l'emancipato voleva concorrere nella *bonorum possessio sine tabulis* con i fratelli rimasti *sui*, doveva dividere con essi quanto aveva acquistato per suo conto (*collatio bonorum*); similmente alla figlia maritata che aveva acquistato beni attraverso la costituzione di dote fu fatto obbligo, se voleva concorrere con i fratelli alla successione paterna, di conferire i beni costituiti in dote (*collatio dotis*) (6). La collazione si poteva fare o realmente o mediante cauzione (7).

(1) LENEL, *Ed.* I, 282.

(2) D. 36. 3. 1 pr.; D. 36. 3. 1, 11; D. 36. 3, 9; D. 36. 3, 14 pr. ecc.

(3) D. 36. 4. 5; C. 6. 54. 3.

(4) Il passo non desta sospetti tranne forse che per la frase finale [*videlicet fin.*]. La giurisprudenza e la pratica estesero le regole della *c. legatorum* ai fedecommissi.

Il WEISS (Zss. 30, 409) afferma che la « *cautio fidei commissi servandi causa* » sarebbe stata introdotta da Ulpiano e cita D. 36. 3. 14. e D. 36. 4. 3. Ma ciò è improbabile come già affermava SOLAZZI, *RIL.*, 49, 315 n. 1 e ora in *Concorso I*, 23 n. 1.

Ai passi menzionati dal Solazzi può aggiungersi D. 36. 4. 1. 1. in cui ben a ragione ci sembra possa ritenersi insitica la menzione del fedecommissario.

(5) LENEL, *Ed.* 283.

(6) V.: ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 540; GUARINO, *Collatio bonorum*, 1937.

(7) D. 37. 6. 1. 9; D. 37. 6. 5. 1 e 2; D. 37. 6. 1. 11 e 12:

L'introduzione quindi di questa cauzione è strettamente collegata all'origine del sistema delle *collationes* e questo era già conosciuto al tempo di G. Cassio Longino, morto durante l'impero di Vespasiano, come ci attesta D. 37. 6. 2. 5. PAUL. 41 *ad Ed.*: « *Si tres emancipati, duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco siti: nec...* ».

l) La *c. ex lege Falcidia* (1) fu introdotta dalla *lex Falcidia* del 40 a. C., per evitare che l'erede fosse danneggiato qualora ad un legatario fosse stato lasciato in misura superiore a quella stabilita dalla suddetta legge. Il legatario doveva prestare la *cautio* e se fosse risultato che egli aveva conseguito a titolo di legato più di quanto gli spettava per legge, avrebbe dovuto restituire una somma equivalente al di più conseguito. Nella stipulazione vi è anche la clausola *de dolo malo* (2).

m) Alla cauzione che si dava per la *Falcidia* si avvicina notevolmente la *c. evicta hereditate legata reddi* (3), che il legatario doveva prestare a favore dell'erede (4). Essa fu introdotta in epoca posteriore alla *c. ex lege Falcidia*.

n) La *c. suspecti heredis* che doveva essere prestata dall'erede ed a favore dei creditori del defunto che aveva intentato contro di lui le proprie azioni, era conosciuta già da Gaio che ne parla nelle sue Istituzioni (5).

14. Altri due tipi di cauzioni, la *c. rem pupilli salvam fore* e la *duplae stipulatio*, furono in un primo momento imposte dai consoli; poi, cessata la loro competenza in materia, furono imposte dal pretore o dall'edile (6).

o) La *c. rem pupilli salvam fore* (7) doveva essere prestata originariamente dai tutori legittimi i quali si obbligavano con essa a

(1) LENEL, *Ed.* 284.

(2) D. 35. 3. 1; 35. 3. 3; D. 35. 3. 4 pr. ecc.

(3) LENEL, *Ed.* 285.

(4) D. 35. 3. 4. 1-4; D. 35. 3. 3. 6-10; C. 6. 36, 9; B. 44, 4, 34.

(5) GAL., II, 155; V.: SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, 1. 98 sgg.

(6) D. 26. 5, 18; D. 26. 10. 8; D. 42. 5. 31. 2 e 3, Per la origine consolare della *c.*, cfr.: SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 122 sgg.

(7) V.: LENEL, *Ed.* 288.

gerire prestando nell'esercizio della loro funzione la « *fides et diligentia* » ed a rispondere della mancata gestione (1).

Mediante questa cauzione, si creavano così obblighi che altrimenti non sarebbero mai potuti sorgere: infatti l'*actio tutelae* non competeva contro i tutori legittimi.

Se il tutore si rifiutava di prestare la cauzione incorreva in una sanzione particolarmente grave: il pretore infatti ordinava la costituzione di un pegno sui suoi beni a favore del pupillo (« *pignoribus captis* ») (2).

Contro il tutore latitante *ne alimenta decernantur* veniva decretata la *missio in bona* (3).

La particolare rigidità di queste sanzioni non può meravigliare se si tiene presente l'elemento pubblicistico insito nella concezione dell'ufficio tutelare.

Nel diritto giustiniano, in conformità del processo di evoluzione subito dal nostro istituto, la *c. rem pupilli salvam fore* ha soltanto una funzione accessoria e di mera garanzia e viene imposta indistintamente a tutti i tutori (4).

Circa l'epoca in cui questa cauzione è stata introdotta nella pratica, a noi sembra logico ritenere che essa sia stata di poco posteriore all'attribuzione ai consoli dell'*ius tutoris dandi*.

p) Anche la *duplae stipulatio* ha origine consolare. Ciò è stato ampiamente dimostrato dal SOLAZZI (5), con l'opinione del quale noi concordiamo integralmente.

Per quanto noi troviamo inserita questa cauzione tra gli editti degli edili rurali, come garanzia contro l'evizione nel caso di vendita di schiavi, tuttavia molte prove vi sono dalle quali si può esattamente desumere che essa era stata imposta anche dai consoli (6).

Con essa il venditore prometteva la restituzione del doppio del valore della cosa venduta in caso di evizione. Ed anche essa servì a

(1) V.: GAL., I, 199, da cui si rileva che nel formulario della *satisfactio* veniva assicurata l'integrità dei negozi pupillari, che sarebbe stata messa in pericolo anche dalla mancata gestione del tutore. Contro: LAURIA in *Studi Riccobono*, 211.

(2) V.: J. I. 24. 3; cfr.: D. 27. 8. 6.

(3) V.: D. 26. 10. 7. 2.

(4) Cfr.: più oltre.

(5) Cfr.: SOLAZZI, *op. cit.*, III sgg.; V.: LENEL, 296.

(6) V.: VARRO, *de re rustica*, II, 5, 11; CIC., *de oratore*, I, 58, 246 e le altre fonti cit. dal SOLAZZI, *op. cit.*, 113-115.

costituire obblighi che non sarebbero altrimenti sorti, perchè non competeva l'*actio empti*.

In tarda epoca postclassica anche questa cauzione finisce per trasformarsi: gli obblighi che prima venivano assunti con la *stipulatio* diventano obblighi legali. Ma di ciò faremo parola in sede più appropriata.

15. Dopo avere esaminato, sia pure brevemente, l'origine delle diverse specie di stipulazioni, dimostrando così ampiamente che il nostro istituto non ha potuto sorgere in epoca preebuzia, possiamo a questo punto passare all'esame dei principii generali riguardanti la struttura della *stipulatio praetoria* nell'età classica; vedremo inoltre la funzione che essa esercita nel complesso meccanismo del sistema processuale romano, procedendo in tal modo ad una completa sistemazione del nostro istituto attraverso l'esame delle fonti che ci sono pervenute.

CAPITOLO II.

Le stipulationes praetoriae nell'età classica

PARTE I.

Il procedimento per ottenere la stipulatio

SOMMARIO: 1. Atti introduttivi del procedimento. *Eductio in ius*. Volontaria presentazione delle parti. *Denuntiatio*. Differenze tra i vari tipi di cauzioni. - 2. Proponibilità della domanda di *stipulatio* indipendentemente da ogni limitazione di tempo. - 3. *Postulatio*. Varie accezioni del termine *postulare*. *Ius iurandum calumniae*. D. 46. 5. 1. 9; D. 36. 4. 3. 1; D. 39. 2. 13. 14. - 4. Critica di D. 46. 5. 1. 9; 39. 2. 7; 39. 2. 31. 1; 39. 2. 22. 1. *Causae cognitio*. - 5. Natura dell'attività svolta dal pretore. - 6. Varie accezioni di « *causae cognitio* ». - 7. Varie finalità della « *causae cognitio* » nel nostro procedimento. - 8. La « *causae cognitio* » rientra nella « *iurisdictio praetoria* »: conferma desunta da: D. 45. 1. 5. pr.; Ist. 3. 18. 2; D. 46. 5. 1. 10; D. 39. 2. 1; D. 39. 2. 4. 3; D. 33. 2. 7. pr.; D. 39. 2. 13. 3; D. 39. 1. 1. 9. - 9. Decisione del procedimento. *Iussum caveri*. Natura autoritativa di esso. Il contrapposto *iurisdictio imperium* nel diritto classico. - 10. Nostra opinione sulla natura della *stipulatio praetoria*. Incertezza dei giuristi classici nella sistemazione di essa tra gli atti di *iurisdictio* o di *imperium*. Critica alla teoria del Von Woëss. - 11. L'*iussum caveri* fa sorgere un obbligo o un semplice onere? Carattere illecito della mancata prestazione. Conseguenze. - 12. Definizione della *stipulatio praetoria*. 13. Modalità della cauzione: *repromissiones* e *satisfactiones*. I principii vigenti nell'età classica. Critica di D. 36. 3. 7; D. 43. 3. 2. 3; D. 37. 6. 1. 9. - 13a. Termine per l'efficacia della *stipulatio*. - 13b. Penale per l'inadempimento degli obblighi assunti. - 14. Invalidità della *stipulatio*. D. 2. 8. 10 pr. - 15. Funzione esercitata dalla s. p. nel sistema processuale romano. D. 46. 5. 1. 4. Duplicità di aspetti della funzione cautelare. - 16. Concorso della s. p. con l'*actio*. - 17. La domanda per ottenere la s. p. non è *actio* per i classici. Ulpiano inizia l'avvicinamento delle s. p. alle *actiones*. - 18. Rapporti tra s. p. e procedimento interdittale. - 19. Rapporti tra s. p. e altre forme di tutela giurisdizionale d'autorità (*missiones, in integrum restitutiones*). - 20. Rapporti tra s. p. e *cognitiones extra ordinem*. Classificazione sistematica del nostro procedimento.

1. La prima fase del procedimento delle *stipulationes praetoriae* è rappresentata da alcuni atti diretti a portare a conoscenza della questione il magistrato competente (1).

Era necessaria la presentazione *in ius* delle parti. Le fonti non sono per vero nè molto abbondanti, nè molto precise su questo punto.

L. Rub. Cap. 20: « *Qua de re quisque, et a quo, in Gallia Cisalpeina damnei infectei ex formula restipularei, satisve accipere volet, et ab eo quei iure deicundo praerit postulaverit, idque non calumniae causa se facere iuraverit tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum, quei in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et, sei satis darei debeat, satis dare iubeto decernito* ».

Ma non possiamo affermare con sicurezza se la *eductio in ius* consisteva in un mezzo di introduzione al procedimento regolato da un complesso di forme debitamente legalizzate così come avveniva per la *in ius vocatio* delle XII tavole.

Nessun aiuto ci offre poi il passo di CICERONE:

Pro Quinctio 9. 33: « *Illud etiam restiterat, quod hesterno die fecerunt, ut te in ius educerent, ut nobis tempus, quamdiu diceremus praestitueres...* ».

Ma ciò non deve destare soverchia meraviglia. Anche nel procedimento interdittale era necessario che le parti comparissero *in iure* ed era perciò necessario un qualche mezzo introduttivo. Eppure le fonti sono mute in proposito. La maggioranza degli autori è concorde nel ritenere che la citazione dell'avversario dinnanzi al pretore per udire pronunziare l'interdetto aveva luogo senza dubbio nello stesso modo della citazione innanzi al pretore nelle cause civili in generale, quindi di regola mediante *in jus vocatio* (2).

Le *stipulationes praetoriae* che, come gli interdetti, costituiscono mezzi complementari della normale procedura, avranno indubbiamente lo stesso regime.

La domanda per ottenere la prestazione della cauzione sarà fatta in sulle prime per via extra giudiziale.

(1) Poichè anche gli Edili possono imporre stipulazioni sarebbe più esatto dire « *stipulationes honorariae* ». I giureconsulti classici si occupano da principio delle *stipulationes* imposte dal pretore e di quelle sole. L'editto degli edili curuli fu aggiunto da Giulio a quello del pretore.

(2) V.: BETHMANN-HOLLWEG, *Roem. Z. P.*, II, 358; UBBELOHDE, *op. cit.*, I, 398; BERGER, *Interdictum* in *R. E.*, IX, 1687; BERTOLINI, *op. cit.* II, 3, 37, n. 3; WENGER, *Ist.*, 245.

D. 39. 2. 44 Afric. 9 quaest.: « *Cum postulassem, ut mihi damnum infectum promitteres, nolui et priusquam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt* ».

Ciò d'altra parte è rispondente alla natura stessa dell'istituto che è tutto fondato su un atto di concorde volontà delle parti (1).

In tarda età classica e per alcuni tipi di stipulazioni si fece ricorso invece alla *denuntiatio* per provocare la presenza *in iure* della parte che era tenuta a prestar la cauzione.

D. 39. 2. 4. 5. Ulp. I ad Ed.: « *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 estrahi de domo sua. sed domum, in quam degit, denuntiari sic accipere debemus, ut et si in aliena domo abitet, ibi ei denuntietur. quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis. 6. Totiens autem praetorem exigere denuntiationem intelligendum est, si sit cui denuntietur: ceterum si non sit, veluti quod hereditaria insula est nec dum hereditas adita, vel si heres non extet nec inhabitetur, cessat haec pars edicti. est tamen tutius libellum ad ipsas aedes proponere: fieri enim potest, ut ita monitus defensor existat* » (2).

A colui il quale aveva diritto alla prestazione della *c. damni infecti* era fatto obbligo già in epoca classica, nelle provincie, di *evocare* l'avversario. Questa *evocatio* che in altri casi era compiuta anche per *litteras* o per *edictum*, nel caso da noi contemplato assume la forma della *denuntiatio ex auctoritate*.

La parte interessata rimetteva al funzionario distrettuale, che ne curava il recapito mediante un suo dipendente, l'invito all'avversario a comparire davanti all'autorità giudiziaria competente. Nel caso che l'avversario non si fosse trovato la *denuntiatio* veniva indirizzata al suo rappresentante o anche al suo inquilino, oppure se anche ciò non era possibile la *denuntiatio* avveniva *ad ipsum praedium* (« *libellum ad aedes proponere* ») (3).

(1) DE MARTINO, *La giurisdizione*, 116.

(2) I passi sono gravemente corrotti. V.: SOLAZZI, in *Arch. giur.* 94. 1925. 80; BESELER, *Beitr.*, IV, 159; LEVY, *Der. Herg d. roem. Ehescheidung*, 1925, 53 n. 5; FRESE, in *St. Bonf.*, 4. 436 n. 164. Circa la natura ufficiale o semiufficiale della *litis denuntiatio* v. JOBBÈ-DUVAL, *op. cit.*, 169 n. 21; ARU, *Il processo civile contumaciale*, 120 sgg.; BETTI, *Dir. rom.* 672 sgg.

(3) Cfr.: *Vat. Fragm.*, 167.

Il LENEL (1) ha ritenuto, argomentando dalla collocazione del fr. 5 nell'opera originaria di Ulpiano, che questo mezzo di citazione era obbligatorio solo nei procedimenti per danno temuto che si svolgevano dinnanzi al magistrato municipale.

Il BOYÈ (2) ha ritenuto invece che questo sistema veniva adoperato anche in Roma. Gli argomenti addotti a sostegno di quest'ultima opinione sono convincenti. Innanzi tutto il regime che governa il « *damnum infectum* » (*cautio, missio in possessionem, actio ficticia*) è sostanzialmente il medesimo sia in Roma che nei municipi, come risulta dalle fonti (3).

In secondo luogo erano frequenti le interferenze tra il diritto urbano e quello delle provincie, tanto che per emanare il II decreto nei municipi doveva farsi ricorso al *praetor urbanus* (4); e principalmente mancava un motivo specifico che giustificasse nell'ordinamento dei municipi la presenza di una *denuntiatio* che dal diritto di Roma sarebbe stata invece ignorata.

Per quanto riguarda la scelta di D. 39. 2. 4. è da ritenersi più accettabile l'opinione per la quale i compilatori avrebbero tolto il passo citato dal commento alla procedura municipale non perchè nei commentari all'editto urbano non era fatta menzione della *denuntiatio ad domum* ma perchè la legge stessa offriva il modo nei paragrafi precedenti e seguenti di esporre relazioni ed istituti che il l. XXII ad ed. non menzionava.

Il sistema dell'*evocatio denuntiationibus* non fu seguito però per gli altri tipi di cauzioni (5).

Infatti per le cauzioni di carattere processuale (*c. pro praede litis et vindiciarum; vadimonium sisti* ecc.) la *denuntiatio* non era necessaria in quanto quelle cauzioni presupponevano che le parti fossero già presenti davanti al pretore e non costituivano che un incidente di un processo di già instaurato.

Per gli altri tipi di cauzione non si cerca di ottenere con ogni mezzo la presenza dell'avversario dinnanzi al pretore che deve or-

(1) LENEL, *Ed. perp.* 53; seguito da: KIPP, *Die Prozesseinleitung d. Litisdenuntiation*, 165; RICCOBONO, *Fontes*, 269; BRANCA, *Danno temuto*, 195.

(2) BOYÈ, *La denuntiation introductive d'instance sous le princ.*, 239; BRANCA, *St. Ratti*, 168 n. 4.

(3) *Lex Rubria* cit. c. XX; D. 39. 2. 4; D. 39. 2. 15 pr.; D. 39, 2, 7, pr.

(4) D. 39. 2. 4. 3.

(5) Per altri casi in cui era obbligatoria la *denuntiatio ad domum* v.: BOYÈ, 240 sgg.; SOLAZZI, *Dir. ered. rom.* II, 164.

dinare di *caveri praetoria stipulatione*, ma si passa nel caso che l'avversario rifiuti di comparire *in iure* o di osservare l'*iussum* pretorio, con estrema facilità e senza indugio all'applicazione dei mezzi satisfattivi (*missio in bona*, concessione di *actiones utiles* ecc.).

Così ad esempio nel caso della *c. legatorum nomine*, qualora l'erede fosse stato assente si procedeva senz'altro alla *missio*.

D. 36. 4. 1. 1. Ulp. 52 ad ed.: « *Non exigit praetor, ut per heredem stet, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium [vel fideicommissarium] non stare, quominus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine [hoc est is a quo legatum fideicommissum relictum est], omnimodo poterit legatarius [et fideicommissarius] in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quominus caveatur. [non tamen et satisfatio debet offerri legatario, sed sufficiet sive desideravit et non cavetur, sive non habeat a quo satis desideret]* » (1).

Concludendo: dobbiamo ritenere che pur conoscendo il diritto classico vari modi di citazione ufficiale o semiufficiale per i provvedimenti di competenza del pretore, essi non erano strettamente obbligatori nel caso delle stipulazioni pretorie, le quali, come si è già detto, si fondano principalmente su un atto di concorde volontà delle parti. Se colui il quale era tenuto a prestar cauzione non fosse comparso *in iure*, l'*iussum caveri* sarà stato normalmente pronunziato nei suoi confronti, così come se egli fosse stato presente e in seguito gli verrà anche notificato. Persistendo ancora nel suo inattivo comportamento il magistrato dovrà, per porre fine a questo stato di cose, concedere quei mezzi satisfattivi specifici per ogni tipo di cauzione.

Si tratta in questo caso di una situazione in certo modo analoga a quella in cui veniva a trovarsi l'*indefensus* nella procedura normale, ma come vedremo meglio in seguito le conseguenze nelle due ipotesi di inattività processuale, sono profondamente diverse.

(1) Cfr.: NABER, *Mnem. Ns.* 25, 1897, 304 n. 15. L'inciso finale [*non tamen desideret*] è manifestamente interpolato. Ciò è dimostrato non solo dalla forma poco corretta (si che è seguito ora dall'indicativo ora dal congiuntivo) ma anche dal contenuto stesso della frase finale. Ci saremmo aspettati qualcosa di nuovo mentre invece non si fa altro che ripetere male quanto si è detto prima. Inoltre nella prima parte del passo si parla di *cautio*, nella frase sospetta, si parla di *satisfatio*.

2. Di questo mezzo di protezione pretoria l'interessato poteva servirsi in qualsiasi momento, indipendentemente dal *rerum actus* ed anche negli stessi giorni nefasti (1).

3. Venute le parti interessate dinnanzi al pretore, colui il quale aveva diritto alla cauzione procedeva alla *postulatio*.

CIC., *Pro Quinct.* 8. 30: « *Iste... a Cn. Dolabella praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satis det ex formula: quod ab eo petat, quous ex edicto praetoris bona dies XXX possessa sint* ».

D. 46. 8. 21 Ulp. 1 disput.: «... *quod si iudicatum solvi satis ab eo procuratore postuletur, necesse est, ut iuri manifesto pareatur* ».

D. 39. 2. 7 Ulp. 53 ad Ed.: « *Praetor ait: damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare...* ».

D. 39. 2. 44. Afr. 9 quaest.: « *Cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres...* » ecc.

Il termine *postulare* è adoperato molto spesso nelle fonti e serve inoltre ad indicare: a) la richiesta fatta al pretore per l'ammissione dell'azione (2); b) la richiesta fatta al pretore per ottenere l'interdetto (3); c) in un senso infine molto generico per indicare la propria pretesa dinnanzi al giudice(4).

Per le *stipulationes praetoriae*, *postulare* indica la domanda rivolta al pretore per ottenere nei confronti della controparte lo *iussum caveri* e per stabilire in tal modo la responsabilità di quella nel caso che non addivenga alla stipulazione.

In taluni casi il *postulans* non era tenuto a provare il proprio interesse; ma allora doveva prestare l'*iusiurandum calumniae* ed eventualmente si poteva procedere ad una cognizione sommaria da parte del pretore sulla legittimazione ad agire.

D. 46. 5. 1. 9 Ulp. 70 ad Ed.: « *Quod si sit aliqua controversia ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur,*

(1) V.: JOBÈ-DUVAL, *Études sur l'histoire ecc.*, I, 280; BISCARDI, *op. cit.*, 32.

(2) D. 3. 3. 35. 2.

(3) CIC., *Pro Tull.* 23. 53; *ad fam.* 15. 16; D. 43. 7. 1.

(4) D. 3. 1. 1. 2; D. 39. 2. 4. 8 (riguardo quest'ultimo passo non ci sembra accettabile l'interpretazione che ne dà il COLLINET, *op. cit.*, 241 sgg.; v. inoltre: BETTI, *op. cit.* 675 n. 4 ed altra bib. ivi.

ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum iurare aut denegare » (1).

D. 36. 4. 3. 1. Ulp. 52 ad Ed.: « *Nec non illa cognitio implo-randa erit ab herede, si forte dicatur per calumniam satis peti: hoc enim commune est omnium satisfationum. divus enim Pius rescripsit eum apud quem satis petitur, debere explorare, num per calumniam satis petatur: de qua re summatim debet cognoscere* » (2).

Anche nel caso in cui l'*iussum caveri* fosse stato richiesto a nome di un altro era necessario che il *postulans* giurasse in nome di colui per il quale agiva che non domandava *calumniae causa*.

D. 39. 2. 13. 13 Ulp. 53 ad Ed.: « *Si alieno nomine mihi damni infecti postulem, iurare debeo non calumniae causa id eum cuius nomine cautum postulo, fuisse postulaturum* ».

Il passo è incensurabile. *Cautum postulare*, come *cautum iurare*, *cautum denegare*, è un'espressione preferita dai giureconsulti classici.

D. 39. 2. 13. 14: « *Sed si eius nomine postulem, qui si ipse postulet iurare non compelleretur, veluti patronus vel parens, dicendum est locum iuri-iurando non esse: [de quo enim ille non iuraret, nec qui vice eius postulat in hac stipulatione debet iurare]* » in cui si dice che determinate categorie di persone non erano tenute a prestare l'*iusiurandum calumniae*, pur presentando notevoli indizi dell'intervento dei Giustinianeî contempla una regola classica. L'esemplificazione (*veluti patronus vel parens*) ci dice che al tempo di Ulpiano il patrono veniva esentato dall'obbligo del giuramento. E ciò viene confermato anche in un altro frammento di Ulpiano: D. 37. 14. 14:

D'altra parte noi sappiamo che solo in tarda età classica incominciò a riconoscersi al liberto la facoltà di stare in giudizio contro lo stesso patrono. Deve per questo motivo ritenersi assai poco probabile l'intervento dei compilatori nella prima parte del frammento.

Se si considera invece che la seconda parte non è altro che una inutile ripetizione della stessa regola enunziata in precedenza; e se si aggiungono gli altri indizi formali che ci inducono a sospettare della genuinità dell'inciso finale (Ulpiano non avrebbe infatti mai adoperato una espressione così poco elegante quale « *nec qui vice eius*

(1) Per le interpolazioni di questo passo v.: KRUEGER, *Zss.* 45, 1925. 43, 46; WIEDERMAYER, *Zss.* 50, 1930, 81 n. 2; BIONDI, *BIDR.* 30, 1921, 239.

(2) Cfr. inoltre: D. 39. 2. 7 pr. cit.; *lex Rubria* c. XX cit. ecc.

postulat »; *vice* è un termine adoperato a preferenza dai maestri bizantini ecc.) siamo portati logicamente a concludere che la seconda parte del frammento è un glossema postclassico.

Ritorniamo adesso allo svolgimento del nostro procedimento. Di fronte alla richiesta (*postulatio*) dell'ordine di *cavere* fatta da colui che aveva diritto o assumeva di aver diritto alla cauzione, è naturale che l'avversario abbia prospettato al pretore quelle circostanze di fatto e di diritto di cui quello dovesse tener conto per decidere sulla convenienza o meno di emanare l'*iussum caveri*.

Pertanto dall'atteggiamento di colui che era chiamato a prestar la cauzione di fronte al pretore, derivava un congruo allargamento dei poteri di quest'ultimo, poichè laddove la *postulatio* fosse risultata infondata, giusto le eccezioni sollevate dalla parte chiamata a prestar la *cautio*, il pretore avrebbe dovuto senz'altro, e come meglio vedremo nel paragrafo seguente, *cautum denegare*.

4. I rilievi sollevati dal *postulatus* in merito alla domanda fatta dall'avversario dovevano necessariamente indurre il pretore a fermarsi sia pure sommariamente sull'esame della questione e a non pronunziare l'*iussum* qualora quei rilievi fossero risultati fondati.

Non sappiamo se oltre a negare il fondamento della *postulatio* dell'avversario il *postulatus* abbia potuto opporre altre difese estranee al procedimento di cui si trattava ma delle quali il pretore avrebbe potuto tener conto al fine di una retta amministrazione della giustizia. Non molto chiaro ci pare su questo punto:

D. 46. 5. 1. 9. Ulp. I. ad Ed.: « *Quod sit aliqua controversia, [ut puta si dicatur per calumniam desiderari,] ut stipulatio interpounatur, ipse praetor debet super ea re [summatim] cognoscere et cautum iubere aut denegare* » (1) che non è immune da censure per quanto riguarda la forma, ma che sostanzialmente rispecchia il modo di vedere dei giureconsulti classici. Infatti anche a voler espungere dal testo l'esemplificazione introdotta con *ut puta*, segno probabile dell'intervento dei compilatori, e il *summatim*, su cui si appuntano principalmente le critiche mosse a questo passo, la sostanza di esso non muta.

Se vi sia qualche controversia tra le parti per la prestazione della cauzione, il pretore deve conoscere la questione e concedere o ne-

gare l'*iussum*. Il principio è razionale e risponde a tutte le esigenze di una concezione giuridica evoluta.

Ma il passo, così depurato, poco ci dice sulle difese che poteva il *postulatus* opporre al suo avversario.

D. 39. 2. 7 pr. Ulp. 53 ad Ed.: «... *si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo* » ci offre qualche aiuto nella nostra indagine.

Le difese opposte dal *postulatus*, si dice ivi, che danno origine ad una controversia, vengono inserite nella formula della stipulazione; così come avveniva per le vere e proprie eccezioni sollevate dal convenuto nel procedimento *per formulas* (« *satisdari iubebo sub exceptione* »).

Ora, se è vero, come a noi sembra debba ammettersi, che Ulpiano ha in più luoghi iniziato un timido riaccostamento della *stipulatio praetoria* all'*actio*, non ci sembra poi del tutto impossibile che egli si sia spinto sino al punto di ammettere la possibilità della *exceptio* da inserirsi nel contesto della formula della *stipulatio* a simiglianza di quanto avveniva nella formula delle *actiones*.

Il fine della *exceptio* era quello di mettere in rilievo le circostanze invocate a vincolare il giudice a tenerne conto con la conseguenza della *absolutio* ove fossero risultate sussistenti (1).

D. 44. 1. 2 pr. Ulp. 74 ad Ed.: « *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est* ».

Ora è vero che nel procedimento delle stipulazioni pretorie non vi era la bipartizione nelle due fasi *in iure* e *in iudicio*; e che la prestazione della *stipulatio* avveniva dinnanzi allo stesso pretore cui era stata diretta la *postulatio* ed esauriva tutto il procedimento. Ma sarebbe stato sempre utile inserire nella formula della stipulazione le circostanze addotte dal *postulatus* a sua difesa qualora queste circostanze non avessero potuto essere facilmente provate dinnanzi al pretore. Così nel caso contemplato nel frammento che esaminiamo è importante fissare nella formula della *stipulatio* la circostanza addotta dal *postulatus*. Questo se è realmente il *dominus* è il solo obbligato. Qualora perciò i garanti vengano convenuti mediante l'*actio ex stipulatu*, potranno paralizzare questa azione mediante l'*exceptio* fissata nella formula della stipulazione.

(1) Cfr.: DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 217.

(1) V.: BETTI, *Dir. rom.*, I, 531.

La regola è confermata in un passo di Paolo che ci sembra incensurabile: D. 39. 2. 31. 1, Paul. 78 ad Ed.: « *Si controversia sit, dominus sit nec ne is a quo cautio exigitur, sub exceptione satisdari iubetur* ».

Sospetto ci sembra invece:

D. 39. 2. 22. I, Paul. 10 ad Plaut: « *Si ab eo, quem dominum esse negarem, vellem sub hac exceptione « si dominus non esset » satisdari, ab eo vero quem dominum esse dicerem pure repromitti, constitit non debere me impetrare, sed debere me eligere a quo velim mihi caveri* ».

Si afferma che il *postulans* non può chiedere la *satisdatio* da colui che si afferma proprietario e nello stesso tempo la *repromissio* da colui che egli *postulans* afferma essere proprietario; ma deve scegliere da quale dei due vuole che gli venga prestata la cauzione.

L'incertezza ed ambiguità di questa regola; tutto l'insieme del passo che si presenta in una veste piuttosto scorretta non certo attribuibile alla penna di Paolo (l'uso della preposizione *vero* quando sarebbe stato necessario l'uso di una copulativa; *impetrare* manca di complemento oggetto; *debere me impetrare, debere me eligere* sono espressioni che non possono non destar meraviglia in bocca a Paolo) dimostra l'intervento dei compilatori (1).

5. Quale è la natura dell'attività svolta dal pretore? Indubbiamente si tratta di un'attività di controllo sull'ammissibilità della *stipulatio*. Ma conviene precisare: si tratta cioè di un puro controllo di legittimità o anche di un controllo di merito? A noi sembra invero che il pretore non si limitava a riscontrare in linea di legittimità se la *postulatio* fosse fatta secondo le regole per essa stabilite, ma poteva anche indagare sul merito, tenendo conto delle diverse circostanze del caso (2).

Il suo potere discrezionale gli avrà permesso di prendere in considerazione anche circostanze *stricto iure* irrilevanti, ma tali però da far apparire ingiusta la richiesta formulata da colui che assumeva di aver diritto alla prestazione della cauzione (3).

(1) Cfr. inoltre: D. 46. 5. 10 e su di esso: BESELER, in *St. Bonfante*, 2, 65; SCHIRMER, *Pretorischen, Iudizialstip.*, 52; SECKEL, s. v. *Triennium*, 595; JOBBÉ DUVAL, in *St. Bonf.*, 3, 215.

(2) V.: D. 42. 5. 31 e su di esso; SOLAZZI, *Il concorso*, I, 98 sgg.

(3) V. retro p. 52.

Le fonti, circa l'attività svolta dal pretore nella fase del procedimento anteriore all'emanazione dell'*iussum*, parlano di *causam cognoscere*. E noi riteniamo che la funzione in essa svolta sia vera e propria *iurisdictio* nel senso classico della parola.

A questo punto siamo necessariamente costretti ad esaminare un problema intorno al quale molto si è disputato dai romanisti e cioè se le stipulazioni pretorie rientrano nel potere di *imperium* o nella *iurisdictio* del pretore.

E' opportuno però ricordare che con la locuzione *stipulationes praetoriae* i giuristi romani erano soliti indicare tutto il procedimento cauzionale, che, come noi stiamo vedendo, risultava composto di una serie di atti ben distinti tra loro (*eductio, postulatio, iussum, stipulatio*).

E ciò non deve essere dimenticato se si vuole spiegare l'apparente contraddizione delle fonti, in cui taluni passi attribuiscono le *stipulationes praetoriae* all'*imperium*, altri alla *iurisdictio* del pretore.

Passiamo perciò all'esame delle fonti.

6. Queste adoperano generalmente l'espressione *causam cognoscere, causam summam cognoscere, causa cognita* ecc. E' da notare però che il termine *cognitio* ha un significato molto generico e designa funzioni molto diverse tra loro. (1).

Esso viene usato infatti nel processo privato ordinario per indicare l'attività svolta dal pretore il quale coopera con le parti per fissare i termini della lite (2); per indicare nella *cognitio extra ordinem* l'attività del magistrato-giudice, il quale decide la causa senza che vi sia più la bipartizione del processo nelle due fasi *in iure* e *in iudicio* (3); per indicare il presupposto ordinario della pronuncia interdittale (4). Viene usato infine in tema di *restitutiones in inte-*

(1) V.: WŁASSAK, *Cognitio*, R. E., IV, 1, 206 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, 667 sgg.; DE MARTINO, *La giurisdizione*, 199.

(2) V.: D. 14. 5. 2 pr.; D. 4. 2. 14, 1 e 2; D. 42. 8. 10 pr.; D. 47. 10. 15. 34; D. 2. 13. 6. 8; D. 28. 8. 7 pr.; *Vat. Fragn.*, 331, 341; *Coll.* 2. 6, 3 ecc.

(3) V.: D. 1. 18. 8; D. 28. 4. 3; D. 28. 5. 93, 1; D. 42. 1. 15. 6; D. 42. 4. 13; D. 49. 1. 22; D. 50. 16, 99 pr.; Ulp. XXV. 12; *Coll.* XIV 3, 2; *Paul Sent.* V. 34. 1; *Consul.* IX, 9; ecc.

(4) Cic., *Pro Tull.* 12. 29; D. 43. 12. 1. 4; D. 43. 8. 2; D. 43. 8. 7; D. 43. 24. 13; D. 43. 20. 1. 31; D. 43. 13. 1. 12; D. 43. 8. 2. 6; D. 43. 8. 2. 39; *GAJ.* 4. 148-149-150-155-170, ecc.

grum (1) è di *missiones* (2); e talvolta anche per designare genericamente sia l'attività del pubblico funzionario sia quella dei giudici privati e degli arbitri (3).

7. Nel nostro procedimento la *cognitio* del pretore costituisce il presupposto necessario per la pronunzia dell'*iussum caveri*. Dall'esame delle fonti risultano le varie finalità cui essa era diretta.

a) Innanzi tutto all'accertamento della validità, ammissibilità e fondatezza della istanza (*postulatio*) (4).

b) Inoltre alla valutazione delle rispettive affermazioni e contestazioni delle parti (5).

c) All'applicazione di principi d'equità da parte del pretore in forza del suo potere discrezionale (6).

d) All'applicazione di provvedimenti discrezionali connessi alle stipulazioni (per esempio: fissazione del termine da valutarsi *causa cognita* secondo le circostanze) (7).

8. Questa attività svolta dal pretore e che le fonti designano con l'espressione *causam cognoscere*, è vera e propria *iurisdictio*.

Infatti tutti i passi in cui le *stipulationes praetoriae* vengono ricondotte alla *iurisdictio* considerano soltanto questa prima fase dell'attività pretoria; mentre i pochi passi che riferiscono la *stipulationes praetoriae* all'*imperium* considerano principalmente l'*iussum caveri* che è l'atto conclusivo dell'attività pretoria nello svolgimento normale del nostro procedimento.

1^o. D. 45. 1. 5 pr. Pomp. 26 ad Sab.: « ... *praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt* ».

(1) V.: D. 3. 3. 39 6; D. 4. 1. 3; D. 4. 1. 8; D. 4. 4. 12 pr.; D. 4. 16 pr.; D. 4. 4. 16 pr.; D. 4. 4. 3, 9; D. 4. 4. 39 pr., ecc.

(2) V.: D. 8. 5. 18; D. 25. 4. 1. 10-15; D. 37. 8. 7. 1; D. 37. 10. 10 ecc.

(3) V.: D. 2. 4. 2; D. 5. 1. 74; D. 5. 2. 8. 16; D. 5. 33. 1; D. 13. 14. 4. 1; D. 28. 5. 35; D. 39. 2. 17. 4; D. 42. 1. 36; D. 47. 2. 9. 1; D. 50. 5. 13. 8; CIL. 1. 199; 5. 77. 49.

(4) D. 4. 4. 24. 5; D. 35. 3. 1. 4; D. 39. 2. 7. pr.; D. 39. 2. 13. 15; D. 39. 2. 14; D. 39. 2. 17. 4; D. 39. 2. 38. 1; D. 42. 5. 31 ecc.

(5) D. 9. 4. 39. 1; D. 39. 2. 15 pr.; D. 46. 5. 1. 10 ecc.

(6) V.: D. 35. 3. 4 pr.; D. 39. 2. 9 pr.; D. 39. 2. 15 pr.; D. 46. 5. 1. 9-10 ecc.

(7) V.: D. 39. 2. 15 pr.; D. 39. 2. 15. 1; D. 39. 2. 15. 7; D. 39. 2. 4; D. 39. 2. 7 pr.; D. 43. 15. 1; D. 46. 8. 10 ecc.

Al quale si ricollega:

Ist. 3. 18. 2: « ... *praetoriae autem stipulationes sic exaudiri oportet ut in is contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt* ».

L'intero passo dei Digesti è stato ritenuto interpolato dal BESELER (1), il quale afferma che esso contiene una grigia teoria di classificazioni bizantine. Ma già il SOLAZZI (2) perveniva a conclusioni più moderate, e più recentemente il DE MARTINO (3) riconosceva che per quanto censurabile per il rimanente D. 45. 1. 5 pr. può ritenersi genuino in questa definizione delle *stipulationes praetoriae*.

In questo passo è evidente la tendenza dei giureconsulti classici a riattaccare alla *iurisdictio* il nostro istituto.

Dobbiamo però riconoscere che l'espressione adoperata nel testo non è precisa: si accenna infatti all'intero procedimento cauzionale, laddove sarebbe stato necessario parlare della sola *causae cognitio*.

2^o D. 46. 5. 1. 10, Ulp. 70 ad Ed.: « *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis* ».

Spetta al pretore il quale ha fissato nell'albo editale le formule delle diverse stipulazioni decidere se convenga o non aggiungere, detrarre o modificare una parte di esse.

Il DE MARTINO (4) afferma che l'uso di *iurisdictio* in questo passo è molto sospetto perchè le fonti adoperano sempre altri termini. Ma ciò non è vero. Infatti nelle fonti citate dal DE MARTINO non si parla di questo genere di attività che svolge il pretore:

D. 45. 1. 52 pr., Ulp. 7 disp.: « *In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere* » (5).

(1) BESELER, *Beitr.*, III, 137, seguito concordemente dal VASSALLI, *La sentenza condizionale*, 14 n. 1.

(2) SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 109 sgg.

(3) DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 216.

(4) DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 216 sgg.

(5) Possiamo ammettere l'interpolazione della prima frase [*In-dant.*]. V.: BESELER, *Beitr.* 11, 71; DE FRANCISCI, *Synall.* 2. 424 n. 5; PRINGHSCHHEIM, *Zss.* 42, 1921, 290 n. 2; v. WOESS, *Zss.* 53, 1933, 377 n. 2, 405 sgg.

In questo passo è fissata la differenza che passa tra le stipulazioni convenzionali e quelle pretorie. E si dice: mentre in quelle è la volontà delle parti che procede alla formazione dello schema verbale da pronunziarsi, nelle seconde le parti che dovranno procedere alla stipulazione si limitano a pronunziare la formula creata dal pretore. Perciò le *stipulationes praetoriae legem accipiunt de mente praetoris*, ed è questi che ne fissa le formule all'inizio della sua carica nell'albo edittale, e per conseguenza a lui solo e non alle parti interessate spetta il potere di modificare totalmente o parzialmente gli schemi edittali.

Così come avveniva del resto nella procedura *per formulas*, le quali venivano parimenti fissate dal pretore nell'editto e sulle quali le parti potevano soltanto far cadere la loro scelta.

D. 46. 5. 9. Venul. I stipul.: « *In praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est* ».

Il passo non può essere sospettato. Esso è una diretta conseguenza del principio affermato in D. 45. 1. 52 pr. Poichè le stipulazioni pretorie *legem accipiunt de mente praetoris*, se nelle loro formule si trovavano espressioni ambigue spettava al pretore interpretarle. In questo caso si tratta infatti di interpretarne il loro spirito e ciò non può essere fatto se non dal solo pretore *qui eas proposuit*.

3°. D. 39. 2. I. p. 53 ad Ed.: « *Cum res dammi infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit* ».

Poichè i magistrati municipali non erano competenti in tema di *stipulationes, missiones* in genere, era necessaria una espressa delega da parte del pretore, in tema di *c. damni infecti*, poichè trattandosi di provvedimenti contingenti ogni dilazione avrebbe potuto essere dannosa. Il passo è stato ritoccato dai compilatori, afferma il DE MARTINO (1). Ed anche a noi ciò sembra in parte esatto; ma arriviamo a conclusioni più moderate. *Ex hac* avrebbe probabilmente sostituito un *de ea* e forse *iurisdictionem* avrebbe sostituito *cognitionem*. Ma anche se le cose fossero state in tal modo il passo non contrasta con la tesi che noi sosteniamo.

(1) V.: DE MARTINO, *La giurisdizione cit.* 210; BESELER, *Beitr.*, IV, 319; PRINGSHEIM, *Beryt u. Bologna. Festschrift f. Lenel* 1921, 267.

Non ci sembra che la frase « *si ex hac causa... reservaret* » possa considerarsi una glossa postclassica.

4°. D. 39. 2. 4. 3 Ulp. I ad Ed.: « *Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit* » (1).

Al magistrato municipale era, come si è detto, dal pretore o dal governatore della provincia delegato il potere di imporre *cautiones* o di *mittere in possessionem*. La frase « *cetera suae iurisdictioni reservavit* » non deve destar soverchia meraviglia. L'interpretazione che, a nostro avviso, sembra la più giusta ci induce a ritenere che *cetera* stava a indicare nel passo citato la *missio ex secundo decreto* (come risulta da D. 39. 2. 4. 4-5) e gli altri atti eventuali che seguono alla *cautio* ed alla *missio ex primo decreto*.

Al DE MARTINO non sembra classico il principio secondo il quale il pretore escludeva dalla delega ai magistrati municipali la *missio ex secundo decreto* e gli altri atti che si innestavano sulla procedura (2). Ma il passo che il DE MARTINO invoca a sostegno della sua tesi non è, secondo noi, decisivo. D. 1. 21. 4. 1 Mac. de off. praes. può ritenersi con molte probabilità interamente emblematico.

D. 39. 2. 1. e D. 39. 2. 4. 3 enunziano invece un principio di cui non può assolutamente mettersi in dubbio la classicità; e pertanto noi aderiamo concordemente all'opinione dominante secondo la quale in età classica bisognava ricorrere al *praetor urbanus* per il secondo decreto in tema di danno temuto, perchè il magistrato municipale non era competente (3).

5°. D. 39. 2. 7 pr., Ulp. 53 ad Ed.: « *Praetor ait: in eum qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurdictio fuit quae mea est, cautum fuisset* ».

Il LENEL (4) per giustificare la classicità dell'inciso (*cuius..... mea est*) adduce la testimonianza di Prob. Einsidl. 74. Q. M. E.

(1) V.: NABER, *Mnem.* XXV, 1897, 308; BESELER, *Beitr.*, III, 75.

(2) DE MARTINO, *op. cit.*, 212-213; V. inoltre: SOLAZZI, *RIL*, 49, 1916, 314 sgg. per il quale è sospetto l'inciso *aut mulier*.

(3) V.: BONFANTE, *Corso*, II, 1, 354; BURCHARD, in GLUECK, 339. 2. 360; BRANCA, *Danno temuto ecc.*, 195-196; ARANGIO-RUITZ, *Ist.*, 222; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, 63.

(4) LENEL, *Ed.* 372, n. 11; contra DE MARTINO, *La giurisdizione cit.* 214-215.

Ma la migliore conferma della genuinità del frammento è fornita dagli altri numerosi passi delle fonti in cui appare evidente la tendenza dei giureconsulti classici a parlare di *ius dicere* e *iurisdictio* non solo in relazione alla *cognitio* del processo ordinario ma anche in relazione alle altre forme di procedura complementari.

6°. D. 39. 2. 13, 3, Ulp. 53 ad Ed.: « *Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit cui non* »⁽¹⁾.

La contraddizione tra la prima parte del passo, in cui sembra che si affermi la regola secondo la quale l'*iusiurandum calumniae* era l'unica condizione perchè il *postulans* fosse ammesso alla *stipulatio*, senza che fosse necessaria una speciale indagine sul suo interesse ad agire, e la frase finale (« *totum hoc... ecc.* ») in cui tale regola sembrerebbe capovolta, è solamente apparente.

Il passo in esame si ricollega a D. 46. 5. 1. 9 che abbiamo esaminato precedentemente. Se il convenuto afferma che l'avversario non ha diritto alla cauzione e *calumniae causa desiderat*, il pretore deve *summam cognoscere* della questione.

Nel procedimento per ottenere la *c. damni infecti*, il quale richiedeva una speciale rapidità⁽²⁾, non era necessaria la *summaria cognitio*. Bastava giurare di non *postulare calumniae causa*: non occorre una indagine intorno all'interesse del postulante.

La frase finale non contraddice a tutto ciò. Perchè, se è vietata la indagine da parte del pretore sull'interesse del *postulans*, pur tuttavia è sempre necessaria una indagine sulla legittimazione ad agire. Pertanto qualora il *postulans* avesse fondato la sua istanza su un rapporto che non gli dava diritto ad esigere la cauzione, l'istanza doveva essere respinta. Ciò è dimostrato dalla esemplificazione: se il *postulans* temporaneamente dimorava sul fondo del convenuto (D. 39. 2. 13. 4); oppure aveva preso in fitto dal convenuto l'*aedes ruinosus* (D. 39. 2. 13. 6); oppure temeva di essere danneggiato da un monumento di cui aveva tollerato la erezione in vicinanza del suo edifi-

(1) V.: BESELER, *Beitr.* III, 110; GUARNIERI, *Indice*, 43; ALBERTARIO, *Introduzione*, 51; NABER, *Mnem.* XXV, 1897. 307 n. 4; BONFANTE, *Corso*, II, 1, 340 n. 1; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 206 sgg.

(2) V.: GLUECK, XXXIX, 2, 362-363.

cio (D. 39. 2. 13. 7); oppure infine se egli e il convenuto erano condomini dell'edificio vizioso (D. 39. 2. 32); in questi casi, come in altri ancora, il pretore doveva, *causa summam cognita* negare l'*iussum*.

Il difetto di legittimazione farebbe in ogni caso in modo che, pur avendo il *postulans* ottenuto dal pretore l'*iussum caveri*, non potrebbe, in seguito alla mancata prestazione della *cautio*, giovare di alcuni dei mezzi di coazione che invece avrebbe potuto pretendere se si fosse richiamato ad un rapporto che effettivamente gli dava diritto ad esigere la cauzione.

« *Totum hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum cui cavendum sit, cui non* » per tali motivi deve ritenersi incensurabile e non contrasta col contenuto della frase precedente « *quisquis iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem* ».

7°. D. 39. 1. 1. 9, Ulp. 52 ad Ed.: « *Et post operis novi nuntiatione committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni* »⁽¹⁾ potrebbe offrire un nuovo apporto a favore della giurisdizionalità delle *st. praetoriae*.

Il passo è incensurabile sia nella forma, sia nella sostanza.

E' opportuno ricordare che in seguito all'interdetto demolitorio poteva prestarsi la *c. ex operis novi nuntiatione*, per garantire, mediante *promissio* o *satisfatio*, che qualora l'opera che si costruiva fosse risultata illegalmente costruita, essa sarebbe stata demolita a spese del costruttore.

Ulpiano nel passo che noi abbiamo sopra riportato dice che dopo la *nuntiatio* le parti si rimettono alla *iurisdictio* del pretore. Nè a noi sembra possa in alcun modo dubitarsi sulla portata dell'espressione « *post operis novi nuntiationem* »; per intendere in pieno la quale soccorre:

D. 39. 1. 8. 4, Paul. 48 ad Ed.: « *Sciendum est, facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si ius aedificandi habet, recte aedificabit* »⁽²⁾.

Il destinatario della *nuntiatio* deve astenersi da qualsiasi lavoro sino a quando presti la cauzione oppure ottenga dal magistrato la

(1) Secondo il PEROZZI, *Ist.* I, 738 n. 5, sarebbe interpolato l'*et* introduttivo.

(2) Ritiene interpolato l'inciso finale BIONDI, *BIDR.*, 29, 1916, 240.

remissio della *nuntiatio* stessa. Pertanto è esatto affermare che sia la *remissio* sia la *cautio* rientrano nella *iurisdictio* del pretore, e questo intendeva appunto dire Ulpiano con l'espressione « *post operis novi nuntiationem* ».

9. Al pretore che aveva preso cognizione della questione attraverso il rispettivo assunto delle parti (1), si presentava una duplice alternativa: « *Ipse praetor debet.... cautum iubere aut denegare* », affermava Ulpiano nel suo commento all'editto.

Qualora il richiedente non avesse avuto la legittimazione ad agire; oppure qualora la *postulatio* fosse risultata manifestamente infondata, il pretore doveva denegare l'*iussum*.

Null'altro restava da fare al *postulans*, in questo caso, che riproporre nuovamente l'istanza corredata di nuovi elementi più idonei a dimostrarne la proponibilità e la fondatezza.

In tutti gli altri casi il pretore ordinava alle parti di procedere alla stipulazione.

Dobbiamo, a questo punto, esaminare la natura dell'*iussum caveri* e per far ciò è opportuno passare all'esame di: D. 2. 1. 4, Ulp. I ad Ed.: « *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere [imperi magis] est [quam] iurisdictionis* » in cui si dice che l'ordine di prestar la *cautio* è atto più d'impero che di giurisdizione. A noi sembra che nel passo sia interpolato « *imperi magis* » e « *quam* » perchè per diritto classico le *stipulationes* venivano riferite alla *iurisdictio praetoria*, e noi abbiamo desunta l'esattezza di questa regola dalle numerose fonti esaminate pocanzi. Ora non è sufficiente un solo testo, il quale poi si presenta in forma tutt'altro che insospettabile, per demolire la classicità di quella regola. L'affermazione contenuta in D. 2. 1. 4 non contrasta che apparentemente con i testi, già precedentemente passati in rassegna, i quali ricollegano il nostro provvedimento alla *iurisdictio*.

Abbiamo dimostrato che quei testi considerano soltanto la *causam cognitio*, la valutazione cioè dell'ammissibilità della *postulatio* e delle eventuali difese ed eccezioni sollevate dal convenuto.

(1) Alle affermazioni delle parti non seguiva immediatamente la decisione del pretore al quale necessariamente occorreva un certo spazio di tempo per deliberare. In questo senso: D. 39. 2. 15. 28.

Pertanto essi solo apparentemente, come già rilevava il BRANCA (1), contraddicono l'affermazione di Ulpiano in D. 2. 1. 4.

Nè vale l'argomento addotto dal LEIFER (2), che in D. 2. 1. 4 e in D. 50. 1. 26, Paul. I ad Ed.: « *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest. I. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.* » (3) la distinzione apparirebbe unicamente per escludere dalla competenza dei magistrati municipali alcuni atti che si volevano riservare solo ai supremi magistrati romani. Comè già opportunamente faceva osservare il DE MARTINO (4), è facile intendere che se i giureconsulti classici come motivo delle incapacità dei magistrati municipali ad ordinare *stipulationes*, *missiones*, *restitutiones*, adducono la mancanza di *imperium*, già nella loro concezione scientifica e nella realtà politica *imperium* e *iurisdictio* designavano sfere di poteri diversi.

Noi non riteniamo giusta l'opinione di coloro i quali sostengono chè in epoca classica era già conosciuta la distinzione tra *imperium merum* o *ius gladii*, giurisdizione penale, e *imperium mixtum*, giurisdizione civile, che comprenderebbe oltre il potere di organizzare un giudizio, anche quello di intervenire per via di autorità, ordinando ad es. di concludere una stipulazione; ed altre prerogative tra le quali si ricorda quella di nominare tutori (5).

Questa distinzione rimonterebbe secondo alcuni alla fine della repubblica, alla creazione delle giurisdizioni municipali; secondo altri all'istituzione degli edili curuli.

I passi che vengono citati a sostegno di questa tesi ci lasciano fortemente perplessi.

(1) BRANCA, in *St. Ratti*, 170 sgg.

(2) LEIFER, *Gewaltgedanke*, 89 sgg., 124 sgg.

(3) RICCOBONO, in *Mel. Cornil*, II, 22, n. 1; WISSEBACH, *Embl.* 73; SOLAZZI, *RIL*, 39, 321; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 201.

(4) DE MARTINO, *op. loc. cit.* nella nota precedente.

(5) KELLER-WACH, *Roem. Zivilproz.* 9 sgg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Der roem. Zivilproz.*, 11, 84 sgg.; MOMMSEN, *Droit Public*, 1, 212 sgg.; PERNICE, *Parerga*, II in *Zss.*, 5, 1884, 1 sgg., 33 sgg.; *Parerga*, V in *Zss.*, 14, 1893, 145; GIRARD, *Organisat. judic.*, 1, 228 n. 1; *Man.* 1029 n. 5; CUQ, s. v. *Iurisdictio* in *Daremberg Dictionaire*, III, 1, 726 sgg.; FALLETTI, *Evolution de la jurisdiction civ. du magistrat provincial sous le Haut-Empire*, 1926, 85.

D. 2. 1. 3, Ulp. 2 ⁽¹⁾ de off. quaest.: « *Imperium aut merum est aut mixtum. merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia* ».

e

D. 1. 21. 1. 1, Pap. I quaest: *Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandavit iurisdictionem utitur, verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictionem. Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictionem transire verius est* ».

La critica moderna ha dimostrato che, se in epoca classica *imperium* e *iurisdictio* designano effettivamente due sfere di poteri diversi, è molto poco sicuro che il concetto dell'*imperium mixtum*, nel quale rientrerebbero le *missiones*, le *restitutiones* ecc., possa venir ricompreso nel quadro generale delle concezioni classiche.

I compilatori di Giustiniano per il loro spirito scolastico e per amore delle classificazioni si sono serviti spesso e volentieri dell'aggettivo *mixtus*. Così è certo il loro intervento quando in materia di *actiones* si parla di *actiones tam poenae quam rei persequandae causa comparatae* ⁽²⁾; di *actiones quae mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam* ⁽³⁾; di *actiones in quibus uterque actor est* ⁽⁴⁾.

E così certo è pure il loro intervento dove si parla di *interdicta mixta* ⁽⁵⁾.

In D. 2. 1. 3 sarebbe *mixtum* l'*imperium* cui *iurisdictio* inest.

Ma questa espressione non può dirsi certo felice ⁽⁶⁾; infatti, come

(1) *Secundo* al posto di *singulari*. V. D. 1. 13. 1; CUIACIO, *Paratitla*, 1. 13, (Opera I, 729 sgg.); LENEL, *Paling.* II, 992, n. 2253.

(2) V.: Ist. 4. 6. 16 e 17; cfr.: CUQ, *Ist.*, 11, 871 n. 3; BONFANTE, *Ist.*, 107.

(3) V.: Ist. 4. 6. 20; cfr. AUDIBERT, in *N. r. h.*, 28, 1904, 696 sgg.

(4) V.: D. 44. 7. 37. 1; cfr.: PRINGSHEIM, *Festsch. f. Lenel*, 240; BERGER, *Zss.* 36, 1915, 218-219.

(5) V.: D. 43. 1. 1. 1; cfr.: BERGER, in *St. Simoncelli*, 187.

(6) Cfr.: MOMMSEN, *Droit public*, 1, 214 n. 2; GIRARD, *Organ. judic.*, 1, 228 n. 1; ROSENBERG in *R. E.* IX, 1210; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.* 210, 262.

già faceva osservare il BESELER ⁽¹⁾, la distinzione tra *imperium merum* e *imperium mixtum* non è classica ed inoltre è impossibile che i giuristi classici abbiano ridotto il potere di *imperium* « *ad animadvertendum facinorosos homines* » ed al potere di concedere la *bonorum possessio*.

Neppure D. 1. 21. 1. 1 serve a sbarazzarci delle critiche opportunamente mosse a D. 2. 1. 3. Infatti anche questo secondo passo è censurabile per quanto riguarda la forma ⁽²⁾; sostanzialmente poi possiamo vedere che in esso Papiniano ci parla dell'*imperium merum*, ma la sua dottrina non coincide con quella di Ulpiano.

Dall'esame dei due testi noi ricaviamo soltanto che in diritto classico il contrapposto tra *iurisdictio* ed *imperium* è già sensibile.

Il potere generale ed esclusivo del magistrato, l'*imperium*, è come tale intrasmissibile. La *iurisdictio* ripete la sua origine dall'*imperium* dal quale deriva inoltre un'altra serie di poteri (es. nomina dei tutori), ed è invece trasmissibile come chiaramente ci attestano le fonti; questa trasmissibilità della *iurisdictio* deriva da una consuetudine che avrebbe cominciato, con molte probabilità, ad affermarsi negli ultimi anni della repubblica, o forse anche prima con l'istituzione degli edili curuli ⁽³⁾.

10. Dopo questi brevi ma necessari accenni sul valore del contrapposto *imperium-iurisdictio* per il diritto classico e dopo l'inda-

(1) BESELER, *Beitr.*, 111, 137 sgg. (Ricostr.: « *Imperium est habere gladii potestatem, item quod in danda possessione consistit. Iurisdictio est iudicis dandi licentia* »).

Cfr. inoltre: KUEBLER, *Bert. Ph. W.*, 1914, 1257; *Gesch.*, 73 n. 2; il quale segue la tesi sostenuta dal BESELER, tranne che per l'interpolazione. BERGER, in *Zss.* 36, 1915, 217; STEINWENTER, in *R. E.*, X, 1156-1158; SOLAZZI, in *Arch. giur.*, 98, 1927, 10 n. 1.

(2) V.: BESELER, *Beitr.* 111, 138; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 263 ed altra b.b. ivi.

(3) Cfr.: DE MARTINO, *La giurisdizione cit.* 264; v. inoltre: D. 26. 1. 6. 2 dove Ulpiano oppone l'*imperium* alla *iurisdictio* a proposito della *datio tutoris* e su questo passo: SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, I, 44, n. 1; *Arch. giur.* 98, 1927, 30; 100, 1928, 10; D. 50. 17. 105.

Un altro argomento a sostegno della tesi che le *stipulationes praetoriae* derivano dall'*imperium*, è fornito dall'analogia del nostro procedimento con quello interdittale, che anch'esso è un mezzo di procedura complementare. Cfr.: UBBERLOHDE, *Die Interdicte cit.*, 1, 12 sgg.; JOBBÈ-DUVAL, in *St. Bonfante*, 111, 199 sgg.; per le fonti v. Gai. 4. 139; D. 43. 8. 7; C. 8. 1. 2; D. 1. 18. 30.

gine precedentemente svolta, sulla natura dell'attività del pretore nella prima fase del nostro procedimento, siamo ormai in grado di dare una risoluzione definitiva al problema della natura delle *stipulationes praetoriae*: se, cioè, esse fanno parte del potere d'*imperium* o della *iurisdictio* del magistrato.

Abbiamo visto i numerosi passi delle fonti in cui il nostro mezzo lo si fa risalire alla *iurisdictio*.

Di essi alcuni presentano, è vero, qualche traccia dell'intervento dei giustinianeî; ma sostanzialmente tutti rispecchiano, in maniera che non può dar luogo a dubbi di sorta, la tendenza dei giuristi dell'età classica a ricomprendere le *stipulationes praetoriae* tra gli atti di *iurisdictio*.

E' certo che colui al quale il magistrato delegava la sua *iurisdictio* era autorizzato a servirsi di quelle procedure complementari (*stipulationes, restitutiones in integrum* ecc.) che servivano a soddisfare le altre varie esigenze per le quali non bastava il *iudicium*, la procedura normale.

Non deve pertanto meravigliarci l'atteggiamento tenuto dai giuristi classici nel classificare il nostro mezzo. Come nel *iudicium*, così nelle procedure complementari, occorre un atto introduttivo, l'esposizione da parte dei litiganti delle rispettive ragioni, difese ed eccezioni dinanzi al pretore ed infine una valutazione, sia pur sommaria, da parte di quest'ultimo dei fatti sottopostigli. L'analogia tra questa prima fase dei procedimenti complementari, in specie delle *stipulationes praetoriae*, con quella del giudizio ordinario giustifica l'affermazione, riportata nelle fonti, che l'attività svolta dal pretore, attività, come si è visto, di controllo sia sulla legittimità che sul merito della istanza, è vera e propria *iurisdictio*.

Ma quando i giuristi dell'età classica dovettero esaminare la natura dell'atto conclusivo del nostro procedimento, non poterono ritrovare nel decreto del magistrato alcuna somiglianza con l'atto conclusivo della fase *in iure* della procedura normale.

Ecco dunque che con qualche esitazione essi affermavano:

« *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessione mittere imperii magis est quam iurisdictionis* ».

E' pertanto da respingersi anche la tesi sostenuta dal compianto v. WOESS, secondo il quale le *stipulationes praetoriae* non deriverebbero nè dall'*imperium* nè dalla *iurisdictio*. Il *iubere caveri praetoria stipulatione* non potrebbe, si afferma, ricomprendersi nella *iurisdictio*, ma d'altra parte sarebbe troppo giurisdizionale per farlo entrare nel-

l'*imperium* (1). Dopo quanto si è detto, questa opinione, la quale non prende affatto in considerazione le affermazioni delle fonti, appare del tutto infondata, nè giova minimamente alla risoluzione del nostro problema.

11. L'*iussum* pretorio stabilisce un obbligo o un semplice onere a carico del destinatario?

Una risposta precisa a questo quesito si impone per chi voglia bene intendere la natura dei diversi provvedimenti che seguono alla mancata prestazione della *cautio*.

Afferma l'HUVELIN (2) che l'*iussum* del pretore non è un ordine ma un semplice avvertimento. Il che equivale ad affermare che l'*iussum* pretorio costituisce a carico del destinatario un semplice onere.

Ma ciò non è esatto.

Si parla di onere quando l'esercizio di una facoltà è posto come condizione per ottenere un certo vantaggio; perciò onere è una facoltà il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse. Obbligo ed onere hanno comune l'elemento formale consistente nel vincolo alla volontà, ma diverso l'elemento sostanziale, perchè il vincolo è imposto quando vi è obbligo, per la tutela di un interesse altrui, e quando vi è onere, per la tutela di un interesse proprio (3).

E' evidente ora che, se la libertà giuridica di colui che è tenuto a prestar la *cautio* è vincolata a causa dei vari mezzi di coazione di cui dispone il pretore (*missio*, concessione di *actiones* ecc.), ciò avviene per tutelare in linea principale l'interesse di colui che ha diritto alla cauzione e che per l'inattivo comportamento della controparte verrebbe a trovarsi privato di un mezzo di difesa giuridica che gli compete.

Inoltre la parte che non osserva l'onere non compie per ciò solo un atto illecito, perchè essa è libera di scegliere tra l'inosservanza e l'osservanza trattandosi soltanto di un suo interesse; ma ciò non avviene per colui il quale non ottempera all'*iussum caveri*.

In tal caso si compie un vero e proprio atto illecito e si va soggetti a tutte le conseguenze da esso derivanti.

Infatti noi sappiamo che può qualificarsi giuridicamente illecito

(1) VON WOESS in *Zss.*, 53, 1933, 378 sgg.

(2) HUVELIN, *Droit romain*, 1, 539.

(3) CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, 1, 55.

quel comportamento che il diritto riprova e combatte ricollegandovi effetti giuridici contrari all'interesse ed alla volontà che normalmente lo determinano (1).

Non può dubitarsi del carattere illecito della mancata prestazione della cauzione. Oltre alla lesione di un interesse della parte che ha diritto alla *cautio* si ritrova l'inosservanza al comando del magistrato, il quale in forza del potere coercitivo, derivantegli dall'*imperium*, può di conseguenza ordinare tutti quei provvedimenti che sono diretti a produrre uno stato di cose quale sarebbe stato l'attuale se l'*iussum* fosse stato osservato (2).

Nè può opporsi a questa nostra concezione che non avendo il *postulans* un vero e proprio diritto alla cauzione non può parlarsi di lesione di diritti e per conseguenza di atto illecito.

V'è nel sistema giuridico romano tutta una categoria di atti illeciti che consistono nella lesione di semplici interessi e che non danno origine ad un'azione di riparazione con la conseguenza di una condanna in danaro, pena pecuniaria (come avviene ad es. nelle obbligazioni da delitto) ma soltanto ad un provvedimento straordinario del pretore.

Così la protezione interdittale era appunto diretta a reprimere lesioni di semplici interessi, perchè colui che prendeva l'iniziativa del procedimento non faceva valere, com'afferma il BETTI (3), un diritto soggettivo bensì affermava solo che l'avversario aveva contravenuto ad un precetto amministrativo dal quale traeva protezione un suo privato interesse.

Per quanto riguarda il nostro procedimento è evidentissimo che la mancata prestazione della cauzione in seguito all'*iussum* pretorio costituiva anch'essa la lesione di un semplice interesse.

Il pretore nell'assumere la sua carica fissava nell'albo edittale le formule delle stipulazioni facendo sorgere in tal modo in coloro che erano legittimati ad esigere la cauzione un vero e proprio interesse legittimo.

(1) BETTI, *Diritto romano*, I, 406.

(2) Sul concetto di illecito nel diritto romano v.: PERNICE, *Labeo II*, I, 19 sgg.; MITTEIS, *Roem. Privatrecht*, I, 315 sgg.; HITZIG, *Iniuria*, 1899; HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, in *Mel. Appleton*, 1903; RA-BEL, *Grundzuege*, § 59; ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, 350 sgg.; ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, 30 sgg.; BONFANTI, *Corso*, II, 6 sgg.; SEGRÈ, in *St. Bont.*, 3, 501 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, 406 sgg. ed altra bib. iv.

(3) BETTI, *Dr. Rom.*, 654.

Quando, avvenuta la *postulatio* e la *causae cognitio*, il pretore emanava l'*iussum caveri*, dimostrava ampiamente di voler concedere una certa tutela a quell'interesse; e se poteva in taluni casi *denegare* l'*iussum*, non poteva più invece, dopo di questo, non adottare i vari provvedimenti richiesti dalla parte che aveva diritto alla cauzione e che per l'inosservanza dell'*iussum* da parte del destinatario continuava a vedersi privata di un mezzo di tutela giuridica che le competeva.

Il non ottemperare all'ordine magistratuale non solo costituiva, come si è detto, un'aperta violazione del generico dovere d'obbedienza verso il magistrato, ma costituiva, anche la lesione di un interesse giuridicamente protetto, onde la necessità dei vari mezzi di coazione indiretta che esamineremo in sede più opportuna (così ad es.: il convenuto che non prestava in una azione reale la *s. pro praede* o la *iudicatum solvi*, veniva privato del possesso, invertendosi così la sua posizione nel processo ed incorrendo nell'onere della prova; così nella *c. damni infecti* al destinatario della mancata promessa veniva concessa dal pretore la *missio in possessionem* (1).

12. Il pericolo di incorrere nell'applicazione di uno dei diversi mezzi di coazione indiretta doveva indurre normalmente il destinatario dell'*iussum* a prestarvi osservanza, addivenendo così alla stipulazione.

L'atto di cui si servirono i Romani per questo scopo fu la *stipulatio* che per la duttilità della forma, per la possibilità di adattarsi ad un'infinita varietà di obbligazioni, si rivelò il mezzo più idoneo per attuare o rafforzare la tutela giuridica di determinati rapporti.

In tutto ciò possiamo, d'altra parte, notare l'importanza che assume nel meccanismo del processo romano l'atto di parte.

Alla piena protezione giuridica del rapporto non si giunge se non attraverso un atto concorde di assoggettamento di entrambe le parti; il pretore non può sostituire la sua pronunzia al consenso della parte tenuta a prestar la cauzione, ma può soltanto indurla a ciò per mezzo delle varie misure coattive di cui dispone. E' per questo motivo che il BETTI (2) giustamente configurava il nostro rimedio come un mezzo di autodifesa consensuale, fondato cioè sul consenso dello stesso soggetto passivo in confronto del quale il diritto va difeso. Ma,

(1) BRANCA, *Danno temuto cit.*, 182-183.

(2) BETTI, *Dir. Rom.*, 440.

aggiungiamo noi, non bisogna dimenticare che la *cautio* resta sempre un atto che è imposto dal pretore, se non si vuole giungere a delle conseguenze assurde nello studio della natura del nostro provvedimento.

Pertanto a noi sembra che la stipulazione pretoria possa esattamente così definirsi: un negozio bilaterale solenne, mediante il quale, in date ipotesi di fatto, un privato si obbligava a seguito di un ordine del pretore verso un altro privato all'osservanza di un determinato comportamento o al pagamento di una determinata penale qualora si fossero verificate delle condizioni prestabilite pregiudizievoli per gli interessi della parte a favore della quale veniva prestata la cauzione.

Il pretore, ed in ciò differisce la stipulazione pretoria dalla convenzionale, redige i diversi formularii delle stipulazioni all'inizio della sua carica: nelle stipulazioni convenzionali erano invece le parti che fissavano i termini del contratto. In queste ultime *contractui formam contrahentes dant* affermava Ulpiano in D. 45. 1. 52, su cui già abbiamo avuto occasione di soffermarci ⁽¹⁾.

Nel mezzo pretorio è per contro esclusa ogni ingerenza dei privati sia per quanto riguarda la modificazione della forma sia per quanto riguarda l'interpretazione della volontà del magistrato *qui eas proposuit, si ambiguus sermo acciderit* ⁽²⁾.

Per determinare con esattezza il valore giuridico di queste formule di cauzione è necessario distinguere l'aspetto formale dal contenuto sostanziale. Formalmente infatti la formula della stipulazione pretoria null'altro è se non una massima di pratica giudiziaria. Essa non dà origine ad un rapporto giuridico definito tra privato e privato indipendentemente dall'attività giurisdizionale del pretore. La difesa giuridica configurata dal nostro procedimento è sempre subordinata al fatto che il rapporto indifeso venga fatto valere dinanzi al magistrato e da questo riconosciuto nella sua *iurisdictio*.

Sostanzialmente, invece, la formula anzidetta si dimostra diretta a realizzare il fine pratico di riconoscere e sanzionare, attraverso lo intervento autorizzativo del pretore, rapporti tra privato e privato insufficientemente forniti di tutela giuridica.

Prima di passare all'esame dei modi con i quali veniva prestata

(1) V. retro p. 57, 58.

(2) V.: D. 46. 5. 9; D. 46. 5. 1. 10; D. 45. 1. 52.

la cauzione, dobbiamo però ricordare che non sempre le formule di cauzione erano fissate dal magistrato e perciò appartenenti alla sua giurisdizione. La *lex Rubria*, ad es., dava essa la formula al magistrato; ciò non toglie che quando il pretore la enunziava non esercitasse un atto inerente alla sua giurisdizione ⁽¹⁾.

13. In quali modi veniva prestata la cauzione? La regola vigente per l'età classica è quella delle *nudae repromissiones*, che erano pure e semplici stipulazioni, oppure delle *satisfactiones* che si avevano quando intervenivano garanti (*sponsores*) a promettere lo stesso oggetto per il quale si era obbligato il promissore.

D. 46. 5. 1. 5, Ulp. ad Ed.: « *Stipulationum istarum praetorium, quaedam sunt quae satisfactionem exigunt, quaedam nudam repromissionem. sed perpaucae sunt quae nudam repromissionem habent, quibus enumeratis, apparebit ceteras non esse repromissiones sed satisfactiones* ».

Pur tenendo conto delle probabili alterazioni postclassiche e giustiniane ⁽²⁾, il frammento ci dimostra con sufficiente sicurezza che da Ulpiano non era conosciuto altro modo di prestar cauzione che non fosse *repromissio* o *satisfactio*.

D'altra parte questa regola è confermata in D. 46. 5. 7, Ulp. 14 ad Ed.: « *Praetoriae satisfactiones personas desiderant pro se intervenientum et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur* » che è riportato in maniera sostanzialmente analoga nei Bas. 43. 4. 6. Il passo è sicuramente interpolato. Le *satisfactiones praetoriae* esigevano l'intervento di *sponsores* e di costoro doveva parlare Ulpiano. Non riusciamo però a comprendere per quale ragione i compilatori abbiano preferito

(1) In questo senso v.: SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, 247. Le fonti ci portano diversi esempi di formule di *stipulationes* che non erano fissate nell'albo editale: D. 10. 4. 9. 1; D. 10. 4. 15 (?); D. 43. 21. 3. 9; D. 43. 23. 1. 12; D. 43. 23. 1. 14.

(2) BESELER, *Beur.*, III, 130 sgg., ritiene che D. 46. 5. 1 sino al § 5 ed è dovuto alla mano di due parafrasti. Non è concorde il SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 106 n. 1. « *Istarum sunt quae* » è certamente dei bizantini, come sostenne già il DE RUGGIERO, *St. Fadda*, 11, 101 sgg.; cfr. inoltre: GUARINO, *La collatio cit.*, 96 . 1. Anche la frase finale presenta palesi sintomi di alterazione e non ci sembra attribuibile ad Ulpiano; anche perchè, prescindendo dai rilievi formali, se si esaminano i paragrafi seguenti (6-7) non si trova affatto la promessa elencazione delle *repromissiones*.

l'equivoco termine « *intervenientium* » a « *fideiussorum* » che nelle Fonti Giustinianee sostituisce abitualmente gli *sponsors* classici (1).

Le fonti invece non riferiscono un principio assoluto in base al quale possa facilmente decidersi se nelle singole fattispecie era necessaria la *satisdatio* o la *repromissio*. E ciò d'altronde è spiegabile. Tutto dipende dalla natura del rapporto che si vuol garantire.

Soltanto il pretore, noi riteniamo, poteva decidere sull'uso dell'uno o dell'altro dei mezzi di cauzione; infatti la complessità e varietà dei rapporti da tutelare dovevano necessariamente produrre nella pratica giudiziaria infinite controversie (2) e su queste la parola definitiva sarà spettata sempre e solo al pretore, per escludere in tal modo ogni arbitraria interpretazione degli interessati.

La *repromissio* era, dal punto di vista formale, una *stipulatio*, cioè una solenne promessa verbale, fatta il più delle volte dinanzi al pretore, per rafforzare un obbligo giuridico già esistente, o per creare *ex novo* un'obbligazione a difesa di interessi ancora sforniti di tutela giuridica (3). Colui a favore del quale fu questa promessa prestata acquistava il diritto di agire in un eventuale giudizio (mediante *actio ex stipulatu* o *condictio*), qualora non fossero stati osservati dal promittente gli obblighi assunti. Come si vede la *stipulatio* veniva a costituire pertanto la difesa giuridica del rapporto.

Le *satisfactiones*, invece, andavano sempre unite alla cauzione promissoria perchè il destinatario dell'*iussum* pretorio doveva, infatti, per suo conto *repromitti*, garantendo inoltre mediante mallevadori l'esecuzione della sua promessa (4).

Le *satisfactiones* costituiscono, come si vede, l'ultimo stadio del processo evolutivo subito dalle antiche promesse di garanzia (*vades*, *subvades*, *praedes*, ecc.)

In età classica vi furono molte regole intorno alle modalità delle *satisfactiones*.

Così, ad es., i garanti dovevano essere idonei e cioè dovevano

(1) A torto ritiene insospettabile il passo il DE RUGGIERO, *Studi in onore di C. Fadda*, II, 113; contro: SOLAZZI. *Nè accessiones nè adpromissores*, in *BIDR.*, 33, 1930, 25-26.

(2) V. ad es.: D. 5. 1. 2. 6; D. 39. 2. 9. 4-5; D. 39. 2. 11. ecc.

(3) V.: ARANGIO-RUIZ, *Lesi actions*, 70 sgg.; SCIALOJA, *Proc. civ. rom.*, 58. Per la *repromissio* v.: GAI. 4. 88-102. Nel digesti *nuda cautio* corrisponde a *repromissio* ed è contrapposto a *satisdatio*. Ma questa terminologia è classica. Bizantina è la contrapposizione tra *cautio* e *satisdatio*.

(4) Veniva richiesta la *satisdatio* nella *c. pro praede* (Fr. Vat. 336; D. 46. 7. 5. 3-4; D. 46. 7. 8. 11); nella *c. iudicatum solvi* (Paul. R. S., 5. 9. 3; D. 46. 7. 7;

possedere dei beni immobili o altri beni equiparati agli immobili nel luogo in cui venivano chiamati a prestar garanzia; inoltre i loro beni dovevano avere lo stesso valore dell'oggetto per il quale si forniva la cauzione (1).

Il garante doveva inoltre trovarsi in condizione da poter essere facilmente ed efficacemente convenuto in giudizio (2).

Per quanto riguarda il luogo dove si doveva *satisdare* dalle fonti apprendiamo che la presentazione dei garanti e la relativa *satisdatio* avveniva dinnanzi allo stesso magistrato che aveva preso cognizione della causa. Tuttavia se il destinatario dell'*iussum* non poteva facilmente prestare la *satisdatio* dinnanzi ad esso, gli era data facoltà di domandare l'autorizzazione per *satisdare* in un'altra città della medesima provincia. Il pretore poteva, qualora avesse ritenuti giusti i motivi addotti dalla parte, permettere che fossero presentati i garanti in luogo diverso da quello nel quale era stata convenuta (3).

Vi sono alcuni luoghi dei Digesti ove oltre alla *repromissio* ed alla *satisdatio* sembrerebbe che potesse essere adoperata per le stipulazioni pretorie anche la garanzia reale del pegno e dell'ipoteca:

D. 36. 3. 7, Paul, 2 Man:.... *sed melius est per mediocritatem causam dirimere, ut cautioni tantum cum hypotheca suorum rerum committantur* » (4).

D. 46. 7. 10); nella *c. de conferendis bonis* (Paul. R. S., 5. 9. 4; D. 37. 6. 1. 9); nella *c. ex lege Falcidia* (D. 35. 3. 3. 1; D. 35. 3. 6); nella *c. evicta hereditate legata reddi* (D. 35. 3. 4); nella *c. legatorum* (D. 36. 3. 1; D. 36. 3. 13; D. 36. 4. 2); nella *c. usufructuaria* (D. 7. 9. 5. 1; D. 7. 9. 7); nella *c. rem pupilli salvam fore* (D. 46. 6. 1); nella *c. ratam rem haberi* (Gai. 4. 98; Fr. Vat. 336; D. 46. 8. 8. 1; D. 46. 8. 23; D. 46. 1. 73); ed infine talvolta anche nella *duplae stipulatio* (D. 18. 1. 72; D. 46. 5. 1. 8). Tutte le altre stipulazioni possono consistere o in *satisfactiones* o in semplici *repromissiones*, secondo criteri variabili a seconda del tipo di cauzione che si deve prestare. (*Vadimonia*: GAI. 4. 185; D. 50. 17. 110. 1; D. 2. 8. 15. 7; *c. damni infecti*; D. 46. 5. 1. 7; D. 39. 2. 15. 2; D. 39. 2. 9. 15; D. 39. 2. 24. 2; D. 39. 2. 7 pr.; D. 39. 2. 13 pr.; D. 39. 2. 13. 1; D. 39. 2. 10; *c. ex operis novi nuntiatione*: D. 39. 1. 5. 17; D. 46. 5. 1. 6; D. 39. 1. 8. 3; *Duplae stipulatio*: D. 46. 5. 1. 8; D. 18. 1. 72.

(1) D. 50. 16. 234. 1; D. 2. 8. 2. 2; D. 2. 8. 2. 5; Cfr. ZANZUCCHI, *RISG.*, 47, 250. 259 n. 1; DEMELIUS, in *Zss.*, 2, 7 n. 14; SCHLOSSMANN, in *Zss.* 24, 296 sgg.

(2) D. 2. 8. 2. pr.; D. 2. 8. 7; cfr. CUQ. *Ist. jurid.*, 11, 746 m. 1,

(3) D. 2. 8. 7. 1.

(4) BESELER, *Beitr.*, III, 120; PEROZZI, *Ist.* 2, 702 n. 1; DE RUGGIERO in *St. Fadda*, 2, 126.

D. 43. 3. 2. 3, Paul. 63 ad Ed.: « Si legatarius repromissione contentus fuit, dandum est interdictum. item dicendum est si legatarius pignoribus noluit cavere » (1).

D. 37. 6. 1. 9, Ulp. 40 ad Ed.: « Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur: cavere autem per satisfactionem oportere Pomponius ait. an pignoribus cavere possit, videamus: et Pomponius libro septuagesimo nono ad edictum scripsit et reis et pignoribus recte cavere de collatione, et ita ego quoque puto » (2); ma la moderna critica interpolazionistica ha dimostrato con una numerosa serie di valide argomentazioni che questa regola non poteva assolutamente essersi affermata nell'età classica.

E' vero che in materia di garanzia dei diritti e delle obbligazioni le parti potevano già per diritto classico provvedere o mediante garanzie reali o mediante garanzie personali (3). Ma per le stipulazioni pretorie vigeva esclusivamente il principio così saldamente ed inequivocabilmente fissato in D. 46. 5. 1. 5 e in D. 46. 5. 7.

La cautio che i giuristi classici ritenevano più efficace per garantire i rapporti cui era diretto il nostro mezzo di tutela pretorio, è sempre e solo quella ottenuta mediante garanzie personali (sponsio fidepromissio) (4), e tutto il processo d'evoluzione del nostro istituto conferma questa tesi.

E' solo in età postclassica che, per le nuove concezioni giuridiche, si incominciò ad ammettere anche per le stipulationes praetoriae l'uso di cauzioni reali. Ma sempre in casi limitati, come stanno a dimostrare gli scarsissimi frammenti dei digesti che ci parlano di questa nuova tendenza e come dimostra il fatto che nella sedes materiae, cioè in D. 46. 5, non se ne fa alcun cenno.

Deve pertanto ritenersi giusta l'opinione sostenuta dal GUARINO (5) per il quale le alterazioni apportate ai tre frammenti su ricordati debbono essere attribuite a qualche giurista postclassico. I compilatori delle pandette avrebbero, sempre in deroga al principio

(1) DE RUGGIERO, *op. loc. cit.* n. precedente.

(2) BETHMAN-HOLLWEG, *Roem. Zivilproz.*, 11, 732; DE RUGGIERO, in *St. Fadda* 11, 133 sgg.; MANICK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, 79; SOLAZZI, *BIDR.*, 38, 27; GUARINO, *La collatio cit.*, 99 sgg. ed altra bib. *ivi*.

(3) V.: D. 17. 1. 59. 6.; D. 50. 4. 6. 1.; D. 50. 16. 188. 1.

(4) Cfr.: LOUIS LUCAS, *De la préférence des Romains pour le garanties personnelles*, 1886, 14 sgg.

(5) GUARINO, *La collatio cit.*, 101.

generale fissato in D. 46. 5. 1. 5 e in D. 46. 5. 7, mantenuto in vita queste particolari applicazioni di garanzie reali, in considerazione degli scopi pratici delle diverse stipulazioni pretorie, non altrimenti raggiungibili.

13 a. Nella formula della stipulatio doveva essere fissato un termine da valutarsi, *causa cognita*, secondo le circostanze (1).

Se il termine non fosse stato apposto colui che prestava la cauzione poteva adire il pretore per conseguire, trascorso un congruo periodo di tempo, la liberazione dal suo obbligo (2).

Poteva anche, in taluni casi determinati, chiedersi un prolungamento o un rinnovamento del termine (3).

13 b. Nella formula della stipulatio veniva inoltre fissata anche la penale per l'inadempimento degli obblighi assunti dal cavente.

D. 46. 5. 6, Paul. 14 ad Plaut.: « In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur » (4).

14. Di notevole importanza è la massima affermata in D. 2. 8. 6. Paul. 12 ad Ed.: « Quotiens vitiose cautum [vel satisfatum] est, non videtur cautum. » circa l'invalidità delle stipulazioni pretorie.

Il passo rivela palesi indizi dell'intervento dei compilatori. Il contrapposto tra cautio e satisfatio è giustiniano; infatti per diritto classico il contrapposto era tra nuda cautio = repromissio e satisfatio (5).

Giustiniano invece affermava in C. 6. 38. 3: « Sancimus cautionis nomine vel non esse fideiussoris dationem interpretandam, nisi hoc specialiter vel in Graecis vel in Latinis verbis scriptum fuerit: nisi enim vel generaliter de satisfactione vel de fideiussione specialiter sit nominatum, cautione vel cautela vel minime fideiussionem, sed nudam promissionem significari ».

Il contrapposto cavere vel satisfacere ritorna poi nella rubrica del

(1) V.: D. 39. 2. 7 pr.; D. 39. 2. 4.; D. 39. 2. 15 pr.; D. 39. 2. 15. 2.; D. 39. 2. 15. 7.; D. 43. 15. 1.; D. 46. 8. 18.

(2) V.: D. 39. 2. 15. 1.

(3) V.: D. 39. 2. 4.; D. 39. 2. 15 pr.; D. 46. 5. 4.

(4) V. inoltre: D. 46. 5. 11, e su questo passo: BERGER, *Die Strafklauseln in dem Papyrusurkunden*, 1911, 80 n. 1.

(5) V.: D. 39. 1. 5. 17.; D. 43. 4. 4. 1.; D. 50. 16. 61.

6° titolo del II libro ed in altri tre frammenti dei digesti ⁽¹⁾, nei quali *cavere* e *satisdare* vengono contrapposti perchè Giustiniano attribuiva ad essi effettivamente significato diverso.

In D. 2. 8. 6 « *vel satisdatum* » è insiticio: infatti nel passo originario di Paolo con la parola *cautum*, secondo l'accezione che questa aveva nel diritto classico, si voleva alludere alla *stipulatio*, sia che essa avvenisse mediante *repromissio*, sia mediante *repromissio* rafforzata da *satisdatio* ⁽²⁾.

Ma sostanzialmente D. 2. 8. 6 enunzia un principio di carattere generale, circa l'invalidità della stipulazione pretoria, che deve ritenersi vigente in età classica.

Certo le fonti, in materia di vizi del nostro mezzo, non sono nè molto numerose, nè molto sicure.

L'incapacità di uno dei soggetti della stipulazione ne produce la nullità. Il principio è fissato in D. 2. 8. 8. 2, Paul. 14 ad Ed.: « *Si servus inveniatur, qui antequam iudicium accipiatur fideiussit iudicatum solvi: succurrendum est actori, ut ex integro caveatur. [minori quoque vigintiquinque annis succurrendum est fortasse et mulieri propter imperitiam]* » in cui son contemplate tre ipotesi diverse. Per la prima delle quali la risoluzione è sicura, alla stregua dei principi vigenti nell'epoca classica.

Se uno schiavo, prima che fosse accettato il giudizio, prestò fideiussione di pagare il giudicato all'attore, dovrà di nuovo essere prestata la cauzione. Nè ciò può destar meraviglia. Lo schiavo non poteva essere fideiussore ⁽³⁾, e pertanto la cauzione da lui prestata era nulla, cioè giuridicamente inesistente, e perciò doveva essere ripetuta.

Il tono piuttosto incerto della frase finale, nella quale si prospettano le altre due ipotesi (che cioè la cauzione fosse prestata nei confronti di un *minor XXV annis* o di una donna) sta a dimostrare, a nostro modesto avviso l'intervento dei compilatori o per lo meno l'incertezza dei giuristi classici di fronte a questi casi pratici. Nè può darsi diversa interpretazione al frammento ritenendo cioè che la cauzione prestata dal *minor XXV annis* o dalla moglie fosse nulla e perciò da ripetere: in tal caso non sarebbe stato esatto affermare: « *minori... succurrundum est fortasse et mulieri* », perchè non in loro soc-

(1) V.: D. 5. 3. 57; D. 6. 1. 57; D. 43. 15. 1.

(2) Cfr.: GRADENWITZ, *BIDR.*, II, 7 sgg.; DE RUGGIERO, *St. Fadda*, 2, 104 n. 1.

(3) V.: D. 15. 1. 3. 5-6; D. 2. 11. 9. pr.; D. 2, 11, 13 ecc.

corso si sarebbe venuti, bensì in soccorso di colui a favore del quale la *cautio* era stata prestata. Bisogna inoltre considerare che se questa interpretazione dovesse darsi al frammento che criticiamo, la forma dubitativa della decisione in esso contenuta non può spiegarsi di fronte alla chiara affermazione contenuta nella stessa legge al § 1: *Qui mulierem adhibet ad satisdandum, non videtur cavere...*

L'incapacità di uno dei soggetti della stipulazione ne produceva la nullità anche se sopravvenuta: D. 2. 8. 10. 1, Paul. 75 ad Ed.: « *Quod si medio tempore calamitas fideiussoribus [insignis. vel magna inopia] accidit, causa cognita ex integro satisdandum erit* » ⁽¹⁾.

Si dice: se durante il termine fissato nella stipulazione i garanti cadono in povertà o disgrazia è necessaria una nuova *satisdatio*. Ciò è conforme ad ogni principio logico: in tal caso verrebbe a mancare quella garanzia, rappresentata dalla idoneità patrimoniale del garante, la quale costituisce l'unico mezzo di difesa del diritto alla cui protezione è diretta la stipulazione ⁽²⁾.

Di fronte alle affermazioni così precise contenute in D. 2. 8. 6 e in D. 2. 8. 10. 1, ci lascia piuttosto perplessi:

D. 2. 8. 10 pr.: « *Si ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella ad [competentem iudicem] (consulem) deferri: qui [ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat. I. Multoque magis si] sua voluntate accepit fideiussores contentus his esse debet* ».

Competentem iudicem è sicuramente interpolato al posto di *consulem* ⁽³⁾.

L'inciso *qui ex causa-probat* (che letteralmente va così tradotto: quegli che con causa rigetta fideiussori approvati dall'arbitro o diversamente accetta quelli che non furono approvati) ci sembra superfluo dopo l'affermazione contenuta nella frase precedente: *cum potuerit*

(1) In questo frammento le parole « *insignis, vel magna inopia* » sono evidentemente dovute alla penna dei compilatori. Non sembra infatti appropriato l'aggettivo *insignis* alla parola *calamitas*. Bisogna altresì considerare che *inopia* è un termine spesso interpolato: così in D. 9. 2. 30. 1; D. 5. 3. 17; D. 17. 1. 88; D. 4. 4. 27. 3; D. 16. 3. 21 pr. Cfr. LEVY, *Konkurrenz*, 1, 411; GRADENWITZ, *Interp.* 94; ZSS. 26. 361; LENEL, *Gaius* 143; PRINGSHEIM in ZSS. 41. 261. 1; SECKEL, s. v. *transferre*; BESELER, *Beitr.*, 3. 64; PERNICE, *Labeo*, 2. 1. 172 ecc. V. inoltre: D. 36. 3. 5. 1. e la critica a questo passo a pag. 92.

(2) V. inoltre: D. 36. 4. 4.

(3) V.: GRADENWITZ in ZSS., 7, 64.

querella ad competentem iudicem deferri. E' evidente che se la parte alla quale deve essere prestata soddisfazione appella la decisione dell'arbitro nominato per accertare l'idoneità dei garanti ⁽¹⁾ *aut improbat fideiussores ab arbitro probatos aut improbatos probat*.

Inoltre *multoque magis* che introduce il § 1 ci induce a ritenere che fosse valida la stipulazione viziata originariamente per inidoneità dei garanti, sia nel caso che la inidoneità non fosse stata conosciuta da colui che aveva diritto alla cauzione, sia nel caso contrario.

Nel diritto classico però per vedere se la stipulazione fosse valida era necessario distinguere il caso *a)* che l'approvazione dei garanti da parte di colui che aveva diritto alla cauzione fosse derivata da negligenza o disattenzione o comunque da un fatto a lui stesso imputabile; dal caso *b)* che l'approvazione fosse stata determinata dal dolo della parte che doveva *satisfare* ⁽²⁾.

a) Nel primo caso, quando per fatto proprio (*sua voluntate* dice Paolo) colui, nei confronti del quale doveva essere prestata la *satisfatio*, avesse accettato i garanti presentatigli dalla controparte, egli ed egli solo avrebbe dovuto sopportare le conseguenze onerose del suo disaccorto comportamento. E ciò in virtù del principio magistralmente fissato in D. 50. 17. 203, Pomp. 8 ad Quint. Muc.: « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* » ⁽³⁾.

E' giusto, e questa doveva essere la concezione dei classici, che la *stipulatio* avesse continuato a produrre i suoi effetti; cioè « *fideiussores pro locupletibus habendi sunt* » ⁽⁴⁾.

b) Nel secondo caso, quando cioè per errore o malinteso scusabile fossero stati accettati garanti inidonei la stipulazione doveva considerarsi come non fatta, applicandosi pertanto il principio espresso in D. 2. 8. 6, con la conseguenza che colui che doveva *satisfare* era tenuto a presentare nuovi garanti idonei.

Ciò è d'altra parte indirettamente confermato da D. 2. 8. 10. 1 in cui si ammette la reiterazione della *stipulatio* nel caso che fosse sopravvenuta l'incapacità dei garanti. Se non si tien valida la stipulazione che originariamente era fornita dei requisiti prescritti, a mag-

(1) D. 2. 3. 9.

(2) D. 46. 7. 7.

(3) V.: D. 39. 2. 44; D. 39. 3. 9. 1; D. 4. 8. 27. 2; D. 9. 2. 1. 4; D. 40. 12. 16. 2; D. 2. 14. 36 ecc.

(4) Ciò è confermato anche da D. 36. 4. 3. 3.

gior ragione doveva essere ripetuta quella originariamente viziata, quando i vizii di essa erano sconosciuti alla parte che aveva diritto alla cauzione per il dolo della controparte.

Non ci sembra perciò del tutto impossibile che nel passo sin qui esaminato sia interpolato tutto l'inciso *ex causa-multoque magis si*. L'alterazione del chiaro discorso di Paolo « *Si, ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt, cum potuerit querella ad consulem deferri: enim qui sua voluntate accepit fideiussores contentus his esse debet* » è ispirata a quel principio della *humanitas* nei confronti dei debitori che dominò nella legislazione giustiniana. Nè il *multoque magis* può essere spiegato altrimenti se non nel senso che i compilatori abbiano voluto generalizzare la regola eccezionale (« *si sua voluntate accepit fideiussores, contentus his esse debet* ») in riferimento a tutti i casi di soddisfazioni originariamente viziate.

15. Dopo avere esaminata la struttura della stipulazione pretoria nell'età classica, possiamo, a questo punto, passare all'esame della funzione esercitata dal nostro mezzo nel complesso sistema processuale romano.

Insegnava Ulpiano in D. 46. 5. 1. 4: « *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione* » ⁽¹⁾.

Il fine della stipulazione pretoria è sempre un fine cautelare. Mediante l'atto di volontario assoggettamento delle parti all'assunzione dell'obbligo o degli obblighi delle diverse stipulazioni, si veniva a tutelare un interesse non ancora, o per lo meno insufficientemente, protetto. L'*actio ex stipulatu* o la *condictio*, di cui può servirsi quella delle parti a favore della quale venne prestata la cauzione qualora gli obblighi assunti dal cavente non siano stati osservati, configura pertanto una tutela giuridica esauriente, per quanto non immediata e diretta, che altrimenti non si sarebbe potuto conseguire.

Questa funzione cautelare si esplica però in due diverse maniere:

(1) Il frammento è ritenuto dal BESIÈR, come si disse, una parafrasi dal § 1 al § 5: *Beitr.*, III, 130.

(2) Per i concetti applicati in questo paragrafo v.: BETTI, *Dir. rom.*, 666; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 218; SCIALOIA, *Proprietà*, I, 390; CARNELUTTI, *Sistema*, 205 sgg.; CHIOVENDA, *Istituzioni*, § 11; ALLORIO, in *Riv. dr. proc. civ.*, 1935, 1; Per una nozione del processo cautelare; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, 15 sgg. ecc.

a) col prevenire un danno eventuale. In questo caso l'interesse sufficiente per invocare la tutela pretoria sorge in un momento anteriore a quello della lesione del diritto e ciò avviene per il motivo che la lesione si preannunzia prossima e probabile.

Così, ad es., la *c. damni infecti*, una volta prestata fa sorgere nel proprietario dell'edificio minacciante l'interesse ad evitare con ogni cura ogni probabile danno. E similmente la *c. usufructuaria*, la *c. rem pupilli salvam fore*, la *c. evicta hereditate legata reddi*, la *c. legato-rum nomine*, sono anch'esse rivolte, attraverso la coazione psicologica sull'animo di colui che le ha prestate, a prevenire un probabile pregiudizio. In tutti questi casi di stipulazione la difesa giuridica che questa configura, anzichè eliminare *a posteriori* il danno già verificatosi, opera *a priori* allo scopo di evitare il danno eventuale derivante dalla lesione del diritto, non ancora avvenuta, ma minacciata o comunque prevedibile.

Pertanto è evidente che l'interesse alla prestazione della cauzione sorge non dal danno ma dal pericolo di un danno giuridico; la cauzione costituisce dunque una garanzia contro un torto futuro (1);

b) col procurare, sia pure in maniera indiretta, il soddisfacimento dell'interesse sfornito o insufficientemente fornito di tutela giuridica.

Così la *c. pro praede litis et vindiciarum*, la *c. iudicatum solvi*, la *c. ratam rem dominum habiturum*, la *vadimonium sisti* erano tutte dirette ad assicurare la fruttuosità pratica di un altro provvedimento in sussidio del quale venivano prestate, per attuare in tal modo completamente la difesa giuridica dei relativi rapporti.

Ad es., nelle azioni reali il giudice, accertato il diritto dell'attore ordinava al convenuto di restituire la cosa e se la restituzione non

(1) Giustamente affermava SCIALOJA, *Proprietà*, I, 390: « La complicazione del nostro sistema, se la consideriamo attentamente, non è senza ragione, perchè lo scopo a cui tende il diritto per mezzo di essa non è tanto di procurare il risarcimento del danno, quanto d'impedire che il danno stesso si verifichi. Ed infatti, in realtà, avvenuto il danno, dal punto di vista sociale si ha sempre un valore perduto, poco importando poi che esso vada a carico di una o di un'altra persona. Il diritto deve piuttosto tendere a che le cose siano tenute in modo che il danno non si verifichi, e questo appunto è il fine pratico cui tende il complicato meccanismo della *cautio praetoria*. Lo scopo del diritto si è più quello di prevenire che di reprimere, perchè prevenendo si fa il bene di tutti, invece reprimendo si ha una perdita economica a danno della collettività, sia che l'indennità spetti ad una persona, sia che essa spetti ad un'altra ».

avveniva procedeva alla condanna in danaro. Non vi è chi non veda che, praticamente, il diritto reale dell'attore che dovrebbe essere pieno ed assoluto viene invece a trasformarsi, perdendo quei caratteri speciali. Infatti se il convenuto non restituiva, l'attore finiva per diventare titolare soltanto di un diritto di obbligazione al pagamento di una somma di danaro nei confronti del convenuto. E questo era il meno che potesse capitare (1).

Ad eliminare questo inconveniente soccorreva il pretore con il procedimento cauzionale. Così ad es., nell'*actio in rem per sponsionem* ed in quella *per formulam petitoriam* l'attore si assicurava la restituzione del possesso, in caso di vittoria, mediante la *c. pro praede litis et vindiciarum* o mediante la *c. iudicatum solvi*.

Parimenti la *c. ratam rem dominum habiturum* assicurava la ratifica della lite da parte del soggetto del rapporto litigioso, per modo che il convenuto, nei confronti del quale essa veniva prestata, non aveva a temere di dovere essere di nuovo citata in giudizio con quella medesima azione (2).

16. Questa funzione cautelare preventiva esercitata dalle stipulazioni pretorie costituisce, nella maggioranza dei casi, l'unico mezzo di difesa giuridica dei rapporti che il pretore ha ritenuto degni di tutela.

Talvolta però il nostro mezzo concorreva con una *actio* alla difesa di uno stesso rapporto. E' questo il caso della *stipulatio damni infecti*.

Gai., 4. 31: «..... *damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est* ».

L'antichissima *legis actio damni infecti* sopravvive, almeno in teoria sino al tempo di Gaio. Infatti le *leges Juliae* che abolirono il procedimento delle *legis actiones* esclusero dalla riforma l'antico mezzo quiritario. E' evidente pertanto che in quell'epoca la *legis actio damni*

(1) Infatti qualora il convenuto fosse caduto in istato di decozione l'attore, ad es. un condomino della casa o di un fondo, poteva vedersi ridurre notevolmente la sua quota di proprietà, qualora si fossero presentati altri creditori del convenuto.

(2) Le cauzioni che esercitano questa seconda specie di funzione, attuano, come ben si vede, una tutela giuridica mediata, che serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia.

infecti doveva trovare ancora applicazione, sia pure in un campo molto limitato (1).

Abbiamo visto, d'altra parte, che il nuovo sistema della stipulazione imposta dal pretore, con la sanzione della *missio* contro il proprietario renitente, si affermò per la prima volta nell'albo solo per i danni derivanti dal *paries communis* (2).

Si può quindi ritenere che il sistema della *cautio*, introdotto per supplire a quelle lacune che il vecchio sistema della *legis actio* non poteva ormai più colmare, abbia avuto sin dalla sua origine un campo di applicazione diverso da quello della *legis actio*. Altrimenti non potrebbe spiegarsi la sopravvivenza di ambedue i sistemi sino alla epoca di Gaio.

Nè può, a nostro avviso, ammettersi la tesi sostenuta da alcuni autori i quali supponendo che la *c. damni infecti* sia penetrata nell'editto urbano in epoca posteriore a quella dell'emanazione delle leggi Giulie, giustificerebbero in tal modo la non abolizione della *legis actio damni infecti* (3).

Si oppongono a questa tesi i numerosi frammenti in cui Labeone, vissuto negli ultimi anni della repubblica, commentava diffusamente il nuovo sistema della *cautio* (4).

Il BRANCA (5), all'opinione del quale aderiamo, recentemente affermava: « Se il nuovo regime pretorio (*cautio-missio*) è anteriore al 17 a. C. e l'antico è ancora in vita nel II secolo p. C.; se questa anomalia, che ragioni esteriori di data non possono spiegare, non è dovuta alla natura specialissima del rimedio quiritario; se è vero che questo non si faceva preferire al mezzo nuovo per la ragione semplicissima che era meno comodo: tutto porta a credere che il perdurare inalterato dell'antica forma fosse dovuto, non per così dire a merito di essa, ma a difetto del nuovo tipo di tutela ».

Solo ammettendo che il nuovo sistema non contemplava tutti i casi regolati dal sistema più antico, e ciò viene attestato dalle fonti, si può spiegare il perdurare dell'antica *legis actio* sino al tempo di

(1) V.: WŁASSAK, *Roem. prozessgesch.*, I, 261 sgg.

(2) V. retro pag. 38.

(3) HESSE, *Rechtsverhältnisse*, I, 177; HUSCHKE, *Gaius*, 212; contra: WŁASSAK, *op. cit.* 261 sgg.; v. inoltre BRANCA, *Danno temuto cit.*, 66 sgg.

(4) V.: D. 39. 2. 13. 5; D. 39. 2. 15. §§ 20. 24. 32. 34. 35; D. 39. 2. 24. 2; D. 39. 2. 30. 1.

(5) BRANCA, *op. cit.*, 73.

Gaio e comprendere la funzione integratrice che il nuovo mezzo di difesa pretoria veniva compiendo, per attuare una piena tutela giuridica di quei rapporti, che pur essendo stati già presi in considerazione dal diritto, non godevano di una sufficiente protezione.

17. Se si considera il procedimento cauzionale dal punto di vista del fine cui esso mira, e cioè la difesa preventiva di un diritto o di un semplice interesse, lo si può far rientrare nel concetto di azione intesa nel suo senso più ampio.

Però dobbiamo osservare come i giuristi dell'età classica mai adoperarono il termine *actio* nel suo significato tecnico per designare il nostro procedimento.

Anzi essi costantemente contrapposero *actiones* e *stipulationes praetoriae* come numerosi testi stanno a dimostrarci.

Gai. 4. 31: «... *damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est* ».

D. 3. 3. 35. 2, Ulp. 9 ad Ed.: « *Non solum autem si actio postuletur a procuratore, sed et si praeiudicium vel interdictum vel si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri...* ».

D. 3. 3. 39, Ulp. 9 ad Ed.: « *Non solum autem in actionibus et interdictis et in stipulationibus debet dominum defendere sed...* » ecc.

Il distacco tra i due mezzi di difesa del diritto, che in questi ed in altri passi ancora è così evidente, non può meravigliarci se si considera che *actiones* e *stipulationes* presentano pochissima simiglianza sia per quanto concerne le particolarità di procedura, sia per quanto concerne l'atto conclusivo che mentre nelle seconde è rappresentato dall'*iussum caveri*, atto d'*imperium* che esaurisce tutto il procedimento, invece nelle prime è rappresentato dalla *datio iudicis*, atto di pura *iudisdictio* (1), che dà inizio alla seconda fase del procedimento il *iudicium*.

Vi sono però alcuni luoghi di Ulpiano nei quali può facilmente notarsi un timido raccostamento delle *stipulationes praetoriae* alle *actiones*. Questi frammenti rappresentano, come giustamente affermava il BRANCA (2), il massimo dell'evoluzione a cui potesse arrivare il diritto classico.

(1) V.: D. 2. 1. 3.

(2) BRANCA in *St. Ratti cit.*, 172 sgg.

D. 46. 5. 1. 2, Ulp., 70 ad Ed. « *Cautionales sunt autem quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti* » (1).

D. 16. 2. 10. 3, Ulp. 63 ad Ed.: « *In stipulationibus quoque, quae instar actionem habent, id est praetoriis, compensatio locum habet, et secundum Iulianum tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit obici compensatio* » (2).

D. 44. 7. 37 pr., Ulp. 4 ad Ed. pr. « *Stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt* » (3).

In questi frammenti Ulpiano non fa rientrare il nostro procedimento nel quadro generale delle azioni secondo la concezione del diritto classico, ma si limita ad osservare la simiglianza tra *actio* e *stipulatio* sia considerandone gli effetti fondamentali, talvolta comuni, sia considerando qualche comune particolarità di forma.

Non ci sembra esatta l'opinione sostenuta dal BESELER, il quale ritenendo interpolati i passi surriferiti, nega questo riavvicinamento.

Giustamente il BRANCA affermava che l'espressione « *instar habere* », « *instar obtinere* », già adoperata da Cicerone (4), nello stesso tempo in cui è usata nei frammenti surriportati, non può destare sospetti se adoperata da un giureconsulto classico, come Ulpiano, il quale in fatto di lingue era certamente meno purista del grande oratore.

Inoltre nelle Costituzioni giustiniane il termine appare pochissime volte ma sotto altra forma (« *ad instar* ») che non ci è stato possibile ritrovare in alcun'opera del periodo aureo.

Un altro passo di Ulpiano che non ci sembra censurabile riavvicina le *stipulationes* alle *actiones*.

D. 40. 8. 20, Ulp. 1 disp.: « *Non solum in actionibus, quas procurator intendit, verum in stipulationibus quoque, quas interponi desiderat, si vicem repraesentant actionum, cavere eum de rato oportet: quare si duplae stipulationem procurator interponat, de rato ca-*

(1) V.: BESELER, *Beitr.*, III, 130; SOLAZZI, *Ist. tut.*, 106 n. 1, 119.

(2) V.: BESELER, *Beitr.*, III, 128; NABER, *Mnemos.*, 21, 1893; KRETSCHMAR, *Compensatio*, 42 n. 81; FERRINI, *Obbligazioni*, 797; BIONDI, *Compensazione*, 141 n. 2; 190 sgg.; APPLETON, *Compensation*, 179.

(3) V.: BESELER, *op. loc. cit.*; WLISSAK, *Prozessformel*, 88, 93; JOBBÈ-DUVAL, in *St. Bonf.*, 3, 176; SEGRÈ, in *St. Bonf.*, 3, 530 n. 93, 606.

(4) Cic.: *Tusc.* 1, 17; *de Off.*, 3, 3.

vere debet. sed et si damni infecti stipulatio a procuratore interponatur, de rato debet procurator cavere » (1).

Il BESELER ritiene sospetto anche questo frammento per l'uso della espressione *interponere stipulationem*: questa però, osserviamo, è adoperata in una numerosissima serie di altri frammenti (2) che però non sono considerati sospetti di interpolazione.

Stabilito pertanto che già in età classica si è iniziato il raccostamento delle *stipulationes praetoriae* alle *actiones*, come ci appare dalla sicura testimonianza dei frammenti di Ulpiano che abbiamo più innanzi esaminato, ci resta da vedere l'ulteriore sviluppo di questa nuova concezione nell'età postclassica e bizantina.

Ma di questo parleremo in seguito.

18. Il procedimento delle *stipulationes praetoriae* presenta un carattere notevolmente meno arcaico del sistema di protezione interdittale che era già conosciuto al tempo delle *legis actiones* (3).

Infatti, se esso fosse apparso in epoca posteriore all'emanazione della *lex Aebutia* lo schema del procedimento *ex interdicto* sarebbe stato impiantato su basi formulari, così come avvenne per le *stipulationes praetoriae* le quali molto risentono della nuova riforma.

Pur tuttavia i punti di contatto tra i due sistemi sono diversi:

a) L'atto introduttivo dei due procedimenti è la *postulatio*, ma mentre nelle stipulazioni pretorie era necessario in primo luogo *vocare in ius* colui che era obbligato a prestare la cauzione (mediante uno dei mezzi di citazione che abbiamo precedentemente esaminato), invece nel procedimento interdittale la citazione ufficiale o semiufficiale dell'avversario seguiva alla *postulatio* (4).

b) I due procedimenti possono essere svolti indipendentemente dal *rerum actus* e compresi gli stessi giorni nefasti. Infatti essi non si

(1) V.: BESELER, in *Zss.* 47, 1927, 369; contra: HAYMANN, in *Zss.* 40, 1919, 295 n. 1; BRANCA, *St. Ratti*, 176.

(2) Cfr.: D. 46. 5. 1. 9; D. 46. 5, 4; D. 46. 6, 8; D. 46. 7. 7; D. 46. 7. 13 pr.; D. 46. 8. 10; D. 46. 8. 20; D. 46. 8, 22 pr.; D. 46. 8. 26; D. 39, 2. 7. 2; D. 39, 2. 15. 1; D. 39. 2. 18. 6; D. 39. 2. 24. 2. ecc.

(3) PUCHTA, *Instit.* § 169; SCHMIDT, *Interdiktenverfahren*, 313 sgg.; UBELLOHDE, *Continuazione al Glück*, XXXIX, 2, 1, 636; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.* 222 sgg.; BETTI, *Dir. rom.* 653 sgg.; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, 91 sgg.; DE MARTINO, *La giurisdizione cit.*, 232 sgg.

(4) Cfr.: BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, 14 sgg., 24 sgg.

concludevano, come il procedimento normale, con la pronunzia dei « *tria verba* » (*do, dico, addico*) da parte del magistrato.

c) Per la conclusione dei due procedimenti è sempre necessaria una *cognitio* del magistrato, la quale costituisce il presupposto della decisione ⁽¹⁾.

d) Infine, il provvedimento definitivo è per tutti e due i procedimenti un *decretum*, cioè una pronunzia che deriva dalla generale potestà di comando e di decisione, *imperium*, propria del magistrato ⁽²⁾.

Accanto a questi punti di contatto tra le due forme di difesa giuridica, si possono rilevare due sostanziali differenze.

La prima va ricercata nel carattere pubblicistico che è molto più accentuato nel procedimento interdittale. Le stipulazioni pretorie, infatti, per quanto imposte dal pretore, restano sempre atti di parte, e l'intervento del magistrato si spiega tenendo presente il movimento pubblicizzazione che governa tutto il sistema processuale romano.

Non possiamo infatti dimenticare che l'uso di prestarsi volontariamente cauzione ha preceduto storicamente l'uso della *stipulatio* imposta dal pretore ⁽³⁾. Invece la procedura interdittale, anche risalendo alle sue più remote origini, ha una natura che si profila squisitamente pubblicistica. Il mantenimento della pace sociale è infatti il fine cui è diretta la protezione interdittale, e conferisce al pronunziato del magistrato lo speciale carattere di misure amministrative di polizia ⁽⁴⁾.

L'altra differenza sostanziale che intercede tra interdetti e stipulazioni pretorie concerne l'atto conclusivo.

Gli interdetti, infatti, sono comandi concreti pronunziati dal magistrato nei confronti di privati in conflitto d'interessi tra loro e diretti ad imporre l'osservanza di un determinato comportamento (*restituas, exhibeas, ne facias*) in dipendenza da una situazione di fatto che verrà accertata in un secondo momento ⁽⁵⁾.

L'interdetto ha pertanto un carattere ipotetico ed in ciò differisce

(1) Cfr.: BISCARDI, *op. cit.*, 53 sgg.

(2) Per gli interdetti v.: D. 43. 8. 7; D. 1. 18. 3; D. 8. 1. 2.

(3) V. retro pag. 6, 37-38.

(4) BETHMANN-HOLLWEG, *Roem. Zivilproz.*, 202 sgg.; PERNICE, in *Zss.*, 17, 1896, 195 sgg.; e più recentemente: GINTOWT, in *St. Albertoni*, II, 235 n. 1.8.

(5) V.: BETTI, *Dir. rom.*, 653 ed altra bib. ivi; BISCARDI, *op. cit.*, 53 sgg., 31.

dall'*iussum cavere* che invece ha una formulazione positiva ed incondizionata perchè non è subordinato a nessun ulteriore accertamento.

Tutto ciò ha importanza se si prendono in considerazione gli effetti dell'inesecuzione da parte dei destinatari delle due specie di *decreta* magistratuali.

Infatti, mentre l'inosservanza dell'interdetto dà origine ad un procedimento per contravvenzione diretto a stabilire come afferma Gaio, Ist. 4. 141: « *An aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iusserit* » ⁽¹⁾; l'inosservanza dell'*iussum caveri* dà luogo direttamente a provvedimenti penali satisfattivi a carico dell'inadempiente (*missio in bona, pignoris capio, denegatio actionis ecc.*).

19. Dobbiamo infine esaminare i rapporti che intercedono tra il nostro procedimento e le altre forme di tutela giurisdizionale di autorità del magistrato (*missiones, in integrum restitutiones*).

Non vi è molto da dire.

L'unico punto di contatto è rappresentato dal fatto che anche in queste, come nelle stipulazioni pretorie, il magistrato giudicante, per quella generale potestà di comando e di decisione che gli conferisce la sua funzione, non si limita ad autorizzare un'attività delle parti, come avviene nei giudizi ordinari, ma, come afferma Gaio:

Ist. 4, 139: «... *principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit* ».

20. Non è esatto ricondurre il nostro procedimento alle *extraordinariae cognitiones*, così come inconsideratamente viene sostenuto da alcuni studiosi che, male intendendo la distinzione tra *ordo* e *cognitio*, includono nei procedimenti straordinari tutti gli affari urgenti da sbrigare al di fuori del *rerum actus* ⁽²⁾.

Se si considera che in età classica il sistema processuale dominante è quello dell'*ordo iudiciorum privatorum*, in cui le parti stesse fis-

(1) V.: BISCARDI, *op. cit.*, 82.

(2) V.: HARTMANN-UBBELOHDE, *Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Roemer*, 1886, i quali si appoggiano su due testi della Parafraresi greca alle Ist., 3. 12 pr. e 1. 6. 4, e su di uno scolio di Servio in *Aeneid.*, VI, v. 431 sgg. (BRUNS, *Scriptores*, 76); contra: STEINWENTER, *KVI.*, 52, 61; BOYÈ, *Denuntiation*, 18. V. inoltre: SCIALOJA, *Proc. civ. rom.*, 244.

sano i termini della controversia ed il magistrato si limita ad esercitare una funzione di controllo autorizzativo, demandando la decisione della lite ad un *iudex* privato, potrebbero, molto impropriamente, classificarsi come straordinari tutti gli altri procedimenti (*interdicta*, *stipulationes* ecc.) nei quali la funzione del pretore si svolge diversamente.

Ma tutto ciò non corrisponde alla concezione che i giuristi classici vennero formandosi sul contrapposto *ordo-extra ordinem*.

La procedura formolare, l'*ordo iudiciorum privatorum*, era una procedura regolare, dai tratti precisi e ben definiti, nella quale sia le parti che il magistrato dovevano osservare determinate forme legali dirette ad assicurare il trionfo della giustizia.

Il magistrato malgrado il suo potere discrezionale, potere molto vasto e che gli derivava dalla facoltà di *dare* o *denegare actionem*, non poteva applicare nella decisione delle liti tutto l'insieme dei poteri che gli spettavano in virtù del suo *imperium*.

In materia di amministrazione, come magistrato politico ed amministrativo, la cosa era molto diversa. Ma in materia giudiziaria egli doveva uniformare lo svolgimento della sua funzione a quel programma fissatogli dal diritto, insomma all'*ordo iudiciorum privatorum* (1).

Ma accanto a questa forma ordinaria di procedimento, già nell'ultimo secolo della repubblica, incominciò ad essere praticata una forma nuova, alla quale i giureconsulti classici stessi dettero la denominazione *extra ordinem*, rimessa all'organo dello Stato e svincolata dai principi fondamentali e dalle norme del processo ordinario (2).

Pertanto il contrapposto *ordo-extra ordinem* si venne affermando nelle concezioni classiche in conseguenza della diversa funzione svolta dal magistrato e dell'ampliamento dei suoi poteri giurisdizionali.

Nella nuova procedura infatti, soppressa la distinzione tra il dibattito *in iure* e quello *apud iudicem*, l'applicazione del diritto nella decisione della lite è di competenza esclusiva del magistrato (3).

Da quanto siamo venuti sin qui dicendo appare con somma evidenza che per le stipulazioni pretorie non si può parlare di *extraordinaria cognitio* se non in un senso molto improprio e non corrispondente affatto alle concezioni romane classiche.

(1) GIRARD, *Man.*, 1116 n. 1.

(2) BETTI, *Dir. rom.*, 667.

(3) BETTI, *Dir. rom.*, 668.

Quale posto occupa dunque il nostro procedimento nel sistema processuale classico? Le opinioni sono diverse.

Vi è chi afferma che le *stipulationes*, così come le *in integrum restitutiones* e gli *interdicta*, sono mezzi processuali che servono di complemento al sistema delle azioni (1). Ma questa risposta non risolve, a nostro modesto avviso, il quesito propostoci.

Altri parlano invece di una difesa giuridica extragiudiziale (2).

Il BETTI, con maggiore precisione, afferma invece che trattasi di tutela giurisdizionale di autorità (3), ed a noi sembra che questa opinione possa essere accettata come la più rispondente alle concezioni romane.

Infatti abbiamo visto precedentemente che l'attività svolta dal pretore nella prima fase del nostro procedimento è vera e propria attività giurisdizionale, analoga, per le ragioni già esaminate, all'attività svolta dal pretore nella prima fase del procedimento ordinario.

Ciò è, d'altra parte, confermato dalle fonti le quali, nei numerosi frammenti dei quali noi abbiamo rivendicato la genuinità, annoverano il nostro mezzo tra gli atti di *iurisdictio*.

Inoltre abbiamo visto che l'atto conclusivo del nostro provvedimento l'*iussum caveri*, rientra invece nella categoria di quelle pronunzie magistratuali derivanti dalla generale potestà di comando e di decisione spettante al pretore; distinguendosi così dall'atto conclusivo della fase *in iure* del procedimento ordinario, atto quest'ultimo di pura *iurisdictio* (4).

Possiamo pertanto dire di essere pervenuti, attraverso indagine svolta sinora, agli stessi risultati ai quali già precedentemente era pervenuto l'eminente romanista.

Il nostro procedimento è un mezzo di tutela giurisdizionale d'autorità del magistrato.

In esso *iurisdictio* ed *imperium* si fondono in un tutto organico facendo assumere al nostro mezzo caratteristiche speciali che lo distinguono sia dal normale procedimento formolare, sia dalle prime *extraordinariae cognitiones* apparse nell'ultimo secolo della repubblica.

(1) V.: ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 143 sgg.; JOBBÈ-DUVAL, in *St. Bonf. cit.*

(2) V.: WENGER, *Inst.*, 234.

(3) BETTI, *Dir. rom.*, 651 sgg.

(4) V. retro, pag. 56 sgg.

PARTE II.

Rimedi contro la mancata prestazione della cauzione

SOMMARIO: 21. Varie figure di inattività da parte del destinatario dell'*iussum* pretorio. Terminologia adoperata nelle fonti. - 22. Fine pratico dei provvedimenti adottati dal pretore in conseguenza dell'inesecuzione dell'*iussum*. - 23. Diversi rimedii; in materia di *c. damni infecti: missio in bona*. Struttura. Varietà di funzioni esercitata dalla *missio*. Varie teorie, critica. Nostra opinione. - 24. In materia di *c. legatorum: missio legatorum servandorum causa. Custodia et observatio*. Differenza con la *missio d. i.* - 25. In materia di *s. suspecti heredis: missio in bona*. - 26. Procedimento per ottenere la *missio*. Diversità di regime tra la *missio legatorum* e la *m. damni infecti*. - 27. In materia di *c. damni infecti: missio ex secundo decreto*. - 28. In materia di *c. usufructuaria: ius retentionis; denegatio actionis*. D. 7. 9. 7; D. 7. 7. 5. 1. - 29. In materia di *duplne stipulatio*: concessione di una speciale azione. - 30. In materia di *c. damni infecti: concessione di actiones ficticiae*. Importanza della finzione per l'evoluzione dell'istituto. Natura della finzione. - 31. In materia di *c. de conferendis bonis* e di *c. legatorum: denegatio actionis*. - 32. In materia di *c. rem pupilli salvam fore: pignora; missio*. - 33. In materia di *c. processuali*: arresto personale e sequestro; inversione del possesso e dell'onere della prova. - 34. Conclusione.

21. Abbiamo esaminato, sino a questo momento, lo svolgimento del nostro procedimento nella sua forma ordinaria e normale.

Poteva però facilmente sorgere qualche ostacolo tale da impedire sin dall'inizio questo normale andamento, oppure verificarsi, durante il corso del procedimento qualche irregolarità tale da provocare da parte del pretore l'adozione di un rimedio eccezionale rivolto a produrre uno stato di cose conforme al diritto.

Si possono distinguere tre ipotesi diverse: a) colui che doveva prestare la cauzione si rendeva volontariamente irreperibile in modo

da non potere essere convenuto *in iure*; b) oppure si trattava di assenza involontaria e perciò non imputabile; c) oppure infine, pure essendo le parti venute dinnanzi al magistrato, il destinatario dell'*iussum caveri* non ottemperava all'ordine ricevuto.

In tutti e tre i casi l'interesse alla cui protezione era diretto il procedimento della stipulazione pretoria sarebbe restato ancora sornio di tutela; ad evitare ciò il pretore aveva a disposizione varii rimedii che passeremo brevemente in rassegna.

E' necessario però, prima di ogni altra cosa, studiare la natura di questi diversi aspetti della inattività processuale di colui che era tenuto a prestar la cauzione.

Situazioni apparentemente analoghe potevano verificarsi, nel procedimento ordinario, sia nel caso in cui non si poteva convenire in giudizio l'avversario, sia nel caso che, pure essendo le parti comparse *in iure*, una delle due non si fosse difesa.

Queste diverse ipotesi si inquadravano, nelle concezioni romane, nella figura generale della *contumacia*.

Absentia, latitatio, indefensio, sono infatti i tre aspetti sotto i quali si manifesta questo concetto.

Colui il quale essendosi presentato in giudizio non rispondeva convenientemente alle pretese dell'avversario si chiamava generalmente *indefensus*, veniva considerato *pro confesso*, e contro di lui il pretore ordinava la *missio in bona* e meno spesso la *ductio*, cioè l'esecuzione sulle persona (1).

Absens era invece colui il quale non si trovava nel luogo dove veniva intentata l'*actio* (2).

Infine *latitans* era colui che, per sottrarsi all'azione, si teneva nascosto, si fosse o non assentato dal luogo ove veniva intentato il giudizio (3).

Anche nel procedimento delle *stipulationes praetoriae* si saranno verificate situazioni presso a poco simili. Ma è importante notare che nelle fonti la terminologia in uso per la contumacia nel processo ordinario non è adoperata quasi mai in senso tecnico e preciso per il nostro procedimento.

Con più frequenza ricorre il termine *indefensio* (4).

(1) Cfr. *Lex Rubria*, c. XXI-XXII.

(2) Cfr.: D. 50. 16. 199; D. 40. 5. 51. 5; D. 39. 2. 4. 5.

(3) Cfr.: GAI. 4. 78; D. 42. 4. 1. 1; D. 42. 4. 7. 2.

(4) Cfr.: D. 3. 3. 35. 2-3; D. 10. 3. 5; D. 43. 24. 3. 6.; D. 42. 4. 5. pr.; D. 42. 4. 5. 1.

Ma, come giustamente rilevava il BRANCA ⁽¹⁾, nei frammenti in cui si parla di *defendere* o *defensio* se ne parla in un senso del tutto diverso da quello tecnico normale.

Il prestare o non, in seguito all'*iussum* pretorio, la cauzione non può essere considerato se non come il soddisfacimento volontario dell'interesse alla cui protezione era diretto il nostro procedimento, oppure come violazione del medesimo: è evidente pertanto che non può parlarsi di un *defendere* o meno, perchè si tratta soltanto di fatti sostanziali e non di procedura.

In un altro frammento si parla di *contumacia*:

D. 36. 3. 5. 1, Pap. 28 quaest.: « *Possessio autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transferatur, quam si caverit, tametsi maxime adversarius [non per inopiam, sed per contumaciam] cavere noluerit: [sed si is qui vicit non possit cavere, vel res deponenda vel iurisdictio restituenda erit]* ».

Questo testo è certamente rimaneggiato dai compilatori.

A prescindere dal fatto che in nessun altro luogo dei Digesti si parla di *contumacia* a proposito di colui che, essendo tenuto a prestare la cauzione, se ne resta invece inattivo, altri elementi concorrono a farci dubitare della genuinità del testo.

Il senso ambiguo ed incerto di tutta la frase finale; l'uso improprio del termine *iurisdictio*; la considerazione infine che nella *sedes materiae* non si fa alcun cenno alla distinzione di cui nel testo che criticiamo, sono, a nostro modesto avviso, indizii sicuri di alterazioni apportate dai compilatori al testo originario.

Ma la spiegazione del fatto che i giureconsulti classici romani elaborarono così sapientemente il nostro istituto senza procedere, peraltro, ad una chiara ed esauriente classificazione delle diverse figure di inattività processuale del non cavente, sussiste ed è, per chi ben osservi, molto semplice.

Esauritosi negativamente il procedimento per ottenere la *stipulatio*, il presupposto dei nuovi provvedimenti che il pretore dovrà adottare di conseguenza, è che non sia stato osservato l'*iussum* caveri.

E' indifferente il motivo per il quale la cauzione non venne prestata.

Così ad esempio; in materia di danno temuto la *missio* veniva ordinata anche contro colui che, senza sua colpa, non potè prestar cauzione.

(1) V.: BRANCA, *op. cit.*, 192-193; 200.

Il pretore ordina la *missio* non solo nel caso in cui, essendo le parti presenti *in iure*, il destinatario dell'*iussum* non lo esegua nei termini all'uopo stabiliti; bensì anche quando colui il quale è obbligato alla cauzione è assente, o per altro motivo non si può citare.

La sola differenza che passa nelle due ipotesi testè prospettate è che mentre nella prima occorre attendere che sia trascorso il termine fissato dal pretore e fare una nuova istanza per ottenere il decreto d'immissione, nella seconda, cioè laddove l'obbligato non sia stato presente *in iure*, la *missio* veniva ordinata subito, in seguito alla *postulatio*, previa eventualmente, nel diritto postclassico e giustiniano, la *denuntiatio ex auctoritate* ⁽¹⁾.

Parimenti avviene per la *cautio legatorum*: si procede alla *missio* sempre che l'erede non abbia prestato la cauzione, senza tener conto del motivo per il quale non si è prestata la cauzione.

D. 36. 4. 1. 1., Ulp. 52 ad Ed.: « *Non exigit praetor, ut per heredem stet, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium [vel fideicommissarium] non stare, quo minus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, [hoc est is a quo legatum fideicommissum relictum est], omnimodo poterit legatarius [et fideicommissarius] in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui cavere oportebit, non fieri, quo minus caveatur. [non tamen et satisfactio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desiderat]* » ⁽¹⁾.

Il passo, quantunque rimaneggiato dai compilatori, ci dice che il pretore non esige che dipenda dall'erede il non prestar cauzione (perciò non ha rilevanza se uno sia stato *absens* o *latinans*); egli vuole soltanto che non dipenda dal legatario o dal fideicommissario il non averla ricevuta. E perciò se non si trova alcuno che possa essere chiamato a prestare la cauzione, il legatario e il fideicommissario saranno immessi nel possesso; perchè la mancata prestazione della cauzione non è imputabile a colui il quale aveva diritto a che gli fosse prestata.

Dopo l'esame di questo testo, che è decisivo per il problema che ci eravamo proposti, non ci sembra che possano sussistere ancora altri dubbi sulle ragioni che indussero i giuristi classici a disinteressarsi della diversità delle cause che determinavano la mancata prestazione della cauzione.

(1) SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, 23 n. 3.

(2) Cfr.: D. 39. 2. 7 pr.; D. 39. 2. 9. 6; D. 39. 2. 15. 11-26-27-29; D. 39. 2. 38. 1.

E passiamo oltre.

22. Diversi erano i rimedi dei quali poteva disporre il pretore nel caso di mancata prestazione della cauzione: *missio in bona, pignora, denegatio actionis*, concessione di *actiones ficticiae* ecc. Tutti questi rimedii, diretti al fine ultimo della retta amministrazione della giustizia, pur differendo sostanzialmente l'uno dall'altro, presentano invece una grande analogia tra loro qualora si voglia considerare il fine pratico, diretto ed immediato, al quale essi erano rivolti.

Il quale è, a voler attentamente osservare, duplice:

a) Dal punto di vista obbiettivo, esaminando i nostri provvedimenti, si nota facilmente che con essi si cerca di realizzare lo stesso scopo cui era primariamente diretto l'ordine di prestar cauzione: e cioè la difesa dell'interesse ritenuto meritevole di tutela giuridica dal pretore.

Con l'adozione di questi provvedimenti le parti vengono, in altri termini, a trovarsi in una situazione giuridica analoga, quanto agli effetti, a quella nella quale si sarebbero venute a trovare qualora si fosse proceduto alla stipulazione.

Conviene forse esemplificare.

Nel caso che l'erede non avesse, ad esempio, prestato la *c. legatorum* lasciando senza alcuna difesa il legatario, questi, per mezzo della *missio in bona* concessagli dal pretore, veniva a trovarsi ugualmente garantito nei suoi diritti ed interessi, perchè questo è lo scopo (cioè la garanzia dei suoi diritti) dell'immissione nel possesso dei beni ereditarii. Lo stesso avveniva per le altre cauzioni.

b) Dal punto di vista subbiettivo, invece, noi vediamo che tutti questi rimedi sono diretti ad esercitare una pressione sulla volontà di colui che è tenuto a prestar cauzione. Il quale è posto di fronte alla alternativa o di prestare volontariamente la cauzione dovuta, o di incorrere in un provvedimento del pretore che certamente gli riuscirà molto più gravoso.

Considerando i nostri rimedii sotto questo aspetto si può riconoscere in essi il carattere di tipiche misure di coazione indiretta delle quali il pretore si serve per influire sulla volontà del destinatario dell'*iussum*, con la minaccia di più rigorose sanzioni, e di conseguenza per fare in modo che quello (il destinatario dell'*iussum*) presti la cauzione dovuta.

Così quando, ad esempio, al proprietario di un edificio pericolante il pretore ordina di garantire il proprietario dell'edificio vicino

minacciato, quello o prestava la cauzione (ed in tal caso l'interesse del proprietario dell'edificio minacciato veniva ad essere tutelato per mezzo dell'*actio ex stipulatu* che avrebbe potuto esperire qualora si fosse verificato il danno), oppure incorreva nella immissione nel possesso del suo stesso edificio da parte del proprietario vicino minacciato, con tutte le gravose conseguenze derivanti da questa immissione.

E' evidente perciò che nel caso, certamente più frequente in pratica, che il proprietario dell'edificio minacciato abbia prestato cauzione, la *missio in bona* ha svolto proprio una funzione di coazione psicologica indiretta.

Ciò premesso, passeremo a questo punto ad esaminare la struttura di ciascuno di questi rimedii.

Questa indagine è necessaria per potere comprendere pienamente l'ulteriore sviluppo subito dal nostro istituto nel diritto giustiniano.

23. Nel caso di mancata prestazione della *c. damnū infecti* veniva concessa la *missio in bona*.

D. 39. 2. 4. I., Ulp. I. ad Ed.: « *Si intra diem a praetore constituendum non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est. 'eius rei' sic accipe, sive tota res sit, sive pars sit rei* ».

A differenza delle altre *missiones* questa avviene non *in universonum nomine*, *sed de rei tantum de qua damnū timetur*.

D. 42. 4. 1, in cui è enunciato questo principio, sulla classicità del quale è impossibile dubitare, sembrerebbe escludere il *damnū infectum* dall'elenco delle cause « *ex quibus in possessionem mitti solet* ».

Ma il SOLAZZI (1) ha dimostrato con ampiezza di argomenti l'intervento dei compilatori.

Ciò premesso è opportuno ricordare che la *missio damni infecti* assume una struttura ed una funzione diversa a seconda dei casi.

a) L'ipotesi che più generalmente si sarà verificata in pratica sarà stata quella che il pretore abbia emanato l'*iussum* e che il destinatario di esso non vi abbia coscientemente ottemperato.

Varie opinioni sono sorte e noi le passeremo brevemente in rassegna.

(1) D. 42. 4. 1 andrebbe così ricostruito secondo il SOLAZZI, *Il concorso cit.* 1. 16 sgg., 29:

« *Tres (fere?) causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet; rei servandae causa, legatorum servandorum gratia et damni infecti nomine si non caveatur, quo casu fit missio in rem tantum, de qua damnū timetur* ».

Considerando in modo particolare la finalità preventiva della *missio*, e cioè lo scopo che questa ha di evitare, per mezzo della coazione psicologica sulla volontà del destinatario dell'*iussum*, il danno che si teme, SCIALOJA (1) affermava che: « questa *missio in possessionem ex primo decreto* produce l'effetto che il proprietario del fondo minacciato è collocato al fianco del proprietario del fondo minaccioso sicchè egli è investito della custodia di questo fondo insieme al proprietario. Ha cioè il diritto di custodire la cosa minacciosa e di promuovere anche le riparazioni necessarie per togliere il pericolo, si intende a spese del proprietario del fondo minacciato. Ma soprattutto ha il diritto di annoiare il proprietario del fondo minaccioso: e si spera che la vicinanza e l'insistenza di questo noioso compagno persuada il proprietario dell'edificio minaccioso a dare all'altro la *c. damni infecti* ».

Un argomento a sostegno di questa tesi si vorrebbe desumere da un luogo di Ulpiano in cui parlando delle facoltà spettanti all'impresso *legatorum servandorum causa* si afferma:

D. 36. 4. 5, Ulp. 52 ad Ed.: «... *neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem* ».

Lo scopo cui è diretta la *missio*, si dice, è precisamente quello di forzare la persona a fare la riparazione della cosa minacciosa o per lo meno a cautelare il vicino (2).

Ma il frammento addotto non può considerarsi un argomento sufficiente per sostenere questa opinione.

Innanzitutto si tratta di un passo notoriamente interpolato (3). In secondo luogo la *missio damni infecti* e la *missio legatorum servandorum causa* presentano caratteristiche specifiche diverse.

In fine, applicando un tal concetto, viene a provocarsi una grande confusione tra lo scopo preventivo che è a base di tutto l'istituto del *damnum infectum* e la funzione generale di coazione indiretta che è propria di tutti i rimedi adoperati dal pretore in conseguenza dell'inesecuzione dell'*iussum caveri*.

(1) V.: SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, 390.

(2) Questa opinione fa capo ai Glossatori. V.: BAROLO, *Comm. ad L. 15 § 28 D. h. t.*; cfr. inoltre: PACCHIONI, *Corso*, II, 440; DEKKER, *La fiction juridique*, 1935, 172 sgg.

(3) ALBERTARIO in *Zss.*; 32, 1911, 317; SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, I, 103; BRANCA, *op. cit.* 146.

Il BURCKARD, seguito dal KARLOWA (1) si ferma sulla funzione di garanzia esercitata dalla *missio*, per mezzo della quale si offre al proprietario della cosa minacciata la possibilità di evitare il danno.

Ma anche questa opinione non illumina chiaramente tutti gli aspetti della vera natura della funzione svolta dalla *missio ex primo decreto*.

Altri autori (2) ritengono che la *missio* ha una funzione esclusivamente coattiva essendo una misura coercitiva diretta a far prestare la *c. damni infecti*.

Ma anche questa opinione non può essere accolta. Infatti, come giustamente osservava il BRANCA (3), la *missio* non può sempre considerarsi come un mezzo per raggiungere la *c. damni infecti* perchè l'immissione si attua talvolta anche quando la *ruina* è già avvenuta (4).

E neppure può considerarsi come un mezzo diretto a procurare di volta in volta o la *c. damni infecti* o una *c. de praeterito* e cioè il risarcimento: in questo caso la *missio* avrebbe un doppio scopo, preventivo e reipersecutorio. Ma un passo delle fonti ci dimostra che questa non era la concezione classica (5).

Il BRANCA (6) sostiene che la base dogmatica della *missio ex primo decreto* e della *missio ex secundo decreto* (che viene ordinata qualora il proprietario della cosa minacciante persiste nel *non caveri* anche dopo la *immissio* del vicino minacciato) va ricercata nella funzione riparatoria ed affittiva della *missio* costruita quale pena.

La tesi è abbastanza convincente, non solo perchè confermata in alcuni luoghi dei Digesti (7), ma inoltre per la seguente considerazione: poichè il rimedio più antico, la *legis actio damni infecti*, aveva carattere penale è molto probabile che già in età classica la *missio* fosse concepita come una vera e propria pena.

Il non prestare osservanza all'*iussum caveri* costituisce un illecito pretorio che a differenza delle altre forme di illeciti (*obligatio ex*

(1) BURCKARD, *op. cit.*, 394 sgg.; KARLOWA, *Roem. Rechtsgesch.*, II, 1240; cfr.: D. 39. 2. 15. 30.

(2) V.: VANGEROW, *Pandekten*, III, 559; SEGRÈ, *Corso 1929-1930*, 206 sgg.; BETTI, *Dir. Rom.*, I, 663; HUNTERHOLZNER, *Schuldverh.*, II, 719; HESSE, *Rechtv.*, I, 142 sgg.

(3) V.: BRANCA, *op. cit.*, 142 sgg.

(4) Cfr.: D. 39. 2. 15. 34; D. 39. 2. 44.

(5) Cfr.: D. 39. 2. 15. 28.

(6) V.: BRANCA, *op. cit.*, 147 sgg.

(7) Cfr.: D. 11. 1. 20. 1; D. 43. 4. 4; D. 39. 2. 16.

delicto, actione teneri) ha come conseguenza non la condanna al pagamento di una somma di danaro, bensì la condanna a sopportare « *pati* » un determinato comportamento da parte di colui nei confronti del quale doveva essere prestata la cauzione.

Non può dunque meravigliarci se, tale essendo l'aspetto sotto il quale i giuristi romani classici consideravano l'inattività del destinatario dell'*iussum*, le conseguenze derivanti da quella venissero raffigurate come una vera e propria pena e come tale espressamente chiamate nelle fonti.

Ci sembra però che anche la tesi del BRANCA pecchi di incompletezza.

Non bisogna infatti dimenticare che la *missio* ha anche una spiccata funzione di garanzia della quale non può non tenersi conto se vogliansi ben comprendere il contenuto delle facoltà spettanti all'impresso.

Le fonti parlano sempre di *custodia et observatio*, che non era un vero possesso giuridico ma una detenzione atta a garantire l'impresso per l'interesse minacciato (1). Altro è *possidere* altro è *in possessione esse*.

D. 42. 4. 12, Pomp. 23 ad Muc: « *Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiae rerum et observationem nobis concedit* » (2).

La *custodia et observatio* spettante all'impresso costituisce una vera e propria garanzia reale.

Quantunque non si possa avvicinare la *missio* ad alcun altro tipo di garanzia reale conosciuto dai giuristi classici, pure questa funzione di garanzia non passò inosservata:

D. 39. 2. 15. 30, Ulp. 53 ad Ed.: « *Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent [eamque culpam praestare]; exemplo eius, qui pignori accepit. [Sed alio iure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice*

(1) V.: BETHMANN-HOLLWEG, II, 674.

(2) L'originario passo di POMPONIO si riferiva soltanto alla *c. legatorum* perchè l'editto imponeva la *cautio* ed accordava la *missio* solo in favore dei legatari. La menzione dei fedecommessi è insitica. V.: SOLAZZI, *Concorso*, I, 23 n. 1. Cfr. inoltre: D. 41. 2. 3. 23; D. 41. 2. 10. 1.

cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit]. » (1).

Questo passo, in cui è sicuramente interpolato l'inciso « *eamque culpam praestare* » e la frase finale, ci dimostra ampiamente che già in età classica, quantunque non accolta la parificazione della *missio damni infecti* col pegno, erasi iniziato un certo avvicinamento della *missio* alle varie figure di garanzie reali.

Questo avvicinamento, determinato esclusivamente dalla funzione di garanzia svolta dalla *missio*, si attuerà completamente nel diritto di Giustiniano (2). Per modo che si giungerà ad affermare il principio secondo il quale la *missio* è in primo luogo destinata a garantire l'avente diritto alla cauzione; la *missio* è *vice cautionis* (3).

b) Nell'ipotesi che colui il quale era tenuto a prestare la cauzione si fosse reso irreperibile, *latitans* nel senso tecnico della parola, per evitare in tal modo di comparire dinnanzi al magistrato, la *missio* aveva sempre e più spiccatamente un carattere penale.

Non è però esclusa la funzione di garanzia che è a base di tutto l'istituto del *damnum infectum*.

c) Poteva infine verificarsi una terza ipotesi, quella della assenza involontaria del padrone del fondo minacciante.

In questo caso la *missio* ha esclusivamente un fine di garanzia. Infatti il non avere prestato cauzione non è l'effetto del dolo o della malafede di colui che è obbligato; nè è comunque a lui imputabile a titolo di colpa.

La *missio* rimane allora un mezzo provvisorio fin quando non sarà possibile accertare la ragione determinante della inattività processuale dell'obbligato alla cauzione.

Più precisamente non si potrà ottenere il secondo decreto e l'immissione definitiva nei beni se non si sia accertato con sicurezza l'esistenza del titolare del fondo (nella fattispecie contemplata in D. 39. 2. 4. 6); oppure la malafede dell'obbligato alla cauzione (nella fattispecie contemplata in D. 39. 2. 15. 22); oppure infine se il proprietario del fondo minacciante sia un pupillo senza tutore (nella fattispecie contemplata in D. 39. 2. 15. 29).

(1) V.: BESELER, *Beitr.*, III, 123; HAIMANN, in *Zss.*, 40, 224; SOLAZZI, *Il concorso cit.*, I, 216.

(2) Cfr.: D. 10. 2. 18. 6; D. 30. 114, 12; D. 41. 5. 2 pr.; D. 42. 6. 4. 1; C. 6. 54. 3; C. 6. 54. 5; C. 8. 17. 12.

(3) Cfr.: D. 39. 2. 15. 30. V, inoltre: BRANCA, *op. cit.*, 185.

Nelle diverse ipotesi testè prospettate la *missio* non ha una funzione punitiva nè uno scopo di coazione psicologica.

24. La *missio legatorum servandorum causa* colpiva tutti i beni ereditari; da ciò derivano molte differenze tra la *m. legatorum* e la *m. damni infecti*.

E' vero che vi sono molti passi delle fonti in cui le due specie di *missio* vengono avvicinate ⁽¹⁾: infatti le facoltà dell'impresso vengono ugualmente ricomprese dai giuristi nel binomio *custodia et observatio*.

Ma la *custodia et observatio* concessa al legatario consiste, per chi ben osservi, nella vera e propria amministrazione del patrimonio ereditario ed investe tutti i beni ⁽²⁾.

Così la *custodia* del legatario si estende anche ai frutti della eredità; così il legatario impresso può riunire tutte le cose facenti parte dell'eredità, custodendole o nell'abitazione del defunto o in altro luogo ⁽³⁾.

Tutto ciò dimostra la diversità dei poteri spettanti all'impresso *legatorum servandorum causa* da quelli spettanti all'impresso *damni infecti causa*; e trova la sua spiegazione nel fatto che la *missio legatorum* ha solo una funzione di garanzia e non viene affatto considerata, nelle concezioni dei giuristi classici, come una pena.

25. Si procedeva alla *missio in bona* anche per la *stipulatio suspecti heredis*. Di essa parla D. 42. 5. 31, Ulp. 2 de omn. tribun.: « Si creditores heredem suspectum putent, satisfactionem exigere possunt pro suo debito reddendo. Cuius rei gratia cognoscere praetorem oportet nec statim eum satisfactionis necessitati subicere debet, nisi causa cognita constiterit prospici debere his, qui suspectum eum postulaverunt.

3. Quod si suspectus satisfacere iussus decreto praetoris non obtemperavit tunc bona hereditatis possideri « proscribi » venumque dari ex edicto suo permittere iubebit » ⁽⁴⁾.

(1) V.: D. 39. 2. 15.20; 41. 2. 3. 23; D. 41. 2. 10. 1; D. 42. 4. 12; D. 27. 9. 3. 1. e su questi testi cfr.: SOLAZZI, *RIL.*, 1916, 314 sgg.

(2) Cfr.: BRANCA, *op. cit.*, 164.

(3) V.: D. 36. 4. 5. 22.

(4) Cfr.: FERRINI, *BIDR.*, 13, 34, n. 2; FADDA, *Dir. ered.* II, 350 n. 1; SOLAZZI, *Concorso cit.*, I, 102.

Qualora l'*heres suspectus* non avesse prestato la *satisfactio* i creditori ereditari ottenevano dal pretore la *missio in bona*; questa, secondo l'opinione più accettabile, avveniva non soltanto sui beni ereditari, bensì su tutti i beni dell'erede.

Anche nella *missio suspecti heredis* si riscontra facilmente come il fine cautelare fosse quello prevalente su ogni altro.

26. Per quanto riguarda il procedimento diretto ad ottenere la *missio* ricorderemo brevemente che per il *damnum infectum* bastava la semplice *postulatio* non appena fosse decorso il termine fissato dal pretore. Per evitare poi, indugi dannosi anche al magistrato municipale era delegato, come si è visto più innanzi, il potere di concedere questa *missio*.

Il magistrato non soleva indagare sull'esattezza delle affermazioni del postulante. Non vi era pertanto *causae cognitio*.

In tarda età classica si poteva ricorrere alla *litis denuntiatio* ⁽¹⁾, che serviva a stabilire la responsabilità del destinatario dell'*iussum* in caso che questo non fosse stato osservato.

In ciò differisce il regime seguito per la *missio legatorum*. Infatti nel caso che l'erede fosse stato assente si procedeva alla *missio* senza ricorrere alla *denuntiatio* ⁽²⁾; ciò si spiega tenendo presente quanto abbiamo detto poco più avanti che cioè, mentre la *missio legatorum* è diretta non a punire l'erede ma a procurare senza indugio al ricorrente una pronta ed efficace garanzia del suo credito, la *missio damni infecti* ha, nella maggioranza dei casi, uno scopo prevalentemente penale.

Dopo l'emanazione del decreto d'immissione, qualora l'obbligato avesse prestato tardivamente la cauzione dovuta, la *missio* veniva revocata dal pretore. Questa regola è comune sia per la *missio damni infecti* che per la *missio legatorum* ⁽³⁾.

Altre regole particolari completavano poi il regime della *missio damni infecti*.

Così se dopo il decreto d'immissione venga prestata la *cautio* ma già si sia verificato un danno, perchè venga revocata la *missio*

(1) V.: D. 39. 2. 4. 5-6.

(2) V.: D. 36. 4. 1. 1.

(3) V.: D. 39. 2. 15. 31; D. 36. 3. 11. ecc.

si deve promettere anche il risarcimento *de eo damno quod contingit postea quam in possessionem missus est* (1).

Gli effetti della *missio* possono venire eliminati in casi particolari per effetto del contegno del *missus*: così se l'immesso abbandona spontaneamente il fondo perde il *beneficium praetoris* (2).

27. Ci resta da dire qualche parola sulla *missio ex secundo decreto* che si verifica solo in materia di danno temuto.

Se la *missio ex primo decreto* non veniva revocata per una delle ragioni dianzi esposte si passava alla *missio ex secundo decreto*, che costituiva una *iusta causa usucapionis* e di conseguenza produceva la perdita della proprietà nell'obbligato alla cauzione.

Dal punto di vista procedurale ricordiamo che era necessaria, anche in questo caso, un'istanza al pretore o al preside della provincia, ma non ai magistrati municipali ai quali non è stato delegato questo potere (3).

Non era necessaria la previa citazione dell'avversario; e ciò perchè nel momento in cui il pretore emanava il primo decreto o il proprietario obbligato a prestare la cauzione era presente (ed in tal caso era a conoscenza del pericolo in cui sarebbe incorso persistendo nel *non cavere*), oppure era assente (ed in tal caso i suoi interessi venivano congruamente tutelati dal pretore stesso, perchè tra il primo ed il secondo decreto passava un periodo di tempo abbastanza lungo)(4).

La *missio ex secundo decreto* poteva essere revocata soltanto per mezzo della *restitutio in integrum*, che offriva sempre la possibilità di prestare in un secondo tempo la cauzione (5).

Trascende i fini del nostro modesto lavoro parlare dei mezzi di difesa del *missus* (6).

28. In materia di *cautio usufructuaria* vari rimedi erano a disposizione del pretore nel caso in cui il suo decreto non fosse stato osservato. L'obbligo della cauzione, che in origine sussisteva a carico

(1) V.: D. 39. 2. 15. 31.

(2) V.: D. 39. 2. 15. 32.

(3) V. retro pag. 59.

(4) V.: D. 39. 2. 15. 22.

(5) V.: D. 39. 2. 15. 33.

(6) Che sono: l'*actio ficticia* e l'*interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. Per i quali v.: BRANCA, *op. cit.*, 223 sgg. ed altra bib. *ivi*.

dei soli legatarii di un diritto di usufrutto, venne esteso già in età classica a tutte le altre specie di usufrutto comunque costituito. Di ciò fa fede: D. 7. 1. 13 pr., Ulp. 18 ad Sab.: « *Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, [ut officio iudicis hoc fiat: nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse de proprietate.] haec autem ad omnem usumfructum pertinere Iulianus libro trigensimo octavo digestorum probat* ».

Il passo è sicuramente glossato. Diverse considerazioni ci inducono a ritenere ciò. Infatti: l'inciso — *ut officio iudicis hoc fiat* — è superfluo dopo l'affermazione contenuta nella frase precedente che — *dominus potest in ea re satisfactionem desiderare* — perchè, come già si è visto (1) il termine *desiderare* è adoperato nelle fonti proprio per indicare la richiesta dell'*iussum* alla competente autorità; in ogni modo *officio iudicis* è inesatto perchè si sarebbe dovuto dire piuttosto *officio praetoris* trattandosi di una *stipulatio* imposta dal pretore; la frase « *nam - de proprietate* » non esprime chiaramente il pensiero del giurista. E' mai possibile che Ulpiano abbia voluto paragonare il proprietario all'usufruttuario? Quale utilità avrebbe avuto questo paragone? Il proprietario, mediante la *cautio*, non veniva garantito per il suo diritto di proprietà, che rimaneva sempre integro ed assoluto, ma soltanto per eventuali distruzioni o danneggiamenti della cosa data in usufrutto. *Haec*, che introduce la frase finale ci fa pensare invece che Ulpiano abbia dovuto enunciare qualche altro principio di carattere generale, soppresso poi dai compilatori.

A nostro sommo avviso sembra dunque, per questi indizii non trascurabili di sostanza e di forma, sufficientemente provato il glossema « *ut officio - de proprietate* », nè ci sembra inesatto precisare che doveva trattarsi di un glossema marginale con il quale si era voluto spiegare, sia pure con molta imprecisione, l'estensione apportata da Giuliano alla regola generale. Certo è che tutto l'inciso che noi abbiamo sospettato è assolutamente, là dove si trova fuori posto.

Tra i rimedii conseguenti alla mancata prestazione della cauzione dobbiamo ricordare in primo luogo l'*ius retentionis* che veniva riconosciuto al proprietario: il diritto cioè di trattenere la cosa sin quando l'usufruttuario non avesse prestato la cauzione dovuta.

(1) V. retro pag. 49-50.

Infatti continuando nella lettura di D. 7. 1. 13 troviamo affermato:

« *Si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit se boni viri arbitrato usurum fruiturum; sed et si plures sint, a quibus usus fructus relictus est, singulis satisfacere oportet* » (1).

L'azione confessoria mediante la quale l'usufrutto poteva venire rivendicato dal titolare (2) veniva praticamente ad essere paralizzata con l'*exceptio* che eventualmente avrebbe opposta il proprietario per la cauzione non ancora prestata (3).

Qualora invece il proprietario avesse di già consegnata la cosa, poteva, sino al momento in cui non fosse stata prestata la cauzione, esperire agevolmente la *rei vindicatio*.

In diritto giustiniano si arrivò ad ammettere che la *cautio usufructuaria* potesse essere richiesta anche mediante *condictio*.

D. 7. 9. 7, Ulp. 79 ad Ed.: « *Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit, quae sententia habet rationem: [sed et ipsa stipulatio condici poterit]* »] in cui la frase finale (*sed et fin.*) è indubbiamente interpolata (4) e D. 7. 7. 5. 1, Ulp. 18 ad Sab.: « *Si pecuniae sit usus fructus legatus [vel aliarum rerum quae in abusu consistunt], nec cautio interveniat, videndum finito usufructu an pecunia quae data sit, [vel ceterae res, quae in absumptione sunt] condici possint. [sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione:] sed si finito usufructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici...* » in cui pure si rilevano sicuri indizi di alterazione di forma e di sostanza, stanno a dimostrare appunto che nel diritto classico non si era ancora affermata la regola che la cauzione potesse essere richiesta mediante la *condictio*.

(1) Cfr.: RICCOBONO, *Formazione e sviluppo cit.*, II, 189.

(2) Cfr.: SECRÈ, *La denomination de l'actio conf.*, in *Mélanges Girard*, II, 511 sgg.

(3) Sembra che in antico si fosse provveduto alla difesa del proprietario con la concessione di un'*actio arbitraria* (v. D. 7. 1. 7. 2-3; D. 7. 1. 9 pr.; D. 7. 1. 13. 2) la quale ci viene presentata da Stefano come un'*actio in factum* e *arbitraria* in uno scolio dei Basilici (16. 1. 3, suppl. Zachariae, 70); cfr.: KARLOWA, *R. R. G.*; 2, 539; DE RUGGIERO, in *St. Scialoia*, I, 71; LENEL, *Ed.* 171; BORTOLUCCI, *BIDR.*, 21, 1909, 110 sgg.; BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae*, 1913, 13 sgg.

(4) Cfr.: GRADENWITZ, *Interp.*, 28; PERNICE, *Labeo*, 3, 1, 203 n. 5; GIRARD, *Manuel*, 395 n. 2.

D'altra parte è strano come una tale regola non fosse stata estesa anche agli altri tipi di *cautiones* e come di essa non se ne faccia minimamente cenno nella *sedes materiae* e cioè in D. 46. 5.

29. In materia di evizione noi sappiamo che il *pactum de praestanda evictione* riesce utile anche nei casi in cui l'autore è obbligato per l'evizione dalla natura stessa del negozio concluso: precisamente si può, per rinforzare questa obbligazione, richiedere un fideiussore o costituire una ipoteca (1).

Anzi in questo caso l'acquirente può esigere che gli venga prestata la *duplae stipulatio* (2), mediante la quale il venditore si obbliga a pagare il doppio del prezzo in caso di evizione.

Nel caso che il venditore non avesse voluto prestare la *repromissio duplae* il compratore potrà costringerlo mediante l'*actio ex empto*:

D. 21. 2. 2, Paul. 5 ad Sab.: « *Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus* » (3).

Da ciò discende che qualora il venditore non abbia prestato tale cauzione, rendendosi così inadempiente negli obblighi che nascono dal contratto, non potrà convenire in giudizio il compratore per ottenere il pagamento del prezzo. Il compratore infatti gli opporrebbe la *exceptio non praestitae cautionis dupli, ideoque nondum adimpleti contractus* e l'azione intentata dal venditore verrebbe così ad essere praticamente paralizzata.

E' importante la massima enunziata in D. 21. 1. 31. 20. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur.: « *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam emptor mancipii non caveat: ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire* » da cui si desume che con l'azione contrattuale si poteva ottenere un indennizzo analogo a quello che in caso di eseguita stipulazione si sarebbe potuto pretendere mediante l'*actio ex stipulatu*.

La trasformazione dell'istituto della *duplae stipulatio* avviene in tarda epoca postclassica. Solo con Giustiniano gli obblighi che prima venivano assunti mediante la *stipulatio* si trasformano in obblighi legali. I giureconsulti classici non potevano ancora avere una tale concezione e ciò è dimostrato ampiamente, come meglio si vedrà in se-

(1) V.: D. 21. 2. 37 pr.; D. 21. 2. 56 pr.; D. 50. 16, 188, 1,

(2) V.: D. 45. 1. 5 pr.

(3) V. anche: D. 21. 1. 28; D. 19. 1. 118.

guito, dall'ulteriore sviluppo e trasformazione dell'istituto delle *stipulationes praetoriae* nel diritto nuovo.

30. Dobbiamo a questo punto fermarci con maggiore attenzione nello studio di un rimedio giuridico che venne adottato dal pretore già nell'età classica e che ha una grande importanza per tutta l'ulteriore evoluzione dell'istituto delle *stipulationes praetoriae*.

In materia di danno temuto se il proprietario dell'edificio minaccioso si rifiutava di prestare la cauzione, il pretore verificatosi il danno, accordava al danneggiato una *formula ficticia*.

D. 39. 2. 7. pr., Ulp. 53 ad Ed.: « *In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare oporteret, si de ea re ex decreto meo, eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset* ».

L'esistenza della finzione viene dimostrata chiaramente per il diritto provinciale dalla *lex Rubria*.

C. XX. « *Iudex esto. Sei, antequam, id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter praeegrinos jus deicit in albo propositam habet, L. Seio repromeississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS, eius iudex Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto Iivirei IIIIvirei praefective Mutinensis, quod eius is Iivir IIIIvir praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato; sei non paret, absolvito* ».

Il fatto che il pretore, dopo avere tentato con ogni mezzo di indurre le parti a procedere alla stipulazione, ricorre all'espedito della *formula ficticia*, fondata sulla finzione che la *cautio* sia stata prestata, dimostra chiaramente che già in età classica il nostro istituto incominciava a subire una importante trasformazione nei suoi elementi principali.

La causa che determinò questa trasformazione va ricercata nel movimento di pubblicizzazione che governa tutto il sistema processuale romano (1).

(1) Cfr.: VON WOESS, in *Zss.*, 53, 397 sgg.; 400 n. 2; RICCOBONO, *Corso cit.*, II, 189, 192, 223 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, I, 666-667.

Non bisogna infatti dimenticare che mentre nello stadio originario di formazione del sistema processuale romano e sino in tarda età classica l'atto di parte ha importanza decisiva sia per quanto riguarda la messa in moto di tutto il meccanismo giurisdizionale sia per quanto riguarda il successivo svolgimento del procedimento, così che l'organo statuale ha un compito precipuo di controllo autorizzativo e di direzione e fissazione dei termini della lite; nella posteriore evoluzione del diritto questa concezione del processo come processo privato doveva necessariamente declinare di fronte alle nuove concezioni che si venivano saldamente affermando in seguito alle mutate esigenze giuridiche e sociali.

Da un lato l'ampliamento dei poteri del magistrato al quale viene riconosciuto la libertà di esercitare la funzione giurisdizionale, in tutta l'estensione e la portata pratica del termine *iurisdictio* nella nuova accezione che i giuristi postclassici e giustinianeî vi danno; dall'altro lato il fatale tramonto dell'importanza fondamentale attribuita nella concezione romana primitiva e classica all'atto di parte; non potevano questi due movimenti, di così grande portata, non produrre necessariamente innovazioni e trasformazioni sostanziali in tutti gli antichi istituti processuali.

Ma accanto a questa causa che investe la forma esteriore, diciamo così, di tutto il sistema processuale romano, si riscontra un'altra causa di natura sostanziale che si rivela non meno importante per l'evoluzione subita dal nostro istituto.

Mediante la stipulazione interposta tra le parti interessate in seguito all'*iussum* pretorio veniva assicurata, a favore di una delle due parti, una garanzia di indennità (*cautio*) in relazione ad ipotesi di fatto previste.

E' caratteristico della concezione romana classica il fatto che per il sorgere di una specifica responsabilità a carico di una delle parti è sempre necessario un atto di volontario assoggettamento col quale la parte stessa se la sia assunta.

Orbene la *stipulatio*, che nel diritto classico si compiva con una forma solenne e rigorosa, era il negozio che meglio di ogni altro si prestava, per la duttilità della sua forma, a raggiungere questo scopo.

Invero lo stesso scopo si sarebbe potuto facilmente raggiungere mediante una statuizione astratta della legge con la quale si fossero stabiliti gli obblighi che invece si facevano sorgere attraverso la pattuizione tra le parti.

Ma ciò non può destar meraviglia se si tiene presente la primitiva concezione romana dell'*obligatio*.

Solo attraverso un lavoro, iniziatosi già nell'età classica e che ebbe il suo maggiore sviluppo nel diritto giustiniano, si arrivò a concepire la legge come fonte di quelle obbligazioni per le quali prima era necessario in modo assoluto l'atto di parte, e questo rappresenta uno dei risultati più notevoli e rilevanti dell'opera creativa svolta dal pretore nella formazione storica del complesso sistema giuridico romano.

Ciò premesso e ritornando alla nostra indagine, noi ci fermeremo a questo punto ad esaminare la prima fase dell'evoluzione subita dal nostro istituto la quale è rappresentata appunto dalla creazione di *actiones ficticiae* da parte del pretore per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla mancata prestazione della cauzione.

Qualora colui il quale era tenuto a garantire l'altra parte non avesse, volontariamente o involontariamente, prestato la cauzione impostagli dal pretore, è evidente che nessun obbligo sarebbe potuto sorgere a suo carico, essendo, come si è visto, necessario un atto di volontario assoggettamento ed assunzione degli obblighi per le diverse ipotesi di fatto.

Parimenti nessun obbligo sarebbe sorto se la *stipulatio*, atto formale e solenne per eccellenza, fosse stato viziato nella forma.

In taluni casi, in principio, (e così avvenne per la *c. damni infecti*) il pretore considerava allora la *stipulatio* come avvenuta e creato il vincolo secondo il *ius civile*. Anche il silenzio della parte che doveva prestar la cauzione o il rifiuto di procedere alla stipulazione inducevano il pretore a concedere l'*actio ficticia*, fondata sulla finzione, come si è pocanzi visto, che la *cautio* sia stata prestata.

La finzione dunque rappresenta il mezzo del quale si servì in primo luogo il pretore per fare sorgere quegli obblighi che altrimenti non sarebbero mai nati.

In che cosa consiste precisamente la finzione?

Seguendo l'opinione recentemente manifestata dal DEKKERS (1) diciamo che essa ci appare sotto un duplice aspetto: da un lato nella sua natura, dall'altro nel suo meccanismo.

Essa è, per la sua natura, un procedimento intellettuale proprio della metodologia giuridica. Il suo meccanismo consiste in una assimilazione cosciente di due concetti distinti.

(1) Cfr.: DEKKERS, *La fiction juridique*, 14, 37.

Consideriamo la finzione che è a base dell'azione concessa dal pretore in caso di mancata prestazione della *c. damni infecti*.

Essa è assolutamente necessaria per ottenere un risultato pratico di non dubbia importanza.

Se la finzione stabilisce una situazione astratta e diversa da quella che si è verificata in realtà (nel nostro caso si tratta di parificare la condizione giuridica di colui che non ha prestato la *cautio* alla condizione di colui che invece l'ha prestata) ciò deriva dal fatto che il pretore ne ha giuridicamente bisogno.

Infatti se egli dovesse fermarsi all'esame della situazione effettiva non potrebbe concedere alcun mezzo di difesa a colui che aveva diritto alla cauzione.

D'altra parte la finzione serve a mantenere inalterato il rigore della forma per tutta l'epoca classica (1); così che ancora maggiore è il merito del pretore se si considera che egli non opera, concedendo questa azione, al di là dei confini del *ius civile*, ma mantiene ancora inalterato, pure eliminandone gli inconvenienti, un sistema che incomincia a dimostrarsi non più adatto alle nuove esigenze giuridiche.

La finzione dunque consisteva precisamente in un procedimento tecnico, seguito dal pretore, diretto a porre colui che non aveva prestato la *c. damni infecti* nella stessa categoria giuridica di colui che invece la prestava, per concedere, in conseguenza di questa assimilazione, alla parte che aveva diritto alla cauzione quei benefici che avrebbe conseguito qualora si fosse addivenuto alla stipulazione.

Nelle fonti giustiniane vi sono parecchi luoghi in cui questa *actio ficticia* è chiamata *in factum* (2).

Ma si tratta di passi notoriamente interpolati (3), nè ci sembra opportuno fermarci sull'esame di essi.

Per quanto riguarda invece la natura di questa *actio* è necessario precisare.

Non si può affermare che essa abbia sempre un carattere penale. Questo si potrà riconoscere quando l'obbligato non abbia volontariamente prestato la cauzione.

(1) Cfr.: RICCOBONO, *Corso cit.*, II, 224.

(2) V.: D. 39. 2. 4. 2; D. 39. 2. 15. 36; D. 39. 2. 17. 3; D. 39. 2. 18. 13 e 15.

(3) Cfr.: ALIBRANDI, in *Opere*, 1896, I, 176; BIONDI, in *Annali Palermo*, 1918, 256 sgg.; ERMAN, in *Zss.*, 23, 1902, 448 sgg.; BRANCA, *Danno temuto*, 230 sgg. Per il carattere sussidiario della cauzione v.: D. 39. 2. 32; D. 27. 7. 4. 3.

Ma il carattere penale scompare necessariamente quando la mancata prestazione della cauzione deriva da cause estranee alla volontà dell'obbligato. Ciò si ricava da D. 39. 2. 9. pr., Ulp. 53 ad Ed.: « *denique, inquit, si quis propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. sententiam Iuliani utilitas comprobat* ».

L'unico mezzo del quale poteva servirsi il pretore per indurre l'obbligato a risarcire il danno non poteva essere che la concessione dell'*actio ficticia* a colui il quale aveva diritto alla cauzione. E' pertanto evidente che, non essendovi stato dolo o malafede dell'obbligato a prestar la cauzione, l'*actio* non può in questo caso assumere il carattere di una pena.

E non ci sembra che vi sia altro da dire intorno a questo rimedio giuridico adottato dal pretore in caso di mancata prestazione della cauzione.

31. In altri casi il pretore si serviva di un altro rimedio: la *denegatio actionis*.

Di ciò fanno fede alcuni passi dei digesti i quali sono incensurabili nella sostanza se pure presentano qualche lieve indizio dell'intervento dei compilatori per quanto riguarda la forma.

Così in materia di *c. de conferendis bonis* si affermava:

D. 37. 6. 1. 10, Ulp. 40 ad Ed.: « *Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius* » (1).

E parimenti in materia di *c. legatorum*:

D. 36. 4. 10, Paul. 3 sent.: « *Si nullae sint res hereditariae, in quas legatarii vel fideicommissarii mittantur, in rem quidem heredis mitti non possunt, sed per praetorem denegatas heredi actiones ipsi persequuntur* » (2).

32. In materia di *c. rem pupilli salvam fore* il pretore per conseguire la prestazione della cauzione dal tutore si serviva della *pignoris capio*.

(1) Cfr.: D. 37. 6. 1. 13.

(2) Cfr.: D. 35. 3. 1. 7.; Cfr.: SOLAZZI, *Il Concorso cit.*, III, 60.

Ist. 1. 24. 3: « *Quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coercentur* » (1).

Contro il tutore latitante « *ne alimenta decernantur* » (2) era decretata invece la *missio in bona*.

33. Per quanto riguarda le cauzioni di carattere processuale altri diversi rimedii erano a disposizione del pretore per indurre l'obbligato a prestarle.

Per la *c. vadimonium sisti*, che nel diritto giustiniano diventa *c. iudicio sisti*, dobbiamo ritenere, tenendo conto della struttura originaria della cauzione e dello scopo pratico che mediante essa volevasi raggiungere, che laddove colui il quale era obbligato a prestarla si fosse rifiutato il pretore poteva ordinarne lo arresto personale. E ciò anche nel diritto classico.

Infatti già nel diritto più antico era ammessa la *manus iniectio* sul convenuto riluttante: « *si calvitur pedemve struit, manum endo iacito* » dicevano le XII Tavole (3).

Nel diritto classico questo rimedio, indubbiamente molto grave, trova il suo fondamento nel potere di coercizione spettante al pretore:

Gell., N. A., XIII, 12. 6: « *Qui vocationem habet, idem prendere, tenere, abducere possunt, et haec omnia, sive adsunt, quos vocant, sive acciri iusserunt* ».

Nel diritto giustiniano la cauzione perde, come meglio si vedrà in seguito, sotto ogni riguardo storico e dogmatico, tutta la sua importanza. Sorge infatti l'obbligo legale della comparizione in giudizio e la cauzione se pur prestata ha soltanto una funzione di garanzia (4).

Per la *c. iudicatum solvi* il pretore si serviva di un rimedio non meno importante e cioè l'inversione del possesso e per conseguenza dell'onere della prova.

Così poichè nelle azioni reali spettava al convenuto, il quale si trovava in possesso della cosa domandata dall'attore, di prestare que-

(1) Cfr.: D. 27. 8. 6. in cui si estende agli eredi dei magistrati municipali la responsabilità dell'omissione della *cautio*.

(2) V.: D. 26. 10. 7. 2; cfr.: SOLAZZI, *op. cit.*, III, 38.

(3) V.: FESTUS, s. v. *Struere*; s. v. *Pedem struit*; D. 50. 17. 233.

(4) C. 9. 4. 6. 3; Per il diritto giustiniano delle cauzioni processuali v.: C. 2. 56; J. 4. 11; cfr. su tutto ciò: MITTEIS, *Grundzuege*, 41 n. 3; STEINWENTER, *Versäumnisverfahren*, 162 sgg.; v. WORSS, *Zss.*, 53, 512 sgg.; WENGER, *Ist.*, 278-279.

sta cauzione per assicurare all'attore la restituzione della cosa litigiosa in caso di perdita della lite, qualora la detta cauzione non fosse stata prestata, il convenuto doveva restituire la cosa ed allora da convenuto diventava attore e doveva dimostrare il fondamento dei suoi diritti.

La *c. iudicatum solvi*, così come le altre cauzioni processuali, doveva essere domandata immediatamente nel primo termine e prima della contestazione della lite. Infatti l'eccezione della cauzione non ancora prestata appartiene alle eccezioni dilatorie, le quali, pena la loro perdita, dovevano essere proposte prima di rispondere all'azione (1). Se quindi la parte che doveva esigere la cauzione non ne pretendeva la prestazione nei termini innanzi visti, si presumeva che vi avesse rinunciato fidandosi nella buona fede dell'avversario (2).

(1) C. 8. 36. 12. 13.

(2) D. 5. 1. 52 pr.; C. 12. 13. 13.

CAPITOLO III.

Le stipulationes praetoriae nel diritto postclassico e Giustiniano

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. Fusione del diritto civile col diritto pretorio. Trasformazione del concetto dell'*obligatio*. Ragioni che determinarono la trasformazione del nostro istituto. Gli obblighi precedentemente assunti mediante la *stipulatio* si trasformano in obblighi legali. - 2. Alcuni tipi di cauzioni scompaiono: *c. de conferendis bonis et dotibus*. Altri vengono assorbiti in altre cauzioni: *s. pro praede litis et vindictiarum*; *vadimonium sisti*. - 3. Varii stadii del processo di trasformazione. Esame delle fonti: D. 35. 3. 3. 5.; J. 4. 11. 2. Trasformazione delle diverse cauzioni: a) *c. iudicio sisti*; b) *c. usufructuaria*; c) *duplae stipulatio*; d) *c. rem pupilli salvam fore*; e) *c. damni infecti*; f) *s. ex operis novi nuntiatione*. - 4. Funzione svolta dalla s. p. nel nuovo sistema processuale. Assorbimento delle s. p. nel sistema delle *actiones*. Ragioni che determinarono questo assorbimento. Analogia con gli interdetti. - 5. I risultati dell'opera svolta dalla giurisprudenza nell'evoluzione del nostro istituto. La classificazione di Ulpiano in D. 46. 5. 1. Varie categorie di stipulazioni. - La classificazione di Pomponio in D. 45. 1. 5. Critica. - 7. Classificazione generale delle s. p. secondo le concezioni di Ulpiano e di Pomponio. - 8. La concezione di Pomponio si rispecchia in J. 3. 18. Critica.

1. Il punto di partenza dal quale conviene prendere le mosse per completare l'indagine intorno allo sviluppo del nostro istituto nel diritto giustiniano, è rappresentato dalla tendenza, lentamente manifestatasi a cominciare dal IV Sec. d. C., che spinse i giuristi romani a fondere l'*ius civile* ed il diritto pretorio in un unico sistema giuridico (1).

(1) J. 2. 10. 3. Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 452 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, I, 58.

Questo fenomeno che è stato ampiamente illustrato dai più eminenti studiosi in tutte le sue manifestazioni più rilevanti ci fa comprendere anche la trasformazione subita dal nostro istituto, il quale si presenta, nella compilazione giustiniana, profondamente diverso per la sua struttura e per la sua funzione, dall'istituto dell'età classica.

La fusione del diritto civile col diritto pretorio, che si attuò gradatamente « *paulatim* » in un periodo di tempo che va dagli ultimi anni dell'età classica sino alla scomparsa del pretore e del sistema formulare, si rivela in modo sensibilissimo esaminando la struttura dell'*obligatio* romana.

Questa fu concepita dall'*ius civile* come un vincolo materiale e fisico della persona del debitore (1), vincolo che può essere costituito ed estinto solo per le cause contemplate dall'*ius civile* stesso (2); mentre il diritto pretorio introdusse rimedii destinati ad eliminare gli inconvenienti derivanti dalla rigidità di quella concezione.

Nel diritto postclassico il contrasto tra i due ordinamenti doveva necessariamente scomparire e si giungeva così ad una nuova concezione dell'*obligatio* la quale ormai può costituirsi, esistere, essere eseguita senza la persona del debitore (3); mentre il vincolo che astringeva il debitore al creditore era prima di natura fisica ora è invece di natura patrimoniale.

Orbene, questa trasformazione del concetto dell'*obligatio* non poteva non influire sull'evoluzione dell'istituto delle stipulazioni pretorie che, nel diritto classico, consistevano nella volontaria assunzione di obblighi determinati da parte di colui al quale si dirigeva l'*iussum* pretorio.

Se si considera che a base del nostro istituto è, nella concezione classica, la *stipulatio* interposta tra le parti, che sola può fare sorgere gli obblighi e fissare l'ammontare della penale; se si considera inoltre che l'atto di parte perde quella importanza che aveva nelle concezioni classiche del sistema delle obbligazioni e in tutto il sistema processuale romano, di fronte alla più moderna concezione della statualizzazione del diritto; si spiega facilmente come sia sorta,

(1) Cfr.: PACCHIONI, *Concetto ed origine dell'obligatio romana*, 1. Appendice alla trad. del vol. I del *Trattato delle Obligazioni del Savigny*, 42 sgg. ed altra bib. ivi. V.: D. 44. 7. 3.

(2) V.: GAL. 2, 35; 3, 84-85; 4, 38-80; D. 40. 8. 1; D. 42. 5. 4.

(3) Così: RICCOBONO, *Corso cit.* II, 476.

a poco a poco, la categoria dommatica di obbligazioni derivanti dalla legge, prescindendosi completamente dalla stipulazione avvenuta tra le parti e che sola avrebbe potuto far sorgere prima quei determinati obblighi (1).

Noi sappiamo che le *stipulationes praetoriae* attingevano la loro forza autoritativa dall'*imperium* spettante al pretore nell'esercizio della sua funzione.

Scomparso il pretore, scomparso inoltre il sistema processuale delle *formulae*, i giuristi romani riportarono al *praetor mortuus*, simbolo della legge, « *viva vox iuris civilis* », l'autorità di tutte le decisioni che prima derivavano dalla speciale funzione da esso svolta per la formazione del sistema giuridico romano.

Ma sotto questa finzione della quale si servirono i giuristi romani per spiegare in qualche modo il fenomeno che ai loro occhi doveva necessariamente rimanere avvolto nell'ombra, noi moderni vediamo invece chiaramente il risultato di un lungo processo evolutivo: l'affermazione, cioè, della forza operativa automatica della legge.

Se vi è l'obbligo di risarcire il danno anche quando non si sia preventivamente prestata la *c. damni infecti* (2); se vi è l'obbligo di comparizione in giudizio anche quando non si sia parimenti prestata la *c. iudicio sisti* (3); e gli esempi si potrebbero facilmente moltiplicare, ciò vuol dire che la *stipulatio* non ha più una funzione costitutiva, ma semplicemente confermativa e dichiarativa.

Gli effetti obbligatori non scaturiscono ormai più dalla stipulazione effettivamente avvenuta ma dalla astratta statuizione della legge, così che alla stipulazione non resta altro fine che quello di garantire ed assicurare l'osservanza degli obblighi già costituiti indipendentemente dalla volontà dei privati.

Le conseguenze derivanti dalla mancata prestazione della *cautio* sono le stesse di quelle derivanti dalla violazione di un qualsiasi obbligo legale e non si cerca più, nel nuovo diritto, di indurre con qualsiasi mezzo la parte che si rifiuta a procedere alla stipulazione, ma si adottano a suo carico provvedimenti di carattere penale evidenti.

Infatti, essendosi così snaturato lo scopo della stipulazione, non

(1) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 229.

(2) V.: D. 39. 2. 16.

(3) C. 9. 4. 6. 3; cfr.: WENGER, *Ist.*, 278-279.

era più necessario che essa fosse prestata perchè sorgessero gli obblighi particolari ad ogni tipo di cauzione; questi trovano il loro fondamento, ripetiamo ancora, non più nell'atto di concorde assoggettamento delle parti ma esclusivamente nella legge.

2. Non tutte le stipulazioni imposte dal pretore nell'età classica subirono questa trasformazione.

In taluni casi la *cautio* venne a perdere tutta la sua importanza poichè era venuta a cessare la necessità stessa della obbligazione da essa garantita (1).

Così ad esempio la *c. de conferendis bonis et dotibus* doveva necessariamente scomparire nel nuovo diritto (2).

Infatti per la riforma radicale introdotta da Giustiniano con la Novella 118, che fu poi integrata dalla Novella 127, tutti i figli, senza alcuna distinzione, divengono successori legittimi; l'istituto della *collatio* ricevette la sua sistemazione definitiva, ma ormai la funzione è del tutto diversa. Infatti, essendo sorto tra i coeredi l'obbligo reciproco al conferimento nella massa ereditaria delle donazioni ricevute in vita dal padre, viene a mancare la ragione stessa di sussistere della *cautio* (3).

In altri casi invece si verificò la fusione tra due cauzioni che il diritto classico aveva tenuto distinte.

Così nella compilazione giustiniana la *c. pro praede litis et vindiciarum* venne assorbita dalla *c. iudicatum solvi*.

Questo processo di assorbimento si rileva facilmente leggendo le Istituzioni di Giustiniano:

J. 4. 11 pr.: « *Satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus nec rem ipsam restitueret nec litis aestimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fideiussoribus eius* » (4).

Si parla della *c. pro praede litis et vindiciarum* che il convenuto in un'azione reale era obbligato a prestare per garantire la restituzione della cosa e dei frutti in caso di condanna. Ma poi proseguendo si dice:

(1) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 192.

(2) V.: C. 6. 20. 17-19-20.

(3) Cfr.: GUARINO, *Collatio cit.*, 112.

(4) V.: GAI., 4. 89.

« *quae satisfactio appellatur iudicatum solvi: unde autem sic appellatur, facile est intelligere: namque stipulatur quis, ut solveret sibi quod fuerit iudicatum.* » e la fusione delle due cauzioni è evidente.

Infatti la *c. iudicatum solvi* è costituita, secondo la ricostruzione che ne fa il LENEL (1), da tre clausole « *in unum collatae* » le quali si mantengono però distinte: la prima clausola con la quale si garantisce il pagamento della somma stabilita nella condanna, rappresenta appunto la promessa che prima si faceva con l'apposita stipulazione *pro praede litis et vindiciarum*.

In certo senso analogo è il processo subito dalla *c. vadimonium sisti*. Questa cauzione che garantiva la comparizione del convenuto « *in iure* » nel giorno stabilito dal pretore, quando era necessario rimandare la causa ad un altro giorno, doveva necessariamente perdere la sua importanza quando con l'affermarsi della *cognitio extra ordinem* decadde le antiche forme introduttive del giudizio. Nel diritto nuovo troviamo la *c. iudicio sisti* con la quale il convenuto prometteva di comparire e di stare in giudizio sino alla fine. Ma questa cauzione, per quanto si possa avvicinare dal punto di vista storico e dogmatico alle antiche promesse del *vas* e del *vindex* (2) ed al *vadimonium* dell'età classica (3), è ormai ispirata alla nuova concezione dell'obbligo di comparizione; così che la mancata comparizione o attiva partecipazione al processo costituisce la lesione di un interesse che non è più del solo avversario ma principalmente dello Stato.

Questa nuova concezione giustifica i mezzi di coazione che si prendono a carico dell'inadempiente: l'*executor*, se il convenuto non voleva o non poteva prestar la cauzione, lo imprigionava fino a che un garante non veniva a liberarlo (4). Alla *manus iniectio* privata si sostituisce ormai la coazione da parte dello Stato che si considera il maggiormente leso dall'inattività del non cavente.

(1) Cfr.: LENEL, *Ed.*, 282: *de satisfando*, 51.

(2) V. retro 18 sgg.

(3) V. retro 22.

(4) Cfr.: MITTEIS, *Grundzuege*, 41; STEINWENTER, *Vers. cit.*, 162 sgg.; VON WOESS, in *Zss.*, 53, 54, 412; sulla posizione dell'*executor* cfr.: P. CAIR. *Cat.* I. 67032, P. M. MEYER, *Jur. Pap.*, Nr., 52; PARTSCH, *Goett. Nachr.*, 1911, 235 sgg.; THOMAS, in *Etudes d'histoire juridique offertes à Girard*, I, 379 sgg.; LEICHT, in *Atti del R. Istituto Veneto*, 79, 1919-1920, 563 sgg.; BOYÈ, *Denuntiation*, 23 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, 1, 676.

3. E veniamo ora ad esaminare le varie fasi del processo di evoluzione che trasformò gli obblighi contrattuali derivanti dalla stipulazione intervenuta in seguito al decreto del pretore in obblighi legali.

Abbiamo già detto che in età classica in taluni casi il pretore accordava al proprietario di un edificio danneggiato dal vicino un'azione fondata su una *formula ficticia*, considerando cioè come prestata la cauzione e di conseguenza sorti gli obblighi a carico di colui che non aveva adempiuto all'*iussum*.

Questo rimedio costituisce il primo stadio dell'evoluzione subita dal nostro istituto.

Proseguendo nella nostra indagine incontriamo alcuni luoghi dei Digesti che ci illuminano sugli stadii successivi.

D. 35. 3. 3. 5, Ulp. 79 ad Ed.: « *Item sciendum est fiscum hanc cautionem non pati, sed perinde conveniri posse ac si cavisset* ».

A proposito della *c. ex lege Falcidia* Ulpiano afferma che il Fisco non è obbligato a prestare questa cauzione; però in seguito può essere convenuto in giudizio così come se l'avesse effettivamente prestata.

Premettiamo che, a nostro avviso, questa regola è applicabile anche per gli altri tipi di cauzione che eventualmente il Fisco fosse chiamato a prestare, e ciò in considerazione della condizione privilegiata del Fisco di fronte ai privati (1).

La *fictio* esercita in questo caso una funzione diversa da quella svolta dalla *fictio* che è a base della *formula ficticia* concessa dal pretore in tema di danno temuto.

Mentre infatti questa rappresentava un temperamento al rigore dell'eccessivo formalismo, temperamento imposto dall'equità, nel diritto nuovo, in un primo momento la *fictio* servì ad aprire la strada alla nuova categoria delle presunzioni di diritto.

Giustamente il DEKKERS (2) distingueva: « *la présomption consacrer une probabilité, qui peut dans certains cas s'avérer inexacte; la fiction établit une inexactitude, qui ne laisse aucun place à l'appréciation* ».

E che nel testo in esame si tratti di una presunzione di diritto ci sembra confermato dalla forma « *sed perinde conveniri posse ac si*

(1) V.: D. 36. 3. 1. 18.

(2) Cfr.: DEKKERS, *La fiction cit.*, 24-36.

cavisset »; la quale dimostra come un elemento che non esiste (la *cautio* viene dal diritto considerato come esistente e provato (1)).

Orbene stando così le cose è facile comprendere come nel diritto giustiniano, abbandonato l'espedito della *fictio*, si dovesse necessariamente passare alla costituzione della categoria dogmatica delle *obligationes ex lege*, ignorata dal diritto classico che conosceva solamente obbligazioni che derivano da *causae* determinate e da singole leggi (2).

Si fa a meno della *fictio*, la quale si trasforma in una presunzione di diritto, e non si opera più neppure con la idea della *cautio*, di cui in taluni casi si riconosce la superfluità:

J. 4. 11. 2: « *Sed haec hodie aliter observantur sive enim quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisfactionem propter litis aestimationem dare compellitur...* » (3).

Alle obbligazioni derivanti dalla stipulazione intervenuta tra le parti si sostituisce nel nuovo diritto l'obbligo legale.

La cauzione, quando viene prestata, ha soltanto una funzione accessoria e di garanzia: come si vede essa ha ormai perduta tutta la sua importanza e l'istituto si presenta profondamente diverso dall'istituto classico.

Questo sviluppo storico si riscontra in quasi tutti i tipi di cauzione che hanno formato oggetto del nostro studio.

a) Così sorge l'obbligo di comparizione in giudizio non più dallo atto di volontario assoggettamento della parte obbligata, ma dalla astratta statuizione della legge. La *c. iudicio sisti* non deve essere data più all'avversario, ma al funzionario o ad un suo subordinato. Subentra nella compilazione la concezione del dovere di comparizione che le parti debbono al tribunale.

Gli *illustres*, in virtù della loro posizione privilegiata, sono esentati dall'obbligo di prestar cauzione, ma garantiscono col semplice giuramento (4); ma chi non poteva presentare un garante veniva

(1) Cfr.: VON WOESS, in *Zss.*, 53, 1933, 379 sgg.; RICCOBONO, *Corso*, II, 226; BETTI, *Dir. rom.*, I, 667; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, 294, 295.

(2) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 229.

(3) Nov. 53 pref. c. 1 c. 3 pr.; § 2 c. 4; C. 1. 3. 33. 2.

(4) V.: C. 12, 1. 17 pr.; D. 2. 8. 15. pr.; v. inoltre: Nov. 96 pr. c. I; Nov. 353 pr. c. 1. 2; Nov. 112 c. 2.

senz'altro imprigionato e restava così sino a che un garante non venisse a liberarlo (1).

b) Parimenti i rapporti che si garantivano prima mediante la prestazione della *c. usufructuaria*, si trasformano in obblighi giuridici inerenti all'istituto stesso dell'usufrutto (2); anche in questo caso la stipulazione ha una funzione sussidiaria ed accessoria. Ciò si desume da D. 7. 9. 9. I, Ulp. 51 ad Ed.: « *Illud sciendum est [sive iure ipso quis usufructum habet sive etiam per tuitionem praetoris, nihilo minus] cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere* » (3).

L'usufrutto è, nel diritto di Giustiniano, un istituto che vive di una vita propria ed indipendente per modo che agevolmente potette assorbire gli obblighi che prima nascevano dalla *c. usufructuaria*.

c) In materia di garanzia per evizione veniva usata la *stipulatio duplae*, applicata in un primo momento alla vendita di schiavi eseguita senza *mancipatio* e poi generalmente estesa a tutti i casi di semplice *traditio* (4).

Nel diritto classico, nel regime del contratto consensuale, il venditore aveva, tra gli altri, l'obbligo di addivenire ad una stipulazione di garanzia (*satisfatio secundum mancipium, stipulatio habere licere, stipulatio duplae*), per modo che verificandosi l'evizione si poteva agire con *l'actio ex stipulatu*.

Come si vede l'obbligo sorge a carico del venditore dall'atto di volontario assoggettamento all'eventuale azione che sorge dalla *stipulatio*.

Ma nel diritto giustiniano, in conformità a tutto lo sviluppo e trasformazione del sistema cautelare, gli obblighi contrattuali si trasformano in obblighi legali: con l'azione contrattuale (*a. empti*) il compratore poteva ottenere in caso di evizione un indennizzo ana-

(1) Cfr.: MITTEIS, *Grundzuege*, 41 n. 3; VON WOESS, in *Zss. cit.*, 512 sgg.; WENGER, *Ist.*, 278-279.

(2) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 189.

(3) Il passo è sicuramente interpolato: cfr.: KUEBLER, *Gesch. roem. Rechts*, 166 n. 1; PRINGSHEIM, in *Festschrift für Lenel*, 249; BESELER, *Beitr.*, 4, 79-80.

(4) Cfr.: GIRARD, in *Mélanges de dr. rom.*, 2, 1923; RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels in Rechte*, 1902, 18 sgg.; DE RUGGIERO, in *BIDR.*, 14, 1901, 33 sgg.; KASER, in *Zss.*, 54, 1934, 162 sgg.; MONIER, *La garantie contre le vices cachés dans la vente rom.*, 1930; JOERS-KUNKEL, *Roemisches Rechts*, 1935, 223 sgg.

logo a quello che avrebbe potuto pretendere, qualora fosse stata prestata la cauzione, mediante *l'actio ex stipulatu*.

D. 19. 1. 11., Ulp. 32 ad Ed.: « *Ex empto actione is qui emit utitur. I. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contra-hentes actum est. [quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudicii potestate]* » (1).

In cui l'inciso finale (*quod si potestate*) è manifestamente interpolato; ed altri due frammenti del paragrafo citato:

D. 19. 1. 11. 14.: « *Cassius ait eum, qui ex duplae stipulatione litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditione caveri solet, nihil consequi posse. Iulianus deficiente duplae empto agendum putavit* ».

D. 19. 1. 11. 18.: « *... nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur* » (2) dimostrano con sicurezza l'evoluzione subita dall'istituto classico della garanzia per evizione. Nè ci sembra necessario indugiarcì ancora sull'argomento.

d) Nel diritto classico la *c. rem pupilli salvam fore* veniva prestata dai soli tutori legittimi i quali non erano esposti all'*actio tutelae* (3). La stipulazione anche in questo caso serviva per far sorgere nei tutori un obbligo che altrimenti non sarebbe potuto mai nascere: l'obbligo cioè di prestare nell'esercizio del loro ufficio la *fides et diligentia* (4).

(1) Il fr. I presenta gravi indizii di interpolazione. V. pertanto: BESELER, *Beitr.*, I, 83; II, 70; LEVY, in *Zss.*, 36, 1915 64 n. 7; PRINGSHEIM, in *Zss.*, 42, 1921, 651-652. Per l'interpolazione della frase finale v.: LONGO, in *St. Scialoja*, I, 1, 632; ROTONDI, *Scritti giuridici*, II, 165 n. 2; GUARNIERI-CITATI, *Obbligazioni indivisibili*, I, 38 n. 3; GIRARD, *Manuel*, 561 n. 1.

(2) Anche il fr. 18 presenta molti indizii sicuri di interpolazione. V. HAIMANN, in *Zss.*, 41, 1920, 59 sgg.; RICCOBONO, in *BIDR.*, 8, 1895, 188 n. 2; DE MEDIO, in *BIDR.*, 16, 1904, 14 sgg.; SEGRÈ, *St. Fadda*, 6, 352 n. 2; DE FRANCISCI, *St. Sassaresi*, I, 1921, 54; PRINGSHEIM, *Festschrift für Lenel*, 260; HELDRICH, *Verschulden*, 5; APPLETON, in *R. h. d. f. et etr.*, 5, 1920, 404 n. 1; RABEL, *Haftung*, I, 34-60; ERMANN, in *Zss.*, 25, 1904, 161.

(3) Cfr.: SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 122; COSTA, *Storia*, 106 sgg.

(4) La spiegazione che Gaio dà in *Ist.* I, 200, e che ricorre nell'*Ist.* di Giustiniano (I, 24 pr.) ed in alcuni passi dei Digesti (D. 26. 5. 13. 2; D. 26. 2. 17. 1.2; D. 26. 4. 5. 1; cfr. inoltre: C. 1. 4. 27. 1 e C. 5. 70. 7. 5) non è quella esatta: v.: SOLAZZI, *op. cit.*, 123 sgg.

Nel diritto di Giustiniano in cui la tutela assume il carattere di ufficio protettivo verso incapaci, deferito e condotto sotto il vigile controllo della potestà pubblica, le responsabilità del tutore vennero considerate inerenti all'ufficio stesso, indipendentemente dalla prestazione della *c. rem pupilli salvam fore*. Tutti i tutori, a differenza di quanto avveniva nell'età classica, possono essere chiamati a prestare la cauzione. Ma mentre nel diritto classico la funzione di questa era di costituire gli obblighi a carico dei tutori legittimi contro i quali non competeva l'*actio tutelae*, ormai la *satisfactio*, quando avviene, è soltanto accessoria e serve perciò a rafforzare obblighi che già sono stati ben determinati nelle astratte statuizioni della legge.

Ciò appare chiaramente in D. 27. 7. 4. 3. Ulp., 36 ad Ed.: « *aequum est perinde teneri atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset* ».

L'obbligo contrattuale si è trasformato in obbligo legale per mezzo della *fictio*, il rimedio preferito dai giustinianeî, i quali se ne servono anche in questo caso per giustificare la statuizione di un effetto richiesto dall'equità o dalla buona fede, pur mancando quei requisiti essenziali che, per diritto classico, erano assolutamente necessari per il sorgere dell'obbligo (1).

e) In materia di danno temuto variî elementi hanno concorso alla evoluzione dell'istituto della *cautio* nel diritto postclassico.

Innanzitutto era invalsa l'usanza nelle provincie orientali di ricorrere all'autorità amministrativa contro i danni futuri (2); di ciò abbiamo conferma in una costituzione del 377 d. C. di Valentiniano e Graziano (3) ed in alcuni passi dei Digesti (4). È naturale che, in conformità di tutto lo sviluppo del sistema giuridico romano, questa usanza abbia finito per estendersi anche alle provincie occidentali determinando in tal modo la decadenza del sistema del ricorso alla *stipulatio*.

Scompare inoltre il pretore ed il sistema formulare, per dare luogo alle nuove *extraordinariae cognitiones*; il concetto dell'*actio*,

(1) BETTI, *Dir. rom.*, 666 n. 2; VON WOESS, *op. loc. cit.*

(2) V.: *Pap. Stud. Pal.* XX n. 131 (a. 158-9 d. C.); cfr.: TAUBENSCHLAG, in *Zss.*, 55, 1935, 287; SEIDL, in *St. et d. h. et iur.*, 1936, 1, 242 MEYER, in *Zss.*, 46, 1926, 333; BRANCA, *Danno temuto*, 399.

(3) C. 8. 10. 8. 1.

(4) D. 1. 18. 7; D. 43. 10. 1. 1.

che per i classici aveva un ristretto campo di applicazione (1), vanaturandosi e tende a ricomprendere ogni ricorso al magistrato-giudice (*interdicta, stipulationes ecc.*) (2).

Infine, e questo è l'elemento di maggiore importanza, va costituendosi anche per il danno temuto la categoria degli obblighi legali. La *fictio*, che anche per questa cauzione ha rappresentato il primo sintomo di evoluzione sostanziale dell'istituto, nel diritto postclassico, perde la sua importanza.

Nel diritto giustiniano si procede al definitivo riconoscimento dell'obbligo di risarcire ogni danno indipendentemente dalla prestazione della cauzione (3).

Per ottenere questo risultato era necessario che i compilatori si liberassero dell'appoggio alla *cautio*; l'espedito della finzione non poteva però estendere il suo campo di applicazione, perchè fingere che la cauzione fosse stata prestata significava appoggiarsi ancora ad essa in forza di un motivo che ne avesse impedito la richiesta preventiva o la prestazione stessa. Si sente insomma il bisogno d'una azione generale di risarcimento del danno già dato; ma questa azione non poteva essere l'*actio ficticia* che, come si è visto, era sempre legata alla *cautio*.

I compilatori da un lato restano fedeli alle tradizioni classiche richiamandosi all'istituto classico del *damnum infectum* (4); ma dall'altro lato finiscono per liberarsene perchè hanno dato al *damnum infectum* stesso un diverso fondamento dogmatico equiparandolo al *damnum iam factum*: tutti i principi che regolavano il danno temuto nel diritto classico vengono estesi ed applicati nel campo del *damnum iam factum*.

La *cautio*, la quale fu mantenuta nella compilazione così come

(1) Giustamente afferma il BRANCA, *op. cit.*, 401: « Allora, come la regola, che impone l'intervento del giudice per i danni futuri, diventa una norma voluta dall'ordinamento giuridico, così la pretesa legittima di chi domanda una *cautio* non può non essere azione, se attua una norma di diritto, che non è diversa per natura da tutte le altre protette con l'*actio*; tanto più in quanto, sparita virtualmente la *litis contestatio*, se ne perde la grave differenza di struttura ».

(2) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 192; 231.

(3) Cfr.: VON WOESS, in *Zss.*, 53, 1933, 397 sgg.; BETTI, *Dir. rom.*, 1, 666; RICCOBONO, *op. loc. cit.*; DE MARTINO, *La giurisdizione*, 203 sgg.

(4) V.: D. 39. 2. 7.

era nell'editto del pretore, funziona pertanto nel nuovo diritto come garanzia, ma non come causa dell'obbligazione (1).

Questo mutamento sostanziale avvenuto nel diritto di Giustiniano non poteva non produrre importanti conseguenze dal punto di vista processuale. Ormai non è più il singolo comando pretorio che, emanato caso per caso, origina l'obbligo di risarcire il danno; ma è lo stesso ordinamento giuridico che pone le norme relative. Onde, come giustamente affermava il BRANCA (2), il ricorso al magistrato è una richiesta di attuazione a proprio favore del precetto contenuto nella legge, quindi è *actio vera e propria* (3).

f) Nella compilazione giustiniana la *stipulatio ex operis novi nuntiatione* viene notevolmente avvicinata all'istituto del danno temuto (4). Questo avvicinamento è determinato non solo da particolarità di procedura che già nel diritto classico erano comuni ai due istituti, ma principalmente dall'evoluzione subita dall'istituto stesso del danno temuto nel diritto postclassico e giustiniano. Infatti, venuta meno la distinzione tra il danno futuro, che si teme possa derivare da un *facere*, e la lesione già in atto, consistente nel *facere* stesso, del dominio o d'un diritto reale, viene meno necessariamente la ragione di applicare, nelle due differenti ipotesi, i due rimedi usati nell'età classica, e cioè la *c. damni infecti* e l'*operis novi nuntiatio* con la relativa *satisfactio*.

Di ciò abbiamo una sicura prova in un frammento di Ulpiano: D. 39. 2. 37, Ulp. 42 ad Sab.: « *Nam si non fuit, utique demolire eum oportuit nec debet, si quid damni ex hac causa attigit, is qui demolitus est teneri nisi sumptuose aut parum bonus novus paries sit restitutus, quod si fuerit idoneus paries, qui demolitus est, in actionem damni infecti venit id, [quanti interfuit actoris eum parietem stare: merito, nam si non debuit demoliri restituere eum debet proprio*

(1) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 230; VON WOESS, in *Zss.*, 1933. 398.

(2) Cfr.: BRANCA, *Danno temuto*, 523-524.

(3) Per una più ampia trattazione dell'evoluzione subita dall'istituto nel diritto postclassico e giustiniano v. la fondamentale opera del BRANCA, 385 sgg.; 413 sgg.; 521 sgg. Non concordiamo però con l'autore là dove dice (538) che Giustiniano dovette ricorrere ad una finzione giuridica per giustificare la responsabilità del danno avvenuto senza colpa. E' vero che Giustiniano ha esteso l'applicazione dei principi regolanti le azioni nossali e l'*a. de pauperie*; ma non è provato, che, nel nostro caso, egli facesse ricorso alla *fictio*.

(4) V.: C. 1. 17. 2. 7. a.

sumptu. sed] et si quis redivus ob demolitionem amissus est, consequenter restitui eum Sabinus voluit... ».

Il passo è gravemente corrotto (1); l'interpolazione dell'inciso *quanti - sed*, sicuramente comprovata da indizii di forma e di sostanza, ci dimostra il pensiero di Giustiniano.

Nel diritto classico il condomino, qualora l'altro condomino avesse demolito il *paries communis* senza che ve ne fosse la necessità, non avrebbe potuto ricorrere all'*actio ex stipulatu*.

Invece Giustiniano ammette l'*actio ex stipulatu* anche per i danni consistenti nel *facere* stesso.

Anche la *stipulatio ex operis novi nuntiatione* ha perduto, come la *c. damni infecti*, tutta la sua importanza. Ormai il sistema dei rapporti di vicinanza è regolato prevalentemente dall'autorità amministrativa la quale si servirà dei mezzi che le sono proprii (*multae*, pene corporali), per imporre ai privati l'osservanza e l'esatto adempimento degli obblighi che non trovano più il loro fondamento nella stipulazione intervenuta tra le parti, ma nella astratta statuizione della legge.

Un altro passo ci conferma la fusione del regime del danno temuto con quello della *operis novi nuntiatio*:

D. 39. 2. 13. 10, Ulp. 53 ad Ed.: « *Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat, Iulianus tractat. et magis probat caveri oportere: nam et ei qui egerit ius adversario non esse altius tollere aedificium, caveri debere. item eum adversus quem interdictum quod vi aut clam competit, cavere debere Iulianus aut, quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis ».*

L'azione di danno temuto servirà anche a garantire la riduzione in pristino del *facere* o di quella parte dell'opera che ha prodotto danno.

L'*operis novi nuntiatio* e l'istituto del danno temuto si fondono in un unico sistema: non sussistono più netti confini per l'applicazione pratica dei due istituti. La cauzione che prima aveva una importanza fondamentale per l'origine degli obblighi relativi è sostituita dalla legge dalla quale soltanto scaturiscono i diritti del privato.

Anche per quanto riguarda il mezzo col quale veniva imposta la prestazione della cauzione ogni differenza è scomparsa. Il vicino che denuncia la nuova opera ottiene la *missio in possessionem*, e siccome

(1) Cfr.: BRANCA, *Danno temuto*, 493 sgg.

la denuncia servirà anche per ottenere la cauzione nel danno temuto per i vizi *operis quod fit*, è facile, come giustamente rilevava il BRANCA (1), argomentarne la presenza della *missio* anche in questa ipotesi.

4. Per determinare esattamente il valore dell'evoluzione storica del nostro istituto è necessario, a questo punto, esaminare la funzione da esso svolta nel nuovo ordinamento giudiziario. Abolito definitivamente il procedimento formolare con la costituzione di Costanzo Costante e Costantino II, dell'anno 342 (2); scomparsa la bipartizione del processo nei due stadii in *iure* e *apud iudicem*; mutatasi infine radicalmente la concezione classica della *iurisdictio* e dell'*imperium*; non poteva questo grandioso movimento di rinnovazione e ricostruzione non influire sul nostro istituto.

Dal punto di vista sostanziale abbiamo visto, nei paragrafi precedenti, che ormai il diritto alla cauzione non deriva più dall'autorità del pretore, ma dalla legge.

Dal punto di vista processuale noi vedremo come, in conformità dell'evoluzione subita dalle concezioni classiche, la *stipulatio praetoria* viene a far parte del nuovo sistema giuridico delle *actiones*. Già Ulpiano aveva tentato un timido riaccostamento delle *stipulationes praetoriae* alle *actiones* (3); ma si trattava soltanto di un semplice tentativo.

Nel nuovo diritto, invece, anche la richiesta della *stipulatio praetoria* diventa azione.

Premettiamo innanzi tuttora famosa definizione di Celso:

D. 44. 7. 51, Celsus 3 dig.: « *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi* » (3).

Non è difficile concepire la richiesta della stipulazione come una *actio* se questa consiste nell'attività di far valere una ragione giuri-

(1) La tesi è sostenuta argomentando da B. 8. 2. 35; v. BRANCA, 491.

(2) V.: C. 2. 57. 1. Cfr.: D. 3. 5. 46.

(3) V.: D. 46. 5. 1. 2; D. 16. 2. 10, 3; D. 44. 7. 37 pr.

(4) Sul testo si appuntano le critiche del BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, nelle *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette: Pubblicazioni dell'Università cattolica*, II, XXXVII, 176 sgg.; dello SCHULZ, *Prinzipien d. röm. R.*, 31 n. 24, 64 n. 44. Contra: BETTI, *Dr. rom.*, I, 445 n. 6; cfr. inoltre: WLASSAK, *Actio*, 306, 313; SEGRÈ, *Corso 1919-20 cit.*, 184 sgg. A nostro avviso il testo non è interpolato, quantunque enunzi una nuova ed ardua concezione distaccandosi dai principii tradizionali. Ma ciò non deve meravigliare se si tien presente l'evoluzione che si riscontra nelle opere di Celso.

dicalmente fondata. Il *deberi* cui allude Celso non è altro che l'*oportere* enunziato nella *intentio* di ogni *actio in personam* nel *ius civile*. L'obbligo di prestare la cauzione è, secondo la nuova concezione, un vero e proprio obbligo che scaturisce dalla legge e la richiesta della stipulazione rivolta all'autorità giudiziaria non è che il mezzo per ottenere coattivamente l'esecuzione di quest'obbligo.

Nè può obbietersi che nella maggioranza dei casi la stipulazione ha un carattere preventivo o cautelare. Nel nuovo concetto di *actio* è pienamente compiuta la fusione di tutte le controversie, preventive o non, portate innanzi al giudice (4). Ma altre considerazioni debbono indurci a ritenere che le cose stessero in siffatta guisa nel diritto giustiniano.

In molti passi della Pandette la richiesta della *stipulatio damni infecti* è chiamata *actio*. La ragione dell'interpolazione è evidente e dimostra la completa assimilazione del nostro mezzo nel sistema delle azioni (5).

Sono ormai scomparsi tutti quegli elementi che costituiscono le principali caratteristiche dell'*actio* nella concezione classica. Tutte le cause sono ormai di competenza del magistrato-giudice il quale le istruisce, le ordina e le conclude in base alla sua giurisdizione. L'atto di parte, che tanta importanza aveva per la costituzione e l'ulteriore svolgimento del processo nell'età classica, ha perduta tutta la sua importanza. Investito il magistrato-giudice della causa ogni domanda ad esso rivolta dalle parti diventa *agere* ed è azione nel senso moderno della parola. Anche l'atto conclusivo del procedimento sia che trattasi di sentenza, sia che trattasi di decreto, deriva ormai dall'esercizio della *iurisdictio*.

Un'altra prova a conferma della nostra tesi la si può desumere osservando l'assimilazione alle *actiones* di altri mezzi giurisdizionali d'autorità.

Così gli interdetti, che nel diritto classico erano tenuti nettamente distinti dalle *actiones*, diventano nella Compilazione giustiniana « *actiones quae pro his competunt* » (5).

(1) Cfr.: BRANCA, in *St. Ratti*, 210.

(2) V.: D. 15. 1. 23; D. 39. 3. 11. 3; D. 39. 3. 14. 2; D. 39. 2. 33; D. 39. 2. 40. 3; D. 3. 4. 10; D. 30. 2. 7 pr.; D. 19. 1. 13. 12; D. 46. 5. 2. 1; e per la critica relativa cfr.: BRANCA, *op. cit.*, 178 sgg.

(3) Cfr.: ALBERTARIO, in *RISG.*, *Actiones e interdicta*, 1912, 52; SCIALOJA, *Proc. civ. rom.*, 244; WENGER, *Ist.*, 326 ecc. V.: D. 43. 1; *Ist.*, 4. 15 pr.; cfr. inoltre: C. 8. 1. 3.

Così pure la *restitutio in integrum* è trasfusa nell'*actio* del rapporto oppure diventa essa stessa un'azione (1).

La completa assimilazione del nostro mezzo alle *actiones* appare inoltre con somma evidenza in alcuni passi dei Basilici, in cui il termine *cautio* o *stipulatio* viene sistematicamente sostituito da quello greco ἀγωγή, che corrisponde indiscutibilmente al latino *actio*.

Si veda, ad esempio, Bs. 52. I. 35 ed il corrispondente passo dei Digesti:

Bs. 52. I. 35: « Τῷ ὀνόματι, τῆς ἀγωγῆς καὶ ἴν ῥεν καὶ πρῶσωπικαὶ δηλοῦνται, διρέκταικα: οὐτιλίαι, καὶ praeiudicia, καὶ πραιτωρία ἐπερωτήσεις, καὶ ἰντέρδικτα »

D. 44. 7. 37 pr., Ulp. 4 ad Ed. pr.: « *Actionis verbo continentur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt [interdicta quoque actionis verbo continentur]* ».

Ulpiano aveva tentato timidamente di rompere con le tradizioni classiche, avvicinando le *stipulationes* alle *actiones* (2).

La fusione è invece completa nei Basilici che rispecchiano la nuova concezione includendo nel numero delle *actiones* anche quei mezzi che, nel diritto classico, per sostanziale diversità di procedura dovevano esserne invece nettamente distaccati (3).

5. E veniamo a questo punto ad esaminare i risultati dell'opera svolta dalla giurisprudenza nella evoluzione del nostro istituto.

Ad Ulpiano appartiene una esatta classificazione delle *stipulationes praetoriae*:

D. 46. 5. 1, Ulp. 70 ad Ed.: « *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. 1. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut indicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. 2. Cautionales sunt*

(1) Cfr.: BIONDI, *Studi sulle azioni arb.*, 1, 71 sgg.; *Dir. e Proc.*, 168; SCHULZ, in *Zss.*, 43, 1922, 228 sgg.; v.: D. 15. 1. 32.

(2) V. retro pag. 126.

(3) V. inoltre: Bs. 12. 2. 7 (D. 10. 3. 7. 9); Bs. 50. 2. 2, (D. 41. 2. 3. 3. 23); Bs. 6. 24. 5 (D. 1. 21. 4. 1); Bs. 50. 2. 28 (D. 41. 2. 30. 2) e gli altri passi ricordati BRANCA, *op. cit.*, 208 sgg.

autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. 4. [Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione] ».

Per distinguere le diverse specie di stipulazioni Ulpiano si serve dello scopo che esse sono dirette a realizzare. E perciò chiama giudiziali quelle che si riferiscono alla procedura e che sono preparatorie al *iudicium* e mirano ad assicurarne la reale efficacia; cauzionali quelle che hanno per scopo di fare sorgere un'azione; ed infine *communes* quelle che mentre sono dirette ad assicurare lo svolgimento e l'efficacia del giudizio nello stesso tempo fanno nascere un'azione nel caso che questa assicurazione non venga mantenuta.

L'esemplificazione addotta è bene appropriata ed il passo non è sospettabile nè dove si dice « *quae instar actionis habent* » (si tratta infatti del riaccostamento tentato da Ulpiano e che si riscontra anche in altri passi) (1), nè in altri punti. Potrebbe essere un glossema postclassico il § 4. Ulpiano che aveva, con la sua abituale precisione, denominato *cautionales* alcune delle stipulazioni, non avrebbe adoperato subito dopo lo stesso termine per unificare tutte le *stipulationes* che nei paragrafi precedenti aveva voluto distinguere (2).

6. U'altra classificazione delle *stipulationes praetoriae* viene attribuita a Pomponio:

D. 45. 1. 5., Pomp. 26 ad Sab.: « *Stipulationes aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. conventionales sunt, quae ex conventionione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem*

(1) V. retro pag. 126.

(2) Cfr.: Bs. 43. 4. 1. Cfr.: BESELER, *Beitr.*, III, 130; SOLAZZI, *Isst. tutelari*, 106 n. 1.

salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto ».

Se si toglie la categoria delle stipulazioni convenzionali, le quali sono le cauzioni volontarie, restano le altre tre categorie delle *iudiciales*, *praetoriae* e *communes*.

In questa seconda classificazione non si prende più in considerazione, come criterio di distinzione, lo scopo delle cauzioni, ma si considera il soggetto di ciascuna di esse.

Vengono pertanto chiamate *iudiciales* quelle imposte dal giudice (*iudex* nel senso romano di giudice privato in contrapposto al magistrato); *praetoriae*, quelle imposte dal pretore o anche dall'edile curule (a lui assimilato perchè anche egli ha la *iurisdictio*); *communes*, infine, quelle che possono essere imposte tanto dal pretore che dal giudice.

Il testo è stato certamente rimaneggiato dai compilatori. Già il PRINGSHEIM (1), sospettò l'espressione *conventionales* in aggiunta a *stipulationes* perchè essa ricorre tre volte soltanto nel *Corpus Iuris* ed ogni passo è sospettato.

Questo rilievo però si dimostra alquanto infondato: infatti anche se non si vuole considerare la forma « *conventionalis* » come classica, bisogna riconoscere che essa altro non è se non una aggettivazione della espressione « *ex conventione* » sicuramente classica (2).

L'inciso « *aliae conventionales* » al quale corrisponde in seguito l'altro inciso « *conventionales sunt - contracto* » è effettivamente mal collocato tra le *stipulationes praetoriae* e le *communes*. Pomponio distingueva le varie specie di stipulazioni a seconda dell'autorità dalle quali esse discendevano. Non avrebbe pertanto avuto ragione di interrompere la sua classificazione per esaminare la natura delle *stipulationes conventionales*. Pertanto noi potremmo giustamente pensare che l'aggiunta della categoria delle *stipulationes conventionales* nel nostro frammento sia dovuta alla mano di qualche annotatore postclassico. Critiche ben più rilevanti sono state mosse alla parte finale (*communes sunt-fin.*).

Si è detto (3) che la proposizione che la « *stipulatio rem salvam fore* sia *communis* perchè ordinata tanto dal pretore quanto dal giu-

(1) Cfr.: PRINGSHEIM, in *Zss.*, 42, 290 n. 2; *Animus in Roman Law*, in *Law Quarterly Review*, 1933, 43 sgg.

(2) Cfr.: RICCOBONO, *Corso*, II, 182.

(3) Cfr.: SOLAZZI, *Istituti tutelari*, 103 sgg.

dice, è senza base nel diritto classico. E ciò è esatto perchè nelle fonti non si trova esempio di *satisfatio* imposta al tutore dal giudice, nè si riesce a configurare un caso in cui se ne possa presentare l'opportunità.

L'esemplificazione, si è detto ancora, non è appropriata. Così la *duplae stipulatio* dovrebbe essere *praetoria* e *iudicialis*; mentre invece essa è imposta dal giudice e dall'edile.

Mentre poi Pomponio definisce ciascuna delle categorie in cui ha classificato le stipulazioni, per la categoria delle *stipulationes communes* c'è l'esempio ma non la definizione.

Infine « *aedilis edicto* » col nome del magistrato al singolare è unico; ma se si considera che la *stipulatio rem pupilli salvam fore* è stata creata dai consoli, e che *iudex* (*iudices*) è il termine più spesso surrogata a *consul* (*consules*) negli estratti dell'opera « *de officio consulis* » di Ulpiano, si potrà senz'altro aderire all'opinione manifestata dal SOLAZZI (1) il quale propone questa probabile restituzione della fine di D. 45. 1. 5 pr.: « *nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et consul: item duplae stipulatio venit a consulum iussu aut ab aedili edicto* ».

L'interpolazione del passo si spiega facilmente considerando che i compilatori giustinianeï, essendo da tempo cessata la competenza dei consoli in materia di *stipulatio rem pupilli salvam fore* e *duplae stipulatio*, abbiano voluto, sostituendo *iudex* a *consul*, fare in modo che nei discorsi su quei due tipi di cauzioni nei quali soltanto si verificava l'intervento dei *consules*, il nome di questi non figurasse più.

Pertanto nel diritto classico alle stipulazioni imposte dal pretore e dall'edile curule si aggiungevano, identiche per le caratteristiche intrinseche di sostanza e di procedura, le stipulazioni imposte dai consoli.

Nel diritto giustiniano queste scompaiono e si cerca, nel modo esaminato più sopra, di farne cessare anche il ricordo.

8. Volendo riunire in un unico quadro riassuntivo le classificazioni esposte da Ulpiano e da Pomponio nei due passi che abbiamo esaminato, possiamo rappresentarlo così:

(1) Cfr.: SOLAZZI, *op. cit.*, 110.

Stipulationes	}	conventionales (ex conventione)	}	consulares	}	iudiciales
		necessariae (ex iussu)		praetoriae		cautionales
				aediliciae		communes
				iudiciales		
				communes		

9. Le Istituzioni di Giustiniano rispecchiano quasi sostanzialmente immutata la classificazione di Pomponio:

Ist., 3. 18: « *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales.*
 1. *Iudiciales sunt dumtaxat quae a mero officio iudicis proficiscuntur: veluti, de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio.* 2. *Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et haec ab iurisdictione veniunt.* 3. *Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium. quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum.* 4. *Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediiri haec res non potest: [vel de rato stipulatio »].*

Il contrapposto tra le stipulazioni convenzionali o volontarie che discendono dall'accordo tra le parti (*ex conventione*) e le stipulazioni necessarie, che discendono invece dall'ordine (*ex iussu*) emanato dal pretore, dal giudice o dalle altre autorità fornite di tale potere, è espresso nel passo citato in termini più chiari che in quello di Pomponio.

Strana potrebbe sembrare ad un osservatore superficiale l'interpunzione « *vel de rato stipulatio* » che si osserva alla fine del testo. Per spiegare la quale il SOLAZZI (1) invoca giustamente un luogo di Gaio (2) dal quale si desume che la *cautio de rato* poteva essere

(1) Cfr.: SOLAZZI, *op. cit.*, 107.

(2) V.: GAI., 4. 34 e su questo passo: EISELE, *Cognitur und Procuratur*, 143 sgg.

anche ordinata dal giudice per maggiormente tranquillizzare la parte che agiva contro un procuratore.

Ciò non è espressamente detto da Gaio il quale parla solo del mandato che anche dopo la regolare costituzione del giudizio « *apud iudicem ostenditur* » (1). Ma se si considera che anche in una Costituzione di Graziano (2) questo principio è confermato espressamente, in quanto si afferma che, quantunque la questione del mandato debba essere esaminata in linea preliminare, pur tuttavia, durante lo svolgimento del giudizio, può sorgere un dubbio sulla esistenza o validità del mandato, e di conseguenza il giudice ordinerà la prestazione della *cautio de rato*; appare con molta chiarezza la ragione per la quale il redattore delle Ist. 3. 18. 4. ha dovuto procedere alla interpolazione.

(1) « *quia saepe mandatum... ostenditur* » è una glossa posteriore a *C. Th.* 2. 12. 3; *Consult.*, 3. 13. 382. Ciò è stato dimostrato dall'EISELE, *op. loc. cit.*

(2) V.: *C.* 2. 12. 24; e su questa cost.: SOLAZZI, *op. loc. cit.*

INDICI

INDICE DELLE FONTI

FONTI LETTERARIE

Cicero:			
<i>ad Att.</i> 1. 3. 1.	24, 29	<i>Top.</i> 3. 17	40
<i>ad fam.</i> 7. 21	16	4. 21	40
13. 28. 2	24, 29	4. 22	6, 37
15. 16.	50	<i>Tusc.</i> 1. 17	34
<i>Brut.</i> 5. 18	24, 29	<i>in Verr.</i> 2. 1. 45. 115	21
<i>de off.</i> 3. 3.	84	2. 1. 56. 146	7, 37
<i>de orat.</i> 1. 58. 246.	43	2. 1. 114	21
<i>pro Caec.</i> 4. 11.	40	2. 5. 54. 141	16
4. 12	40	Gell.: 6	18
4. 19	40	13. 12. 6	111
<i>pro Quinct.</i> 5	21	Liv.: 3. 13. 6	18
8. 30	16, 22, 50	Macr. sat. 1. 16	18
8. 31	16, 22	Orat. sat. 1. 9. 35	21
9. 27	16	Plaut. <i>Aul.</i> 2. 4. 38	18
9. 32	16	<i>Bacch.</i> 597	9
9. 33	22, 46	<i>Curcul.</i> 1. 3. 5	18
9. 84	16	<i>Pseud.</i> 170	9
<i>pro Roscio</i> 5. 10	15	<i>Rud.</i> 3. 4. 72	18
5. 14	15	<i>Ter. Andr.</i> 400	9
12. 35	24, 28, 32	Plin. <i>nat. hist.</i> 36. 2. 2	7
12. 37	28, 29	Serv. <i>Aeneid.</i> 6. 431	87
<i>pro Scauro</i> 22. 45	7, 37	Svet. <i>Cal.</i> 29	21
<i>pro Tullio</i> 12. 29	55	Varro <i>l. lat.</i> 6. 74	18
23. 53	50	<i>de re rust.</i> 2. 5. 11	43

FONTI EPIGRAFICHE

<i>Cil.</i> 1. 199	56	5. 77.49	56
--------------------	----	----------	----

FONTI GIURIDICHE

LEGES.		<i>Furia de sponsu</i>	8
XII Tab.	46, 111	<i>Iuliae</i>	11, 35, 81, 82.
<i>Aebutia</i>	7, 9, 10, 11, 13,	<i>Pinaria</i>	15
	21, 35, 84.	<i>Rubria XX</i>	13, 35, 37, 46,
<i>Aquilia</i>	12		51, 70, 106.
<i>Calpurnia</i>	15	XXI	91.
<i>Falcidia</i>	41, 42, 118.	XXII	91

FONTI PREGIUSTINIANEE

<i>Collatio</i> 2. 6. 3	55	4. 102	22
14. 3. 2	55	4. 107	24
		4. 108	24
		4. 139	65, 87
<i>Consultatio</i>		4. 141	87
3. 7	32	4. 148	55
3. 8	32	4. 149	55
3. 9	32	4. 150	55
3. 10	32	4. 155	55
3. 13. 382	133	4. 170	55
9. 9	55	4. 175	20
		4. 178	20
		4. 184	18, 20
<i>Gai. Inst.</i>		4. 185	20, 73
1. 199	43	4. 186	20, 21
1. 200	122	4. 187	20
2. 35	114		
2. 155	42		
3. 84	114	<i>Paul. Sent.</i> 5. 9. 3	72
3. 121	8	5. 9. 4	73
3. 122	8	5. 34. 1	55
3. 123	8		
3. 124	8	<i>Ulp. Reg.</i> 25. 12	55
4. 31	6, 81, 83		
4. 38	114	<i>Vat. Fragm.</i> 331	55
4. 78	91	336	72, 73
4. 80	114	341	55
4. 84	132		
4. 88	72		
4. 89	116, 117	<i>Codex Theod.</i>	
4. 90-98	72, 73	2. 12. 3	133

FONTI GIUSTINIANEE

<i>Digesto</i>			
1. 13. 1	64	4. 3. 1. 3	27
1. 18. 3	86	4. 4. 3. 9	56
1. 18. 7	122	4. 4. 12 pr.	56
1. 18. 8	55	4. 4. 16 pr.	56
1. 18. 30	65	4. 4. 24. 5	56
1. 21. 1. 1	64, 65	4. 4. 27. 3	77
1. 21. 4. 1	59, 128	4. 4. 39 pr.	56
		4. 8. 27 2	78
2. 1. 3	64, 65, 83		
2. 1. 4	62, 63	5. 1. 2. 6	72
2. 4. 2	56	5. 1. 31	24
2. 5. 3	19	5. 1. 52 pr.	112
2. 8. 2. 2	73, 76	5. 1. 74	56
2. 8. 6	75, 76, 77, 78	5. 2. 8. 16	56
2. 8. 7 pr.	73	5. 3. 17	77
2. 8. 7. 1	73	5. 3. 36. 2	28
2. 8. 9	78	5. 3. 57	76
2. 8. 10 pr.	77	5. 33. 1	56
2. 8. 10. 1	77, 78		
2. 8. 15	119	6. 1. 13	28
2. 8. 15. 7	73	6. 1. 57	76
2. 11. 9	76	6. 54. 3	99
2. 11. 3	76	6. 55. 5	99
2. 13. 6. 8	55		
		7. 1. 7. 2	104
		7. 1. 7. 3	104
3. 1. 1. 2	50	7. 1. 9 pr.	104
3. 3. 35. 2	31, 50, 83, 91	7. 1. 13 pr.	39, 103, 104
3. 3. 35. 3	32, 91	7. 1. 13. 2	104
3. 3. 39 pr.	83	7. 7. 5. 1	90, 104
3. 3. 39. 1	25, 32	7. 8	3
3. 3. 39. 2	32	7. 9. 1. 2	39
3. 3. 39. 5	32	7. 9. 1. 3	39
3. 3. 39. 6	32, 56	7. 9. 5. 1	39, 73
3. 3. 40. 1	31	7. 9. 5. 3	39
3. 3. 43. 3	32	7. 9. 7	73, 90, 104
3. 3. 45. 2	32	7. 9. 9. 1	120
3. 4. 10	127	7. 9. 16	39
3. 5. 46	126		
		8. 1. 2	86
4. 1. 3	56	8. 2. 13. 1	38
4. 1. 8	56	8. 5. 17. 2	37
4. 2. 14. 1	55	8. 5. 18	56
4. 2. 14. 2	55	8. 17. 12	99

9. 2. 1. 4	78	22. 3. 25. 4	3
9. 2. 27. 10	38	25. 4. 1. 10	56
9. 2. 27. 13	24	25. 4. 1. 11	56
9. 2. 30. 1	77	25. 4. 1. 12	56
9. 4. 39. 1	56	25. 4. 1. 13	56
10. 2. 18. 6	99	25. 4. 1. 14	56
10. 3. 5	91	25. 4. 1. 15	56
10. 3. 7. 9	128	26. 2. 17. 1	122
10. 4. 9. 1	71	26. 2. 17. 2	122
10. 4. 15	71	26. 4. 5. 1	122
11. 1. 20. 1	97	26. 5. 13. 2	122
12. 1. 40	3	26. 5. 18	42
12. 4. 3 pr.	28	26. 10. 7. 2	43, 102
12. 6. 31	3	26. 10. 8	42
13. 14. 4. 1	56	27. 7. 4. 3	109, 122
14. 5. 2. pr.	55	27. 8. 6	43, 111
15. 1. 3	76	27. 9. 8. 1	100
15. 1. 4.	76	28. 4. 3	55
15. 1. 5	76	28. 5. 35	56
15. 1. 6	76	28. 5. 93. 1	55
15. 1. 23	127	28. 8. 7	55
15. 1. 32	128	30. 2. 7 pr.	127
16. 2. 10. 3	84, 126	30. 114. 12	99
16. 2. 21	32	35. 3. 1	4, 42
16. 3. 21 pr.	77	35. 3. 1. 4	56
17. 1. 59. 6	74	35. 3. 1. 7	110
17. 1. 88	77	35. 3. 3. pr.	42
18. 1. 72	73	35. 3. 3. 1	73
18. 7. 6 pr.	3	35. 3. 3. 5	118
19. 1. 11	125	35. 3. 3. 6	42
19. 1. 11. 14	121	35. 3. 3. 7	42
19. 1. 11. 18	121	35. 3. 3. 8	42
19. 1. 13. 12	127	35. 3. 3. 9	42
19. 1. 118	105	35. 3. 3. 10	42
21. 1. 28	105	35. 3. 4 pr.	42, 56, 73
21. 2. 2	105	35. 3. 4. 1	42
21. 2. 37 pr.	105	35. 3. 4. 2	42
21. 2. 56 pr.	105	35. 3. 4. 3	42
		35. 3. 4. 4	42
		35. 3. 6	73
		36. 3. 1 pr.	41, 73

36. 3. 1. 11	41	39. 2. 4. 1	95
36. 3. 1. 15	41	39. 2. 4. 2	109
36. 3. 1. 18	118	39. 2. 4. 3	59
36. 3. 2	24	39. 2. 4. 4	59
36. 3. 5. 1	92	39. 2. 4. 5	59, 91, 101
36. 3. 9	41	39. 2. 4. 6	99, 101
36. 3. 11	101	39. 2. 4. 8	50
36. 3. 13	73	39. 2. 7 pr.	4, 50, 51, 53, 56, 59, 73, 75, 93, 106
36. 3. 14 pr.	41	39. 2. 7. 2	85
36. 4. 1 pr.	41, 49	39. 2. 9 pr.	56
36. 4. 1. 1	93, 101	39. 2. 9. 1	7
36. 4. 2	73	39. 2. 9. 4	72
36. 4. 3 pr.	41	39. 2. 9. 5	72
36. 4. 3. 1	51	39. 2. 10	73
36. 4. 3. 3	78	39. 2. 11	72
36. 4. 4	77	39. 2. 13 pr.	73
36. 4. 5	41, 96	39. 2. 13. 1	73
36. 4. 5. 22	100	39. 2. 13. 2	60
36. 4. 10	4, 110	39. 2. 13. 3	60
37. 6. 1 pr.	41	39. 2. 13. 4	60
37. 6. 1. 2	41	39. 2. 13. 5	82
37. 6. 1. 9	3, 41, 73, 74	39. 2. 13. 6	60
37. 6. 1. 10	4, 110	39. 2. 13. 7	61
37. 6. 1. 11	41	39. 2. 13. 10	125
37. 6. 1. 12	41	39. 2. 13. 13	51
37. 6. 1. 13	110	39. 2. 13. 14	51
37. 8. 7. 1	56	39. 2. 13. 15.	56
37. 10. 10	56	39. 2. 14	56
37. 14. 14	51	39. 2. 15 pr.	56, 75
39. 1. 1. 9	61	39. 2. 15. 1	56, 75, 85
39. 1. 2	38	39. 2. 15. 7	56, 75
39. 1. 3	38	39. 2. 15. 11	93
39. 1. 4	38	39. 2. 15. 20	82, 100
39. 1. 5. 17	38, 73, 75	39. 2. 15. 22	99, 102
39. 1. 5. 18	23, 31	39. 2. 15. 24	82
39. 1. 7	38	39. 2. 15. 26	93
39. 1. 8. 2	38	39. 2. 15. 27	93
39. 1. 8. 3	38, 73	39. 2. 15. 28	62, 97
39. 1. 8. 4	61	39. 2. 15. 29	93, 99
39. 1. 13 pr.	23, 31	39. 2. 15. 30	98, 99
39. 1. 13. 1	32	39. 2. 15. 33	102
39. 1. 20 pr.	38	39. 2. 15. 32	82, 102
39. 1. 20. 1	38	39. 2. 15. 33	102
39. 1. 20. 4	38	39. 2. 15. 34	82, 97
39. 1. 21. 5	39	39. 2. 15. 35	82
39. 2. 1	58	39. 2. 15. 36	109
39. 2. 4 pr.	56, 75		

39. 2. 16	97, 115	42. 5. 31. 2	42
39. 2. 17. 3	109	42. 5. 31. 3	42
39. 2. 17. 4	56	42. 6. 4. 1	99
39. 2. 18. 6	85	42. 8. 10 pr.	55
39. 2. 18. 13	109		
39. 2. 18. 15	103	43. 1. 1. 1	64
39. 2. 22. 1	54	43. 3. 2. 3	74
39. 2. 24. 2	73, 82, 85	43. 4. 4 pr.	97
39. 2. 28	38	43. 4. 4. 1	75
39. 2. 30. 1	82	43. 7. 1	50
39. 2. 32.1	54	43. 8. 2	55
39. 2. 32	62, 109	43. 8. 2. 6	55
39. 2. 33	127	43. 8. 2. 39	55
39. 2. 37	124	43. 8. 7	55, 65, 86
39. 2. 38. 1	56, 93	43. 10. 1. 1	122
39. 2. 39	38	43. 12. 1. 4	55
39. 2. 39. 3	31	43. 13. 1. 12	55
39. 2. 40. 3	127	43. 15. 1	55, 75, 76
39. 2. 43. 1	37	43. 20. 1. 31	55
39. 2. 44	50, 78, 97	43. 21. 3. 9	71
39. 3. 9. 1	78	43. 23. 1. 12	71
39. 3. 11. 3	127	43. 23. 1. 14	71
39. 3. 14. 2	127	43. 24. 3. 6	91
		43. 24. 13	55
40. 5. 4. 8	3		
40. 5. 51. 5	91	44. 1. 2 pr.	53
40. 8. 1	114	44. 7. 37 pr.	84, 126, 128
40. 8. 20	84	44. 7. 37. 1	64
40. 12. 16. 2	78	44. 7. 51	126
41. 2. 3. 23	98, 100, 128	45. 1. 5 pr.	56, 57, 101,
41. 2. 10. 1	98, 100		129, 130, 131
41. 2. 23. 3	13	45. 1. 4. 1	24
41. 2. 30. 2	128	45. 1. 52	57, 70
41. 5. 2 pr.	99	45. 1. 81 pr.	18
		45. 1. 81. 1	19
42. 1. 15. 6	55	45. 1. 83	19
42. 1. 36	56	45. 1. 122. 5	3
42. 4. 1. pr.	95	45. 2. 11. 2	3
42. 4. 1. 1	91		
42. 4. 2	21	46. 1. 73	32, 73
42. 4. 5 pr.	91	46. 5	3, 74
42. 4. 5. 1	91	46. 5. 1	71, 128
42. 4. 12	13, 98, 100	46. 5. 1.2	79, 84, 128
42. 4. 7. 2	91	46. 5. 1. 3	79, 128
42. 4. 13	55	46. 5. 1. 4	3, 71, 79, 128
42. 5. 4	114		129, 71, 74, 75
42. 5. 31 pr.	54, 56, 100		79, 129

46. 5. 1. 6	73	50. 16. 61	75
46. 5. 1. 7	73	50. 16. 82	24,25,26,29,35
46. 5. 1. 8	73	50. 16. 99 pr.	55
46. 5. 1. 9	52, 56, 60, 85	50. 16. 188. 1	74, 105
46. 5. 1. 10	56, 57, 70	50. 16. 234	73
46. 5. 2. 1	127	50. 17. 110. 1	73
46. 5. 4	75, 85	50. 17. 203	78
46. 5. 6	75	50. 17. 233	111
46. 5. 9	58, 70		
46. 5. 10	54	<i>Codex</i>	
46. 5. 11	75	1. 3. 33. 2	119
46. 6. 8	85	1. 4. 27. 1	122
46. 7. 1	73	1. 17. 2. 7	124
46. 7. 5. 3	72		
46. 7. 5. 4	72	2. 12.24	133
46. 7. 7	72, 78, 75	2. 38	28
46. 7. 8. 11	72	2. 56	111
46. 7. 10	73	2. 57. 1	126
46. 7. 13 pr.	85		
46. 8. 1	32	3. 33. 4	39
46. 8. 3 pr.	31, 32		
46. 8. 4	31, 32	5. 70. 7. 5	122
46. 8. 8 pr.	32		
46. 8. 8. 1	73	6. 20 17	116
46. 8. 9	30	6. 20 19	116
46. 8. 10	30, 56, 85	6. 20. 20	116
46. 8. 11	30	6. 36. 9	42
46. 8. 12 pr.	30	6. 38. 3	75
46. 8. 13. 1	32	6. 54. 3	41
46. 8. 14	24, 25, 26, 33		
46. 8. 15	24, 25, 26, 29	8. 1. 2	65
46. 8. 16 pr.	25, 26	8. 1. 3	127
46. 8. 19	32	8. 10. 8. 1	122
46. 8. 20	31, 85	8. 36. 12. 13	112
46. 8. 21	50		
46. 8. 22 pr.	31, 32, 85	9, 4. 6. 3	111, 115
46. 8. 22. 2	33		
46. 8. 23	24,25,29,33,70	12. 1. 17	119
46. 8. 25.1	31, 32	12. 13. 13	112
46. 8. 24	85		
		<i>Institutiones</i>	
47. 2. 9. 1	56	1. 24 pr.	122
47. 10. 15. 34	55	1. 24. 3	4, 43, 11
49. 1. 22	55	2. 10. 3	114
50. 1. 26	63	3. 18 pr.	132
50. 4. 6. 1	74	3. 18. 1	132
50. 5. 13. 3	56	3. 18. 2	57, 132

3. 18. 3	132	<i>Novellae</i>	
3. 18. 4	133	53. 1	119
		53. 3 pr.	119
4. 6. 16	64	53. 3. 2	119
4. 6. 17	64	96 pr.	119
4. 11 pr.	111, 116	112. 2	119
4. 11. 2	3. 119	353. 1	119
4. 15 pr.	127	353. 2	119

FONTI POSTGIUSTINIANEE

<i>Basilica</i>		43. 4. 1	129
		43. 4. 6	71
6. 24. 5	128	44. 4. 34	42
8. 2. 35	126	50. 2. 2	128
12. 2. 7	128	50. 2. 28	128
16. 1. 3	104	52. 1. 35	128

INDICE DEGLI AUTORI

- ALBERTARIO, 31, 60, 68, 95, 127.
ALIBRANDI, 109.
ALLORIO, 79.
AMIRA, 19.
APPLETON, 8, 84, 121.
ARANCIO-RUITZ, 15, 41, 68, 72, 89.
AUDIBERT, 64.
- BARTOLO, 96.
BEJERLE, 19.
BERGER, 64, 65, 75.
BERTOLINI, 15.
BESELER, 2, 19, 26, 30, 34, 54, 57, 58, 60, 65, 71, 73, 77, 79, 84, 85, 99, 120, 121, 129.
BETHMANN-HOLLWEG, 63, 74, 86, 98.
BETTI, 2, 7, 16, 50, 53, 55, 68, 69, 79, 85, 86, 88, 89, 97, 106, 114, 117, 119, 122, 123, 126.
BINDER, 34.
BIONDI, 51, 61, 84, 104, 109, 126, 128.
BISCARDI, 85, 86, 87.
BOYÈ, 18, 87, 117.
BONFANTE, 6, 59, 60, 64, 68.
BOZZA, 9, 16, 21, 22.
BORTOLUCCI, 104.
BRANCA, 7, 13, 36, 38, 63, 69, 82, 83, 92, 96, 97, 99, 100, 102, 109, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128.
BRUNNER, 19.
BUONAMICI, 21.
BURCHARD, 6, 13, 96, 97.
- CALAMANDREI, 79.
- CARNELUTTI, 67, 79.
CHIOVENDA, 79.
COLLINET, 4, 50.
COSTA, 4, 15, 18, 121.
CUIACIO, 64.
CUQ, 4, 13, 17, 18, 64, 73.
- DEBRAY, 18, 23, 27, 28, 29, 50.
DE FRANCISCI, 57, 121.
DE MARTINO, 2, 14, 19, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 79, 85, 123.
DEKKERS, 96, 108, 118.
DE MEDIO, 121.
DE MELIUS, 73.
DE RUGGIERO, 71, 72, 73, 74, 76, 104, 120.
DONADUTI, 32, 34.
DULL, 18.
- EISELE, 25, 27, 28, 132, 133.
ERMANN, 109, 121.
- FADDA, 100.
FALLETTI, 63.
FERRINI, 84, 10.
FLINIAUX, 18.
- GIERKE, 19.
GIFFARD, 17.
GINTOWT, 86.
GIRARD, 13, 15, 30, 63, 64, 88, 104, 120, 121.
GLUECK, 13, 60.
GRADENWITZ, 76, 77, 104.

- GUARINO, 41, 71, 74, 116.
 GUARNERI, 60, 121.
 HAIMANN, 121.
 HARTMANN, 21, 87.
 HELDRICH, 121.
 HESSE, 13, 82.
 HITZIG, 15, 68.
 HUSCKHE, 13, 82.
 HUNTERHOLTZNER, 97.
 HUVELIN, 13, 14, 16, 67, 68.
 JOBBÈ-DUVAL, 3, 10, 11, 50, 54, 65, 84.
 JOERS-HUNKEL, 120.
 KARLOWA, 6, 16, 21, 22, 91, 104.
 KASER, 120.
 KELLER-WACH, 12, 63.
 KOSCHAKER, 22.
 KRETSCHMAR, 84.
 KRUGER, 51.
 KUEBLER, 65.
 LAURIA, 43.
 LEICHT, 117.
 LEIFER, 63.
 LEIST, 12.
 LENEL, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 30,
 33, 38, 39, 41, 42, 59, 64, 77, 104, 117.
 LEONHARDT, 3.
 LEVY, 77, 121.
 LONGO, 121.
 LUCAS, 74.
 MANICK, 74.
 MARTIN, 22.
 MEYER, 117, 122.
 MEJIAN, 2.
 MEYR, 15.
 MITTEIS, 68, 111, 117, 120.
 MOMMSEN, 28, 3, 64.
 MONIER, 120.
 NABER, 69, 59, 60.
 PACCHIONI, 19, 96, 114.
 PARTSCH, 18, 22, 117.
 PEROZZI, 15, 61, 73.
 PERNICE, 13, 15, 28, 63, 68, 77, 86, 104.
 PIERRE-MARIA, 17.
 PRINGSCHHEIM, 57, 58, 64, 77, 120, 121,
 130.
 PUCHTA, 85.
 RABEL, 68, 120, 121.
 REICHNITZ, 34.
 RICCOBONO, 13, 30, 63, 104, 106, 109,
 113, 115, 116, 119, 120, 121, 123,
 124, 130.
 ROSEMBERG, 64.
 ROTONDI, 121.
 RUDORFF, 22.
 SAVICNJ, 114.
 SCHIRMER, 54, 117.
 SCHLOSSMANN, 73.
 SCHMIDT, 85.
 SCHULTZ, 126, 128.
 SCIALOIA, 3, 13, 16, 23, 71, 72, 79, 80,
 85, 87, 96, 119, 127.
 SECKEL, 34, 54, 77.
 SEIDL, 122.
 SEGRÈ, 68, 84, 104, 121, 126.
 SOKOLOWSKI, 15.
 SOLAZZI, 34, 42, 43, 54, 57, 63, 65, 71,
 72, 74, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 110,
 111, 121, 122, 129, 130, 131, 132, 133.
 STEINWENTER, 2, 17, 65, 87, 111, 117.
 STINZING, 15, 16.
 TAUBENSCHLAG, 122.
 THOMAS, 127.
 UBBELOHDE, 65, 85, 87.
 VANCEROV, 97.
 WEISS, 41.
 WENGER, 18, 89, 111, 115, 120, 127.
 WIEDERMEJER, 51.
 WISSEMBACH, 63.
 WLASSAK, 2, 22, 55, 82, 84, 126.
 WOESS (VON), 2, 11, 57, 66, 67, 106, 111,
 117, 119, 120, 122, 123.
 ZANZUCCHI, 73.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04608