



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

**Giovanni Turelli**

# ***TRANSFERRE IUDICIUM***

**Linee ricostruttive di uno strumento pretorio**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Terza Serie – 18*



Giovanni Turelli

*TRANSFERRE IUDICIUM*

Linee ricostruttive di uno strumento pretorio



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3390-7

ISBN/EAN 978-88-921-8798-6 (ebook - pdf)

*Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.*

*La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.*

*Composizione:* La Fotocomposizione - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

*Direzione scientifica:*

Antonio Saccoccio, Aldo Andrea Cassi, Chiara Minelli, Valerio Pescatore

*Comitato editoriale:*

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).



*A Maddalena e Filippo*



# INDICE

<i>Introduzione</i>	<i>pag.</i> 1
---------------------	------------------

## CAPITOLO I IL PROBLEMA

1. Premessa	5
2. Questioni preliminari	6
3. <i>Translatio iudicii</i> e <i>mutatio iudicis</i> nella dottrina romanistica	9
3.1. La manualistica dell'Ottocento nel segno di Keller	9
3.2. La riflessione di Eisele e la posizione di Wlassak	13
3.3. <i>Translatio iudicii</i> e <i>mutatio iudicis</i> alla luce della tesi di Wlassak	16
4. Inquadramento del problema e scopo della ricerca	23

## CAPITOLO II *TRANSLATIO IUDICII: LA RUBRICA EDITTALE DE COGNITORE ABDICANDO VEL MUTANDO*

1. Introduzione	27
2. La rubrica edittale <i>De cognitore abdicando vel mutando</i>	30
2.1. La clausola edittale	30
2.2. La <i>causae cognitio</i>	33
2.3. La <i>translatio iudicii procuratoria</i>	47
2.3.1. La (presunta) disciplina autonoma della <i>translatio procuratoria</i>	53
2.4. <i>Translatio iudicii</i> e <i>cautio iudicatum solvi</i>	61
2.4.1. Premessa	61
2.4.2. <i>Translatio iudicii ex parte actoris</i>	63
2.4.3. <i>Translatio iudicii ex parte rei</i>	70
2.4.4. Conclusioni	73
2.5. Informazioni correlate	74

CAPITOLO III  
*TRANSLATIO IUDICII:*  
ALTRE IPOTESI

1. Introduzione	77
2. <i>Filius</i>	78
3. <i>Statuliber</i> e persona coinvolta in una <i>causa liberalis</i>	88
4. <i>Heres</i>	103
5. <i>Infamia</i>	107
6. Riflessioni di sintesi sulla <i>translatio iudicii</i>	115

CAPITOLO IV  
*MUTATIO IUDICIS*

1. Introduzione	121
2. <i>Mutatio iudicis</i> e continuità del processo	122
3. Sostituzione per <i>insania</i> o impedimento d'altro genere	140
4. <i>Excusationes</i> e <i>mutatio iudicis</i>	147
5. Riflessioni di sintesi sulla <i>mutatio iudicis</i>	151

CONCLUSIONI  
*TRANSFERRE IUDICIUM:*  
DISCIPLINA DI UNO STRUMENTO PRETORIO

1. Premessa	155
2. <i>Transferre iudicium</i> e <i>translatio formulae</i> ?	156
3. <i>Decretum</i> : forma e fondamento del <i>transferre iudicium</i>	162
4. Riflessioni di sintesi	169

<i>Bibliografia</i>	171
---------------------	-----

<i>Indice delle fonti</i>	191
---------------------------	-----

## INTRODUZIONE

Il brevissimo contributo di Eisele su *Translatio iudicii nach der litis contestatio*, apparso nel 1881 sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, segna una significativa svolta nella discussione sulla *translatio iudicii* e non solo<sup>1</sup>. Veniva infatti messo in discussione il principio della intangibilità del *iudicium* cristallizzato dalla *litis contestatio*.

Il tema della *translatio iudicii* – la discussione sulla quale, come vedremo, si presentava ora commista, ora affiancata, ma comunque sempre inscindibilmente connessa a quella sulla *mutatio iudicis* – non aveva destato particolare interesse, fino a quel momento. Oggetto perlopiù di esposizione manualistica, aveva ricevuto moderata attenzione, conseguenza forse anche di un difficile stato delle fonti, non numerosissime e nelle quali la tematica appare più che altro di riflesso o incidentale rispetto al tema di volta in volta principale<sup>2</sup>.

La lettura innovativa di Eisele assurse pertanto a saldo punto di riferimento, anche per il fatto di inserirsi senza difficoltà nella coeva e più ampia riflessione di Wlassak sulla natura e sul funzionamento della *litis contestatio*, quale atto a carattere convenzionale tra magistrato e parti, contro la ricostruzione a quel tempo classica e maggioritaria formulata da Keller, che assegnava un ruolo centrale e predominante al magistrato<sup>3</sup>. Il principale merito del contributo di Eisele, la cui estrema brevità non lascia spazio allo svolgimento di un discorso articolato ed esaustivo, risiedeva nello spostare il piano d'azione dal pretore come figura solitaria – che nelle ricostruzioni tradizionali guidava e gestiva in modo arbitrario le vicende del processo –, all'interazione tra magistrato e parti, compartecipi nell'operare sulla *litis contestatio*: in luogo di un intervento d'autorità su

---

<sup>1</sup> EISELE 1881b, 138-140; cfr. *infra*, cap. I, § 3.2.

<sup>2</sup> Mi riferisco qui chiaramente a trattazioni dedicate e di natura monografica, delle quali diremo in dettaglio *infra*, cap. I. Non mancano contributi di portata più contenuta o dedicati ad aspetti specifici, seppure, anche in questo caso, non numerosissimi: decisamente risalente, SECKEL 1907, 323 ss.; più recente, KRAFFT 1980, 266 ss.; da ultimo, SCEVOLA 2012, 447 ss.; NICOTRI 2015, 963 ss.

<sup>3</sup> KELLER 1827, 82 ss.; 1883, 282; WLASSAK 1888, 55 ss. Cfr. FERRINI 1898, 949 ss. Per un quadro espositivo e riassuntivo delle tesi di Keller e Wlassak, cfr. CARRELLI 1946, 7 ss., 17 ss., il cui lavoro peraltro, si presenta come una ricerca di verifica e critica della tesi di Wlassak, che viene discussa nel resto del volume (47 ss.).

una sola parte della *formula*, la *condemnatio*, si ipotizzava una collaborazione a più voci nel ricostruire o rinnovare la *litis contestatio*.

Da quel rinnovato interesse sono scaturiti alcuni studi densi e importanti, che hanno punteggiato il Novecento. Tuttavia, la ricerca si è di fatto fermata poco dopo la metà del secolo, coi lavori di Bonifacio e Brogginì. L'ampio arco di tempo decorso e il mutamento del clima metodologico aprono uno spazio e rendono opportuna una nuova riflessione – del resto, già avviata dalla recente monografia di Erxleben<sup>4</sup>.

Il numero relativamente contenuto di studi dedicati al tema rende preliminarmente opportuna una ricognizione puntuale sullo stato della dottrina. Innanzitutto, per definire il contesto nel quale questo studio si inserirà. In secondo luogo, per riassumere teorie che, anche per il fatto di essere abbastanza diluite nel tempo, hanno assunto – non ultimo, per la rilevanza e l'autorevolezza dei loro autori – una connotazione quasi stereotipica, la quale, quando non proietti ancora oggi riflessi dogmatico-sistematici sulla discussione, certo la costringe entro uno schema espositivo che appare come 'dato'. Con la conseguenza di un forte condizionamento nella lettura delle fonti, la cui cifra problematica è spesso figlia più dell'ottica in cui le si è lette, che non effettiva.

L'esame della dottrina presenta un'ulteriore caratteristica che è bene evidenziare da subito, per comprendere l'impianto della presente ricerca. Le ricostruzioni degli studiosi tendono a seguire il filo degli ambiti tematici nei quali si rinviene una qualche forma di applicazione della *translatio iudicii* o della *mutatio iudicis*. In questa sede si cercherà di accantonare tale prospettiva, sostituendola con un'altra, che assuma il processo formulare come punto di osservazione del fenomeno 'traslativo', non tanto perché astrattamente migliore, bensì perché preferibile, in ragione del fatto che il processo è la *sedes materiae* dei fenomeni in discorso. Ciò non toglie che la ricerca delle notizie e degli indizi andrà condotta all'interno di fonti che appartengono quasi sempre a contesti eterogenei, dal punto di vista della materia trattata *ex professo* in ciascuna di esse.

Sono consapevole di introdurre, a mia volta, una concettualizzazione<sup>5</sup>. Essa tuttavia non pretende di descrivere la 'realtà' del diritto romano, non solo lungo tutto il suo svolgimento, ma nemmeno rispetto a un momento storico definito. È nient'altro che uno schema concettuale di lavoro, strumento per favorire l'elaborazione dei dati, al fine di un'esposizione chiara e ordinata<sup>6</sup>. Il punto, benché forse ovvio, non è privo di valore. Rispetto a

---

<sup>4</sup> BONIFACIO 1956; BROGGINI 1959; ERXLEBEN 2017.

<sup>5</sup> Come ampiamente dimostrato da ORESTANO 1961, spec. 420 ss., ciò non si risolve inevitabilmente in un tradimento del metodo storico: anche questo infatti necessita di concettualizzazioni (421, 424 ss.). Il punto – tutt'altro che facile da raggiungere ed esente da pericoli – è semmai quello dell'accortezza, nel costruire o adattare le nozioni astratte più utili per inquadrare la realtà storica osservata, e della costante consapevolezza di tali operazioni (431 ss.).

<sup>6</sup> La direzione è, ancora una volta, tracciata da ORESTANO 1961, 438 ss., le cui riflessioni

una griglia siffatta non dovranno sorprendere lievi disallineamenti o ‘sbavature’ delle fonti discusse, poiché la funzione di essa, come precisata, esclude qualunque intento di inquadramento sistematico ed eliminazione di aporie. La soluzione a queste, ove possibile, sarà invece cercata seguendo la logica e le dinamiche dello *ius controversum*, accogliendo, ove inevitabile o necessario, soluzioni opposte o divergenti come espressioni di visioni o posizioni diverse dei singoli giuristi, o delle linee di pensiero alle quali essi appartengono<sup>7</sup>.

Si è tentato di individuare un ordine espositivo che, assecondando il modo di procedere della giurisprudenza, mettesse al contempo in evidenza alcune linee di fondo che facessero da guida, evitando un’esposizione alluvionale di casi e ipotesi. Ciò ha comportato l’impossibilità di un’applicazione pura del criterio cronologico, cui in ogni caso si è costantemente guardato.

Dopo alcune questioni preliminari e l’inquadramento della dottrina romanistica in materia<sup>8</sup>, il lavoro muove dalla *translatio iudicii*, indagata secondo le due prospettive che le fonti sembrano consentire. In primo luogo, la disciplina relativa alla sostituzione del *cognitor*, che un frammento di clausola edittale, accompagnato da un ampio stralcio del commentario all’editto di Ulpiano, permette di intravedere<sup>9</sup>. In secondo luogo, l’analisi di una serie di frammenti non dedicati *ex professo* alla *translatio*, ma di varia provenienza: perlopiù si tratta di discussioni relative a tematiche del diritto privato, nelle quali si innesta una riflessione o un riferimento al tema della sostituzione di una parte<sup>10</sup>.

La discussione si sposta quindi alla *mutatio iudicis*<sup>11</sup>. Tema considerato secondario, di fatto, dalla dottrina, essenzialmente perché ritenuto di esclusiva competenza del pretore. La ragione, come si intuisce, è legata al nodo della *litis contestatio*, rispetto alla quale la *translatio* pone un pro-

---

assumono in questa sede valore di punto di riferimento ideale: «Concependo invece gli schemi sistematici come costruzioni concettuali da noi operate sui dati della realtà storica, essi avranno carattere empirico e funzionale, ma pure ne conseguirà una più ampia possibilità di adeguamento alla determinata esperienza concreta che si intende conoscere».

<sup>7</sup> La presenza di una pluralità di soluzioni non rappresenta infatti un problema, nemmeno quando siano in opposizione tra loro. Osserva BRUTTI 2012, 79: «Il contrasto dà luogo a due esiti possibili: o si scioglie con la prevalenza di una soluzione normativa rispetto alle altre; oppure le diverse tesi rimangono in piedi. La società romana – nell’età della giurisprudenza – sopporta senza soverchie difficoltà le inevitabili tensioni indotte dal pluralismo delle scelte normative. L’oscillazione dei giudizi, derivante dalla coesistenza di linee diverse, viene vissuta come un’alea a cui si va normalmente incontro nell’intraprendere le liti». Per un inquadramento dello *ius controversum*, oltre a SCHWARZ 1951, 171 ss., cfr. TALAMANCA 1990, 32; BRETONE 2008, 756 ss.; BRUTTI 2015, 33 ss.; LOVATO 2017, 73 ss.

<sup>8</sup> *Infra*, cap. I.

<sup>9</sup> *Infra*, cap. II.

<sup>10</sup> *Infra*, cap. III.

<sup>11</sup> *Infra*, cap. IV.

blema serio e delicato: se le parti collaborino col magistrato e in quale misura le scelte operate implichino un rinnovo della lite. Un problema decisamente meno avvertito, nel caso della *mutatio iudicis*, della quale si è sostanzialmente affermato il carattere ancillare rispetto alla *translatio iudicii*, quando non addirittura una diversità di struttura.

Sullo sfondo si pone pertanto – accanto al fine di indagare la dinamica dell'uno e dell'altro strumento – la necessità di riflettere sul tipo di rapporto intercorrente tra essi: se si possano cogliere linee comuni o se si debba parlare di figure distinte.

In sede di conclusioni, infine, si proporrà una riflessione che, muovendo dalla sintesi dei risultati conseguiti, affronti alcuni temi di natura strettamente tecnica, legati alle concrete modalità operative del *transferre iudicium*: espressione che, come si chiarirà a breve, è impiegata per designare unitariamente, al momento solo in chiave espositiva, le predette figure giuridiche. Verificare la possibilità che tale designazione possa assolvere una funzione anche sul piano concettuale, non solo come strumento espressivo convenzionale in questa sede, è un altro degli obiettivi della ricerca.

Un'ultima avvertenza. La scelta, già accennata e sulla quale si tornerà più diffusamente nel capitolo I, di impostare il discorso assumendo come punto di riferimento il piano processuale – terreno su cui *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* operano – e non invece gli ambiti del diritto privato ove esse si manifestino, ne ha imposta una seconda: di sfiorare soltanto i molti e diversi ambiti del diritto sostanziale toccati. In entrambe le scelte vi è, soprattutto, una ragione pratica ed espositiva: seguire i diversi percorsi tematici nei quali sono sparse le tracce della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis* avrebbe reso concreto il rischio di dispersione e prodotto un'eccessiva frammentazione del discorso, col rischio di offuscare le tracce di una già debole linea di continuità, quel sottile filo conduttore che percorre le fonti e che, al contrario, assume evidenza – almeno, questa è la mia convinzione – nel momento in cui si mantenga al centro l'aspetto processuale.

Al termine del lavoro, desidero formulare alcuni ringraziamenti.

In primo luogo, al professor Antonello Calore, per il confronto mai negato e la discussione sempre proficua. In secondo luogo, ai due anonimi *referee*, per i preziosi suggerimenti e le puntuali indicazioni. Sono altresì grato al dottor Stefano Liva, per il paziente lavoro di lettura delle bozze.

Desidero inoltre esprimere sincera gratitudine al personale della Biblioteca di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Brescia, per avere favorito in ogni modo la mia attività di ricerca, da ultimo in un periodo complicato.

Il ringraziamento più intimo e profondo è per mia moglie Simona.

## CAPITOLO I

# IL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Questioni preliminari. – 3. *Translatio iudicii* e *mutatio iudicis* nella dottrina romanistica. – 3.1. La manualistica dell'Ottocento nel segno di Keller. – 3.2. La riflessione di Eisele e la posizione di Wlassak. – 3.3. *Translatio iudicii* e *mutatio iudicis* alla luce della tesi di Wlassak. – 4. Inquadramento del problema e scopo della ricerca.

### 1. Premessa

In primissima approssimazione, può dirsi che la *translatio iudicii* individui lo strumento col quale il pretore interviene per disporre la sostituzione di una parte in un processo in corso, una volta che questo sia incardinato *apud iudicem*. Altrettanto, la *mutatio iudicis* definisce l'intervento pretorio per la sostituzione del *iudex*.

Entrambi gli schemi giuridici entrano in gioco quando la necessità di sostituire – una parte o un giudice – si presenti dopo che la *litis contestatio* sia stata conclusa e la *formula* che contiene e fissa i nomi – delle parti e del giudice – sia divenuta immodificabile<sup>1</sup>. Comune è altresì la necessità che il magistrato operi previa *causae cognitio*, benché non si possa dire con certezza se essa sia richiesta in ogni singolo caso. Intorno alla verifica di tali elementi e alla ricostruzione della relativa disciplina verte la ricerca.

Il presente capitolo è finalizzato a contestualizzare il tema, sullo sfondo della riflessione svoltasi – particolarmente tra Ottocento e Novecento – nella dottrina romanistica, al fine di definire e delimitare lo scopo del lavoro. Ritengo innanzitutto necessario chiarire tre questioni preliminari, due di natura terminologica, una di natura sostanziale.

---

<sup>1</sup>BONIFACIO 1956, 1: «l'attività processuale necessaria ad operare una modifica subbietiva del processo *post litem contestatam*».

## 2. Questioni preliminari

a. Il primo ostacolo che si incontra è di natura definitoria: se esista o meno la possibilità di raccogliere entro una categoria unitaria i due fenomeni oggetto di studio. Non intendo, in questo momento, unitaria sul piano giuridico – ciò sarà oggetto di verifica e rappresenta uno dei fini del presente lavoro –, quanto sul piano lessicale e descrittivo. Vi sono fondate ragioni per escludere l'appartenenza di *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* a una comune categoria sistematica del diritto e, quando ciò accade, si assegna solitamente funzione generica alla prima delle due, facendo della seconda una specie o un tipo<sup>2</sup>. Al contempo, tali ragioni non sono inattaccabili e indiscutibili, ma soprattutto, almeno a livello di prima percezione, è innegabile la somiglianza strutturale tra le due figure, la condivisione della medesima dinamica 'traslativa' del processo e altresì della collocazione *post litem contestatam*<sup>3</sup>.

A livello di ipotesi di lavoro, assumerò l'esistenza di un 'contenitore concettuale' comune, innanzitutto quale strumento euristico ed epistemologico. Lo svolgimento della ricerca chiarirà se esso corrisponda altresì a una categoria giuridica unificante, se non già romana, quantomeno utilizzabile sul piano ordinativo ed espositivo.

Il segno linguistico che mi pare efficacemente in grado di individuarlo è l'espressione *transferre iudicium*. Il motivo è semplice: essa, impiegata ordinariamente per indicare la *translatio iudicii*, compare altresì, anche se una sola volta, per qualificare il mutamento del giudice<sup>4</sup>. E benché si possa sostenere trattarsi di un impiego atecnico, tanto basta – in sede di considerazioni preliminari e preventiva fissazione del lessico e degli strumenti concettuali della ricerca – per poterne fare, convenzionalmente s'intende, il segno distintivo del comune 'contenitore concettuale'. Si impiegherà pertanto quest'espressione – e la famiglia semantica e lessicale che nella lingua italiana le appartiene: la locuzione 'trasferimento del processo' o 'pro-

---

<sup>2</sup> *Infra*, 9 ss.; 16 ss., con riferimento alla dottrina novecentesca, cui *adde* WLASSAK 1921, 234 ss.; KASER 1937, 2168; BONIFACIO 1952, 67.

<sup>3</sup> Da ultimo, ERXLEBEN 2017, 265 e bibliografia richiamata alle ntt. 25, 26.

<sup>4</sup> Ulp. 23 *ed.* D.50.5.13.3, L. 708, su cui *infra*, 147 ss. Vi è una seconda attestazione, in Cic. *Verr.* 1.8.20, ma si riferisce ad una *quaestio perpetua*: cfr. DUQUESNE 1910, 222 nt. 7; WLASSAK 1921, 234 nt. 115; BONIFACIO 1956, 138; BROGGINI 1959, 317 nt. 17; ERXLEBEN 2017, 263 nt. 7; VARVARO 2019, 226. Da segnalare lo scetticismo di KOSCHAKER 1905, 14 ss. sul tecnicismo dell'espressione *transferre iudicium* per indicare l'unità della «Prozessobligation» (le cui argomentazioni sono criticate da BONIFACIO 1956, 24 e nt. 10). Per un valore atecnico depone Ulp. 11 *ed.* D.4.3.7.9, L. 385, dove si discute di un processo già concluso con sentenza di assoluzione e verosimilmente *iudicium* indica la *formula* (SPERL 1895, 25 nt. 1) mentre il contesto è quello di una *restitutio in integrum*: KOSCHAKER 1905, 15 s.; DUQUESNE 1910, 56 e nt. 1; BONIFACIO 1956, 7 nt. 21, 23 nt. 9; BRUTTI 1973, 478 ss., con ampia discussione del passo; più articolata la posizione di ERXLEBEN 2017, 81 ss.

cessuale'; l'aggettivo 'traslativo'<sup>5</sup> – per fare riferimento a quello che è un ipotetico (almeno in questa fase) schema processuale, designante qualunque situazione di sostituzione, vuoi di una parte, vuoi del giudice. È chiaro che, pur con tutte le cautele, la scelta operata carica inevitabilmente l'espressione *transferre iudicium* di un significato che esorbita i fragili riscontri delle fonti e per questo è bene ribadire una volta di più che la scelta di impiegarla come titolo della presente ricerca non pretende in alcun modo di assegnarle una funzione ricognitiva della realtà, bensì coglie in essa un utile strumento ordinativo, descrittivo ed espositivo<sup>6</sup>. Saranno gli esiti della ricerca a dire se essa possa in definitiva designare unitariamente i fenomeni giuridici trattati.

Le espressioni *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* saranno invece impiegate per fare riferimento alle specifiche ipotesi di sostituzione ora della parte, ora del giudice. Ma, anche qui, solo in via convenzionale e per comodità espressiva, senza caricarle *ab initio* di un autonomo e definito statuto giuridico. E se pure esigenze di immediatezza e breviloquenza renderanno inevitabile servirsi del lessico tradizionale e consolidato, la presente avvertenza ha lo scopo, per così dire, di delimitarne le condizioni d'uso. Giacché è certo che l'impiego delle due espressioni è inscindibilmente portatore in dottrina di una ben definita immagine tecnica e ideologica di entrambe, nonché di un determinato rapporto tra esse<sup>7</sup>. Immagine e rapporto che, in questa sede, saranno oggetto di verifica, non presupposti.

*b.* Il secondo aspetto da discutere in via preliminare muove ugualmente da un elemento del lessico, ma ne considera soprattutto il significato e la sostanza. Mi riferisco al termine *iudicium*, del quale le fonti non restituiscono un significato univoco, bensì vario e sempre collegato al contesto di riferimento<sup>8</sup>. Il termine copre i significati di tribunale («Gericht»)<sup>9</sup>, azione, *formula* processuale adattata al caso concreto<sup>10</sup>, li-

---

<sup>5</sup> Ancorché talora, per esigenze espressive, di alleggerimento del testo o per evitare troppo frequenti ripetizioni, si impiegherà l'espressione 'traslativo' in senso stretto, per indicare la sola *translatio iudicii*. In ogni caso, il contesto aiuterà, di volta in volta, a comprendere il referente.

<sup>6</sup> Ma a favore di un impiego ampio dell'espressione, cfr. già SPERL 1895, 23 s., con un puntuale elenco degli ambiti di applicazione.

<sup>7</sup> Né va dimenticato che le due espressioni appartengono, in effetti, più alla dottrina che alle fonti. A fronte del fatto che *translatio iudicii* designa indiscutibilmente, nel lessico della tradizione romanistica, un ben determinato strumento giusprocessualistico e ad essa, come si è visto, sono intitolati studi e ricerche, si registrano tre soli *loci* nei quali l'espressione compare: Gai. 6 *ad ed. prov.* D.9.4.15, L. 130; Ulp. 64 *ad ed.* D.38.1.29, L. 1443; Ulp. 57 *ad ed.* D.47.10.17.14, L. 1363. Non risulta mai, invece, l'impiego di *mutatio iudicis*.

<sup>8</sup> Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 294 ss., s.v. *iudicium*.

<sup>9</sup> Cfr. spec. WLASSAK 1888b, 29; 1891, 53 s.

<sup>10</sup> Su questo significato, come quello più risalente e tecnico, si concentra in particolare CARRELLI 1946, 47 ss., attribuendovi non poco rilievo nella costruzione della sua tesi.

*tis contestatio*, sentenza, processo *post litem contestatam*<sup>11</sup>.

Bonifacio osserva che *iudicium* non indica mai, quando è oggetto del verbo *transferre*, l'azione e, d'altro canto, in tale impiego non può significare né *litis contestatio* né sentenza<sup>12</sup>; e poiché «la dottrina è unanime nell'escludere che oggetto della *translatio* sia la formula», un semplice procedimento di eliminazione conduce alla conclusione che traslato sia il processo nel suo complesso<sup>13</sup>. Le osservazioni di Bonifacio sono condivisibili e non costituiscono anticipazione dei risultati dell'indagine il dire che nel corso della presente ricerca si assumerà il termine *iudicium* col significato ampio di processo. È noto, infatti, che l'uso del termine per indicare nell'insieme il procedimento che scaturiva dai *concepta verba*, e dunque tutta la fase successiva alla *litis contestatio*, è tra i più risalenti<sup>14</sup>. Significato che appare pienamente calzante nel quadro del discorso che si andrà svolgendo, il cui centro è appunto dato dalla 'traslazione' del procedimento *post litem contestatam*. Il punto sarà comunque verificato alla luce delle fonti, ma in via preliminare tale è l'assunto di partenza.

La *translatio iudicii*, dunque, sarà intesa con riferimento alla traslazione del processo da un soggetto ad un altro, che gli subentri e lo sostituisca nel contraddittorio con la controparte, secondo la definizione approssimativa posta in apertura del presente capitolo. Secondo tale linea, peraltro, a maggior ragione l'espressione *transferre iudicium*, proprio per il significato generale attribuito al sostantivo, appare adeguata a descrivere altresì il procedimento traslativo che coinvolge il giudice, in linea con quanto del pari si è convenzionalmente stabilito poc'anzi<sup>15</sup>.

c. Altra questione preliminare riguarda la nozione retorica di *translatio*.

<sup>11</sup> Li enumera BONIFACIO 1956, 22 s., con indicazione di fonti e bibliografia. Punti fermi gli scritti di WLASSAK 1888, *passim*, spec. 71 ss., 108 ss., 137 ss.; 1888b, 26 ss.; 1891, 10 ss., 54 ss.; 1921, 14 nt. 10, 282 ss.; 1924, 164 s.; cui *adde* lo studio accurato di KÜBLER 1895, 137 ss., e LENEL 1927c, 29 ss. Altri utili riferimenti: WENGER 1938, 19 nt. 6; PUGLIESE 1963b, 335 ss.; KASER-HACKL 1996, 152, 288; da ultimo ERXLEBEN 2017, 2 nt. 5.

<sup>12</sup> Per le fonti in cui compare l'espressione *transferre iudicium* cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 590 s.; VIR 5, 1096 s., s.v. *transfero*.

<sup>13</sup> «Così come esso risulta dal concorso degli atti magistratuali (*datio iudicii, iussus iudicandi*) e di parte (*litis contestatio*): BONIFACIO 1956, 23 s. Definizione simile in GUARINO 1988, 204: «Da un punto di vista logico, anche se non sempre sul piano della struttura formale, il *iudicium* formulare si componeva di quattro parti ben distinte: *iudicis datio, pars pro actore, pars pro reo, iussum iudicandi*».

<sup>14</sup> PUGLIESE 1963b, 337, il quale attribuisce all'accezione indicante «il significato tecnico di formula, come programma di giudizio» il valore di uno sviluppo successivo.

<sup>15</sup> Pur trattandosi di attestazioni limitate, va segnalata, come alternativa, l'espressione *translatio litis* (o *transferre litem*): cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 318 s.v. *lis*. Un sicuro esempio si ha in Ulp. 9 ed. D.3.3.27.1, L. 317, che come si vedrà (*infra*, 63 ss.) rientra appieno tra le fonti relative alla *translatio iudicii*; si può aggiungere il gruppo di frammenti formato da Ulp. 13 ed. D.4.7.4.1 e 3, L. 447, Ulp. 5 *opin.* D.4.7.11, L. 2346, sui quali *infra*, 63 nt. 143.

Preme solo dire che non verrà qui discussa, giacché sembra pacifico in dottrina che, al di là dell'omonimia, non vi siano connessioni rilevabili<sup>16</sup>. A questa dottrina, pertanto, ci si atterrà, tralasciando di discutere il problema nell'ambito della presente ricerca.

### 3. Translatio iudicii e mutatio iudicis *nella dottrina romanistica*

#### 3.1. *La manualistica dell'Ottocento nel segno di Keller*

Nell'ambito delle trattazioni manualistiche dell'Ottocento la *translatio iudicii* viene collocata tradizionalmente nel contesto dello studio delle c.d. forme di 'rappresentanza', *cognitor* e *procurator*, per ragioni sulle quali torneremo più avanti<sup>17</sup>.

Possiamo assumere come punto di partenza la *Römische Rechtsgeschichte* di Rudorff. L'opera di questo discepolo di Savigny ebbe notevole diffusione e le idee del suo autore esercitarono una vasta influenza sui contemporanei<sup>18</sup>. Rudorff muove dal presupposto che attraverso la *litis contestatio* il *iudicium* è costituito, il giudice nominato non più ricusabile («irrecusabel»), il rappresentante diviene *dominus litis*, la *formula* immutabile, il diritto di azione dissolto («aufgelöst») nel *iudicium* e sottomesso all'*officium iudicis*, la sede del processo fissata per l'intera durata<sup>19</sup>. Tuttavia, su questo *iudicium* 'costituito' il magistrato mantiene un influsso, che si estrinseca in vari modi e direzioni: assistere lo svolgimento, attraverso interventi finalizzati a *vetare*, *sustinere*, *differre*; favorire la decisione, attraverso i poteri di *iudicari iubere* o *pronuntiare cogere*; invitare una pluralità di magistrati a decidere nella medesima direzione; intervenire sui giudici dubbiosi e via dicendo. Anche il trasferimento del processo ad un al-

---

<sup>16</sup> Cfr. SPERL 1895, 21 ss.; KOSCHAKER 1905, 17 ss. (ove altra bibliografia); MEYER 1951, spec. 35; KOLITSCH 1959, 278 nt. 65; CALBOLI MONTEFUSCO 1975, 214; da ultimo ERXLEBEN 2017, 2 e nt. 10.

<sup>17</sup> Il termine 'rappresentanza' è impiegato per ragioni di comodità espressiva, senza voler prendere posizione in merito né ignorare la complessità della problematica da esso evocata in sede di applicazione retrospettiva al diritto romano. Cfr., per un quadro di riferimento generale: RÜMELIN 1886; KOSCHAKER 1905, 117 ss.; BETTI 1922, 343 ss., il quale preferisce, però, distinguere il concetto di rappresentanza da quello di «sostituzione processuale» (346); BONIFACIO 1956b, 537 ss.; PUGLIESE 1963, 318 s., che invece utilizza il termine 'sostituto' come sinonimo, secondo un impiego convenzionale che sarà seguito anche nella presente ricerca; ORESTANO 1967, 795 ss.; QUADRATO 1987, 417 ss.; GUARINO 1988, 371 ss. nt. 34.1 (ove altra bibliografia, ma anche un quadro sintetico sulle modalità di impostazione del problema nella storiografia romanistica); KASER-HACKL 1996, 209 ss.; in anni recenti, MICELI 2008, 3 ss.

<sup>18</sup> Il riferimento a questo autore è costante nella letteratura successiva in materia, mentre, a livello più generale, ne segnala peso e influenza RAGGI 1965, 27 e nt. 23.

<sup>19</sup> RUDORFF 1859, 246 s.

tro soggetto rimane pertanto possibile, pur dopo la fissazione del *iudicium*, se sussistono particolari motivi: «aus besonderen Gründen» è l'espressione con la quale Rudorff mostra di tradurre la locuzione *causa cognita* che, come vedremo, frequentemente viene associata all'atto traslativo<sup>20</sup>.

Il fulcro del ragionamento di Rudorff concerne il riflesso che la sostituzione di un soggetto processuale produce sul *iudicium*. Utilizzo l'espressione 'soggetto processuale' per tradurre il sostantivo 'Prozessperson' che appare impiegato dall'autore con il fine, non esplicito, ma evidente, di attribuire alla distinzione tra le ipotesi di modifica del giudice o delle parti non valore sostanziale e di genere, ma solo di natura specifica, legata a ragioni strettamente tecniche. Al punto che la trattazione di dettaglio si apre sulle ipotesi di sostituzione del giudice e prosegue con quelle di sostituzione di una parte, tutte designate col termine *translatio*. L'unico motivo di distinzione tra le due categorie riguarda la diversa incidenza della sostituzione. Ove riguardi il giudice, l'intervento avrebbe inciso sulla *datio iudicis* (o *recuperatorum*); mentre la sostituzione di una parte avrebbe riguardato la *condemnatio*, in cui avrebbe dovuto essere inserito il nome del sostituto. In entrambi i casi, le altre parti della *formula* sarebbero rimaste intatte e immutate<sup>21</sup>.

Peraltro, pur registrando una molteplicità di ambiti giuridici nei quali la *translatio iudicii* operava, la trattazione procede unitariamente, limitandosi a considerare i singoli contesti per quel che può interessare aspetti di dettaglio, ma senza incidenza sulla sostanza del meccanismo 'traslativo', che è assunto, appunto, come unico. Il punto è rilevante perché vedremo che, in seguito, si andrà affermando in dottrina una diversa organizzazione della materia, focalizzata principalmente intorno ai tre ambiti tematici della *translatio cognitoria* o *procuratoria, hereditaria, a filio in patrem*, cui normalmente seguono, variamente agglomerate, ipotesi residuali e meno documentate. Non sempre tuttavia è chiaro se e quanto tale frammentazione sia utile alla migliore comprensione della problematica. È un punto sul quale ci soffermeremo.

Rudorff conclude con una precisazione: le modifiche che investono il *iudicium* avrebbero riguardato solo il lato soggettivo, nelle varie componenti, non quello oggettivo. La modifica del fondamento della domanda e, conseguentemente, dell'*intentio* sarebbe stata possibile solo mediante *restitutio in integrum*. Egli definisce così, di riflesso ma in maniera molto chiara, la sua posizione rispetto al peso della *litis contestatio* sulle vicende procedurali, nonché sui margini d'azione che il pretore mantiene su determinati versanti.

Keller propone una soluzione procedurale sostanzialmente identica<sup>22</sup>. La *translatio iudicii* riguarderebbe ogni caso di sostituzione di un soggetto

<sup>20</sup> RUDORFF 1859, 247.

<sup>21</sup> RUDORFF 1859, 248 s.

<sup>22</sup> KELLER 1883, 350 ss. L'edizione da cui cito è la sesta, mentre la prima (che non ho avuto modo di consultare) apparve nel 1852. È opportuno segnalare che, a partire dalla seconda edizione, l'opera venne rielaborata da A. Wach.

nella *formula* – giudice, parte o rappresentante –, mentre resterebbe immutata nel profilo oggettivo. Egli avanza però una distinzione tra ipotesi.

Più frequente è, secondo l'autore, la *translatio* nel campo della rappresentanza, la quale si sarebbe risolta in un intervento sulla *condemnatio*, decisa liberamente, salvo il caso del rappresentante nominato *in rem suam* e comunque sempre previa *causae cognitio* del magistrato. In tale caso, l'intervento sulla *formula* dovrebbe essere accompagnato da un'annotazione dove si dà notizia della rappresentanza<sup>23</sup>. L'ipotesi di una *translatio* dal *filius* al *pater*, sollecita in Keller un'analogia con le *actiones adiecticiae qualitatis*, ma viene segnalata in particolare per il riflesso che talvolta («mitunter») avrebbe sul profilo oggettivo della *formula*, poiché se per esempio un *filius* è tenuto *in solidum*, il *pater* gli subentra nei soli limiti del peculio<sup>24</sup>. Si tratterebbe però di un'eccezione rispetto alla regola, che lo stesso Keller ribadisce in chiusura di paragrafo, poiché di per sé la modifica dell'oggetto della *formula* non richiede *translatio*, ma *restitutio in integrum*<sup>25</sup>. La separata considerazione della *translatio iudicii* in ambito successorio, infine, non sembra rispondere all'individuazione di specifiche peculiarità, salvo la necessità di riassumere la causa da parte dell'erede, nonché la riflessione sulle concrete modalità di redazione della *formula*. Rispetto alla quale però rimane ferma la più assoluta incertezza, a parte l'adattamento dei nomi nella *condemnatio*<sup>26</sup>. Chiude la rassegna un breve cenno al trasferimento del giudizio, nell'ambito di un'azione nossale, che potrebbe creare una situazione ambigua tra la rappresentanza e la difesa del proprio diritto<sup>27</sup>.

Nella riflessione di Bethmann-Hollweg la linea è saldamente quella di Rudorff e Keller<sup>28</sup>. Il percorso descrittivo segue la partizione per ambiti già impiegata da quest'ultimo, anche se non vi si associano profili differenziali: essa appare più come una modalità descrittiva, allineata a un ordine tematico, che non dettata da ragioni di sostanza. Alla diversità di contesto non vengono associate modalità operative diverse della *translatio iudicii*, della quale anzi, in conclusione, si dice che in ogni caso essa comporta la modifi-

---

<sup>23</sup> Nella sesta edizione, viene inserita a questo punto una nuova nota (KELLER 1883, 315 nt. 812a), relativa al lavoro di EISELE 1881b. Si dà conto della proposta di una  *fictio* negativa (v. *infra*, 14), chiedendosene tuttavia la ragione, dal momento in cui si tratta soltanto di reindirizzare il *condemnari oportere* nel contesto di una *formula* la cui *intentio* rimane comunque vera.

<sup>24</sup> KELLER 1883, 351, che cita Ulp. 41 *Sab.* D.5.1.57, L. 2873: ... *sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est.* Sul passo, *infra*, 78 ss.

<sup>25</sup> KELLER 1883, 353.

<sup>26</sup> KELLER 1883, 352: «Wie dies redactionsmässig bewirkt wurde, ist nicht vollständig zu übersehen».

<sup>27</sup> KELLER 1883, 353.

<sup>28</sup> Espressamente citati: BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 452 nt. 189.

cazione della *formula* nella sola *condemnatio*<sup>29</sup>. Tuttavia, il lavoro di Bethmann-Hollweg si segnala per essere il primo nel quale la *mutatio iudicis* è trattata separatamente dalla *translatio iudicii*<sup>30</sup>. Anche su questo, il debito verso i predecessori è dichiarato, quando afferma che la nomina del giudice è parte della *formula*<sup>31</sup>. Il che non impedisce tuttavia che, accidentalmente («zufällig») e in presenza di fondati motivi, si renda necessario cambiare giudice e trasferire al nuovo nominato la *formula*: *mutatio* e *translatio* appaiono operazioni distinte, ancorché la prima in posizione subordinata alla seconda, quasi in rapporto genere/specie. Il *iudicium* rimane comunque intatto e il nuovo giudice è vincolato alla medesima *formula*<sup>32</sup>.

Il quadro è abbastanza chiaro e soffermarsi su altre singole posizioni – quali ad esempio quelle di Buonamici<sup>33</sup>, Bertolini<sup>34</sup>, Cuq<sup>35</sup> – non aggiungerebbe elementi decisivi all'esposizione, dalla quale emergono con sufficiente chiarezza alcuni punti: innanzitutto che qualunque modifica passa attraverso il solo intervento del magistrato, senza coinvolgimento delle parti<sup>36</sup>; in secondo luogo, il fulcro delle riflessioni appare sempre l'individuazione di una soluzione che renda compatibile un mutamento soggettivo (parte o giudice) all'interno del processo, col principio dell'immodificabilità della *formula* una volta intervenuta la *litis contestatio*<sup>37</sup>.

Il problema, per questi autori, non è il concreto funzionamento del *transferre iudicium*, quanto l'individuazione di una soluzione logicamente corretta e compatibile con l'intangibilità della *formula*. La soluzione indi-

<sup>29</sup> BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 454.

<sup>30</sup> Lo segnala KOSCHAKER 1905, 306. BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 451 ss., 462 tratta la prima nel paragrafo sulle parti e i loro rappresentanti (§ 100), mentre la seconda in quello sul *iudex* (§ 101).

<sup>31</sup> BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 454 nt. 1, con rinvio a Rudorff e Keller.

<sup>32</sup> BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 462. Il concetto era già espresso, lapidariamente, a p. 109 nt. 80: «*iudex mutatur*, nicht das *iudicium*». Così intende l'annotazione anche KOSCHAKER 1905, 306.

<sup>33</sup> BUONAMICI 1886, 278-280, ripropone sinteticamente il meccanismo sostanziale già visto.

<sup>34</sup> BERTOLINI 1914, 193-200, utile tuttavia perché riporta le fonti principali in argomento, corredate di alcune note esegetiche.

<sup>35</sup> CUQ 1928, 878 s., ipotizza, quanto al giudice, la semplice sostituzione del nome del nuovo nella *formula*; mentre, per la morte del convenuto, un'altrettanto semplice sostituzione col nome dell'erede nella *condemnatio*. Una eventuale modifica della questione sottoposta a giudizio sarebbe possibile anche a mezzo di *restitutio in integrum*, ma, se ben comprendo, solo in caso di errore.

<sup>36</sup> BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 455, segnala un ruolo delle parti nella scelta del giudice, ma si tratta di una regola generale, non peculiare della *mutatio iudicis*. Va peraltro ricordato, con BONIFACIO 1956, 2, che tale impostazione era diffusa e largamente influenzata dalla ricostruzione kelleriana sia su funzione e compiti del magistrato, sia sulla natura della *litis contestatio*: cfr. KELLER 1827, spec. 1-69 sulla *litis contestatio* come momento conclusivo della fase *in iure*; ma anche 139 ss. a proposito della discussione relativa alla sostituzione del giudice.

<sup>37</sup> Cfr. RUDORFF 1859, 247 e nt. 2.

viduata, a livello di teoria del diritto, passa attraverso la scissione tra profili soggettivi e profilo oggettivo della *formula*: per la rettifica dei primi si ammette un intervento minimo (perlopiù sulla sola *condemnatio* o sulla *datio iudicis*) attraverso l'impiego dello strumento 'traslativo'; la modifica dei secondi resta possibile solo mediante *restitutio in integrum*<sup>38</sup>.

È chiaro, ma è bene ribadirlo, che questi autori offrono riflessioni pesantemente condizionate dalla ricostruzione del processo formulare proposta da Keller, nella quale in estrema sintesi, artefice e *dominus* del *iudicium* era il magistrato giusdicente, il pretore. Questi ascoltava le parti, valutandone liberamente le affermazioni, e quindi decideva in assoluta autonomia, predisponendo il *iudicium*, inteso quale provvedimento contenente la *formula*<sup>39</sup>. Non stupisce, pertanto, che essi considerino la *translatio iudicii* nei termini di una semplice operazione di intervento del pretore su una parte di quella «Instruktion» che egli impartisce al giudice e del quale è, egli solo, autore.

### 3.2. La riflessione di Eisele e la posizione di Wlassak

Una significativa modifica all'impostazione tradizionale si ha verso la fine dell'Ottocento, quando appare l'articolo di Eisele citato in apertura, dedicato a uno scolio di Taleleo ai *Basilici* relativo a C.2.12.20, che riporta un frammento di una costituzione di Diocleziano e Massimiano dell'anno 294<sup>40</sup>. Il tema è quello della dazione del *procurator* in rapporto alla conclusione o meno della *litis contestatio*. Lo scoliaste precisa, in chiusura del passo, che quanto disposto dalla costituzione imperiale e ripreso nella versione greca non corrisponde a quanto accadeva un tempo, quando la nomina del *procurator post litis contestationem* avrebbe comportato l'impiego di 'altre parole'<sup>41</sup> (ἐτέροις ῥήμασιν, *aliis verbis*). L'espressione alluderebbe, secondo Eisele, alla concessione di una nuova *formula* al procuratore subentrante: «der Procurator (...) eine andere Formel bekam»<sup>42</sup>. Il *procurator*, in altre

<sup>38</sup> Sintetizza così anche DUQUESNE 1910, 34.

<sup>39</sup> L'influenza di Keller è ricordata da CARRELLI 1946, 9. Sulla teoria di Keller, riferimenti *supra*, 1 e nt. 3. Una sintesi efficace delle principali posizioni si trova in GUARINO 1990, 299 ss.

<sup>40</sup> C.2.12.20 (Diocletianus et Maximianus, a. 294): *Nihil arbitramur interesse, utrum ab initio an coepta iam lite negotium ad personam procuratoris transitum fecerit*; BAS. 8.2.94 = C.2.12.20 (SCHEL. A. I, 432 = HEIM. I, 413): Μηδὲν διαφερέτω τοῦ πρὸ τῆς προκάταρξως ἐντολέως ὁ μετὰ προκάταρξιν δοθείς.

<sup>41</sup> *Sch.* Ἑρμηνεία (2) ad Bas. 8.2.94 (SCHEL. B. I, 159 = HEIM. I, 413): (...) Τὸ γὰρ παλαιὸν ἐτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον, ὅτε τις μετὰ προκάταρξιν δέδωκε προκουράτωρα. Trad. HEIMBACH, I, 413: «Olim enim aliis verbis exercebatur, si quis post litis contestationem procuratorem dedisset». Sul passo torneremo *infra*, 59 s.

<sup>42</sup> EISELE 1881, 139. Il rilievo è condiviso da KOSCHAKER 1905, 115, il quale ne esplicita in qualche modo il ragionamento, affermando che lo scoliaste non può riferirsi alla sola

parole, avrebbe ricevuto una *formula* diversa da quella che gli sarebbe stata data se fosse stato nominato 'prima' della *litis contestatio*. Lo studioso muove dal principio gaiano (Gai. 3.180) della consumazione dell'obbligazione dopo la *litis contestatio*. Il ragionamento è il seguente.

La consumazione dell'azione cagionata dalla *litis contestatio* avrebbe svuotato l'istanza del *procurator*-attore, poggiante su una *intentio* che il giudice non avrebbe più potuto considerare come vera, così come, per converso, la posizione del *procurator*-convenuto, la cui condanna sarebbe stata destituita di fondamento<sup>43</sup>. Tali ipotesi, legate a casi di consumazione *ipso iure*, avrebbero imposto invece una *restitutio in integrum*, attuata attraverso la finzione che la *litis contestatio* non fosse mai avvenuta. D'altra parte, nelle ipotesi di consumazione dell'obbligazione *ope exceptionis*, sarebbe stato necessario e sufficiente *denegare* la concessione della *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Il tema della *translatio iudicii*, pertanto, viene risolto per via logica, tenendo fermo il principio della immutabilità della *formula post litem contestatam*<sup>44</sup>.

La soluzione è innovativa rispetto a quelle sino ad allora proposte, nelle quali si sosteneva che il pretore 'aggiustasse' la *formula* già *contestata* sostituendo il nome di colui che usciva di scena (giudice o parte, poco importava) con quello del subentrante. La *restitutio in integrum* implicava un più rilevante coinvolgimento delle parti e un nuovo processo o comunque un radicale rinnovamento di quello già in corso. Non si trattava più, come già in precedenza, di ricorrere a questo strumento eccezionale in situazioni di mero errore o necessità di modificare la pretesa originaria a livello oggettivo, ma di estenderne l'utilizzo anche nell'ipotesi di modificazioni dal lato soggettivo.

La tesi di Eisele è decisamente coraggiosa, se si considera il fragile appiglio testuale sul quale poggia<sup>45</sup>. In ogni caso, presentava un aspetto di indubbia novità rispetto alle letture proposte fino a quel momento. Presupponeva una procedura articolata, che coinvolgesse attivamente le parti, e finiva col fornire, su un aspetto di dettaglio, una conferma alla tesi che di lì a qualche anno sarebbe stata avanzata da Wlassak in merito alla natura della *litis contestatio*: atto contrattuale, partecipato attivamente dalle parti accanto al magistrato<sup>46</sup>.

---

modifica della *condemnatio*, ma deve alludere «auf die fiktizische Fassung der Translationsformel» e conseguentemente alla necessità di una *restitutio in integrum*.

<sup>43</sup> EISELE 1881b, 139.

<sup>44</sup> EISELE 1881b, 138-140.

<sup>45</sup> Essa ruota, in buona sostanza, intorno al ripristino della situazione originaria, pre-processuale. Non è chiaro – come rileva DUQUESNE 1910, 36 nt. 1 – in quale modo questo studioso conciliasse tale posizione con l'altra, in cui definiva la *translatio iudicii* quale successione endoprocessuale (EISELE 1881, 106 s.). Una critica articolata, punto per punto, si trova in SPERL 1895, 44 ss.

<sup>46</sup> WLASSAK 1888, 107 ss. Nata, come noto, in reazione alla teoria di KELLER 1827, anche

Tuttavia, la posizione di Wlassak sulla *translatio iudicii* non coincideva con la ricostruzione di Eisele né la recepiva appieno<sup>47</sup>. I due studiosi si incontrano, per così dire, nell'idea di fondo che si tratti non di un atto decretale del magistrato (benché, in Eisele, ciò sia più un necessario presupposto logico della tesi sostenuta, che non un'affermazione espressa). Ma la somiglianza si ferma lì. Wlassak affronta tangenzialmente il tema della *translatio iudicii* in alcune pagine del lavoro sulla storia del *cognitor* e la definisce come una 'ripetizione' della *litis contestatio* con una *formula* modificata<sup>48</sup>.

Egli, inoltre, contesta espressamente l'idea che il pretore potesse provvedere autonomamente<sup>49</sup>, dichiarandone l'insostenibilità, alla stregua di quella che definì 'assurdità' di Keller («das Kellersche Unding») a proposito di una *litis contestatio* eseguita dal magistrato<sup>50</sup>. Wlassak non può tuttavia trascurare la contraddizione in cui la teoria incorre, relativamente alla sopravvivenza del processo, che viene appunto traslato, ma non rinnovato, suscitando il dubbio in merito a se e come i romani arrivassero ad

---

la teoria contrattualistica di Wlassak è stata oggetto di critica. Una sintesi accurata delle due posizioni si può leggere in CARRELLI 1946, 3 ss., al quale si deve un rinvigorirsi della critica intorno alla metà del secolo scorso (spec. 80 ss., 155 ss.). Fu seguito da BONIFACIO 1953, 63 ss., il quale ha tentato di spostare l'assetto della *litis contestatio* verso una logica più blandamente 'convenzionale'. Una critica a Bonifacio si legge in PUGLIESE 1953, 377 (ma 363 ss. per una sintesi della discussione dottrinarica), il quale, a sua volta, propone la definizione di «negozio giuridico processuale» (381). Per una sintesi estremamente nitida delle diverse posizioni, cfr. GUARINO 1990, 297 ss.

<sup>47</sup>Non ritengo, pertanto, di poter condividere la lettura di BONIFACIO 1956, 3, quando scrive che Wlassak «aderì pienamente all'ipotesi» di Eisele, che peraltro non viene nemmeno citato.

<sup>48</sup>WLASSAK 1892, 40 s.: «... der *translatio*, die ihrem Wesen nach nicht Anderes war als eine Wiederholung der *Litiscontestatio*, nur dass hiebei nicht die alte, sondern die geänderte Formel als Processmittel diente». Va rilevata la precisione terminologica di Wlassak: quando sceglie il termine *Wiederholung*, esclude volutamente l'impiego dell'aggettivo 'neue'. Lo puntualizza a distanza di alcuni anni, contro una semplificazione di Koschaker, il quale lo aveva accostato a Eisele nel definire la *translatio* «eine neue *Litiskontestation*» (KOSCHAKER 1905, 11, dove, a nt. 1, informa che effettivamente Wlassak parlava di «wiederholten Streitbefestigung», ma aggiungendo subito che «allein der Sache nach kommt dies auf eine neue *Litiskontestation* hinaus»). WLASSAK 1921, 61 nt. 4, sottolinea come egli avesse appunto parlato di *formula* 'modificata', non 'nuova', focalizzando la differenza tra *contestatio* e *translatio* nel fatto che la prima fonda un nuovo rapporto processuale («die *Kontestatio* ein Prozessverhältnis neu begründet»), mentre la seconda ne modifica uno già esistente, senza annullarlo («die *Translatio* ein schon bestehendes verändern, ohne es aufzuheben»). Con l'occasione, aggiunge, completando il suo pensiero precedente, la supposizione che una *praescriptio* potesse essere apposta alla *formula*, semplicemente per indicare l'intenzione di 'trasferire'.

<sup>49</sup>Una prova è individuata in Ulp. 9 ed. D.3.3.27 pr., L. 315, in cui *transferre* appare come parte dell'attività delle parti e il *permittere transferri* quale componente della *causae cognitio* magistratuale.

<sup>50</sup>WLASSAK 1892, 41.

accettare l'unità del vecchio e del nuovo rapporto processuale<sup>51</sup>. Lo studioso non scioglie il quesito, limitandosi a segnalarlo in nota, ma è evidente che egli stesso avvertiva come la soluzione proposta – che doveva apparirgli in certo qual modo necessitata, sulla base dei dati a disposizione – non si integrasse in un quadro coerente e privo di asperità con il principio cardine dell'intangibilità della *formula post litem contestatam*.

Rispetto alla *mutatio iudicis*, l'interesse di Wlassak è più sfumato. Da segnalare la ricostruzione delle linee generali affrontata incidentalmente nel lavoro sullo *iussum iudicandi* («Judikationsbefehl»), dove si assume come dato della giurisprudenza romana la riconduzione del *iudicem mutare* nel più ampio concetto di *iudicium transferre*<sup>52</sup>.

### 3.3. Translatio iudicii e mutatio iudicis *alla luce della tesi di Wlassak*

Nel solco della riflessione di Eisele e sulla scorta del dubbio posto da Wlassak si mosse Koschaker, nel contesto di un'ampia e articolata trattazione sul tema. Il dato principale della sua riflessione è la perdita di unità della *translatio iudicii*, anche, ma non esclusivamente, in correlazione all'ambito tematico di riferimento. La trattazione distingue infatti tra casi di rappresentanza (*cognitor* e *procurator*), situazioni particolari e *translatio* ereditaria<sup>53</sup>. Ma le differenze di struttura dello strumento traslativo non seguono tale partizione<sup>54</sup>, bensì la percorrono trasversalmente.

Il ragionamento di Koschaker ruota intorno all'idea di *novum iudicium*: la domanda principale è «ob das *translatum iudicium* neuer Prozess sei oder nicht»<sup>55</sup>. Ogniquale volta la risposta fosse positiva si avrebbe una nuova *litis contestatio* e conseguentemente la necessità di una *restitutio in integrum*, che poteva forse essere accompagnata da un accordo *sui generis* («Translationsvertrag») tra vecchia e nuova parte, avente ad oggetto l'identità della lite<sup>56</sup>. Tuttavia, il procedimento operativo in caso di *procurator*, nel funzionamento pratico appariva non poco complicato allo stesso Koschaker<sup>57</sup>. Una differenza radicale, peraltro, separava la *translatio pro-*

<sup>51</sup> WLASSAK 1892, 41 nt. 11: «Besonders wichtig ist die Frage, ob und wie die Römer zur Annahme der Einheit des alten und neuen Processverhältnisses gelangten».

<sup>52</sup> WLASSAK 1921, 234 ss., che segue la medesima dinamica e suggerisce l'anteposizione di una *praescriptio* (237). L'opinione è ribadita in chiusura (240).

<sup>53</sup> KOSCHAKER 1905, 40 ss., 171 ss., 239 ss. In coda, in un capitolo autonomo, è trattata la *mutatio iudicis* (306 ss.).

<sup>54</sup> KOSCHAKER 1905, 13 s., chiarisce che la scelta di muovere dai casi di rappresentanza è legata allo stato delle fonti, particolarmente abbondanti in quest'ambito.

<sup>55</sup> KOSCHAKER 1905, 53.

<sup>56</sup> KOSCHAKER 1905, 53 ss. (spec. 57 per l'introduzione del termine *Translationsvertrag*, come indicativo di un «Vertrag sui generis»). Critico DUQUESNE 1910, 120 s.

<sup>57</sup> «Schwerfällig» e «unpraktikabel», lo definisce KOSCHAKER 1905, 72 s.

*curatoria* dalla *translatio cognitoria*, ove l'unità del rapporto processuale non viene intaccata e la questione viene risolta proprio attraverso un «Translationsvertrag», assistito dal pretore<sup>58</sup>. Un meccanismo simile sarebbe stato operante anche in ambito ereditario, pur registrandosi sfumature diverse in alcune ipotesi subordinate<sup>59</sup>.

Sul versante della *mutatio iudicis*, Koschaker muove dalla scelta di Bethmann-Hollweg di assegnarle uno spazio autonomo, pur registrando il fatto che questo studioso non approfondisce la questione, ma si limita a porre il problema dell'influenza della *mutatio iudicis* sull'obbligazione processuale. Koschaker parte da questa domanda, per approdare a una soluzione assolutamente negativa: non vi è interferenza sulla «Prozessobligation», che riguarda le parti, non il giudice<sup>60</sup>. Vi sarebbe poi una seconda questione: se il nuovo giudice giudichi in base al vecchio o a un nuovo rapporto processuale. Anche da tale punto di vista, l'opinione dello studioso è nel senso della permanenza e continuità della «Prozessobligation»<sup>61</sup>.

L'architettura immaginata da Koschaker recupera pertanto la prospettiva 'convenzionale' già di Eisele e di Wlassak, ma ne supera le aporie e le imperfezioni attraverso una maggiore articolazione che scinde, tuttavia, l'unità dello strumento giuridico, adattandolo ai molteplici punti fermi della teoria del processo civile romano<sup>62</sup>.

Il recupero dell'unità della *translatio iudicii* era tentato dopo pochi anni da Duquesne, il quale programmaticamente muove anch'egli dal dubbio sollevato da Wlassak «si les Romains (...) n'avaient pas trouvé un moyen d'assurer l'unité de l'ancien et du nouveau procès»<sup>63</sup>. Attraverso una critica

---

<sup>58</sup> KOSCHAKER 1905, 72 ss., 85 ss. Particolarmente esplicito a p. 77 nt. 1: «Dass die kognitorische Translation kein *novum iudicium* bewirke, kann auch daraus erschlossen werden, dass es sonst der Kläger, dessen Prozess der Verjährung nahe war, in der Hand gehabt hätte, durch *translatio iudicii* auf einen Kognitor die Verjährungsfrist zu verlängern».

<sup>59</sup> KOSCHAKER 1905, 239 ss., 254 s., 292 s., dove discute Ulp. 77 ed. D.46.1.33, L. 1706, risolvendolo come ipotesi di 'convenzione' *sui generis*; cfr. DUQUESNE 1910, 192 nt. 3; sul frammento, *infra*, 100 ss.

<sup>60</sup> KOSCHAKER 1905, 306 ss., 311.

<sup>61</sup> KOSCHAKER 1905, 314, dove cita Paul. 14 Sab. D.5.1.60, L. 1865 e Alf. 6 dig. D.5.1.76, L. 23. L'unità della *Prozessobligation* nonostante il mutare del giudice sarebbe dimostrata (315 nt. 2) anche da Ulp. 1 off. cons. D.5.1.32, L. 2048, dove si afferma che il termine per la decisione posto al primo giudice vale anche per il sostituto, purché tuttavia non si ecceda il *tempus legitimum*, espressione che indicherebbe il termine prescrizione di diciotto mesi fissato dalla *lex Iulia*: se fosse intervenuta una nuova *litis contestatio* la prescrizione avrebbe cominciato a decorrere da capo (cfr. KELLER 1827, 140 s.). Sui frammenti citati torneremo nei prossimi capitoli.

<sup>62</sup> La tesi di Koschaker viene fermamente criticata da KRÜGER 1906, 541 ss., il quale, in sintesi, sostiene che qualunque mutamento della parte conduce a una *alia res* e dunque a un *novum iudicium*. Sul fronte della *restitutio in integrum*, invece, la censura è di SECKEL 1907, 365 nt. 2.

<sup>63</sup> DUQUESNE 1910, 55.

serrata all'indagine di Koschaker<sup>64</sup>, Duquesne approda alla soluzione di una *litis contestatio repetita die* che, recuperando l'unità dello strumento traslativo, persegue al contempo «le double résultat que nous cherchons: rescision de l'effect extintif de la précédente *litis contestatio*, puisqu'à la date donnée au nouveau contract judiciaire la *res* n'avait pas encore été *in iudicium deducta*, et maintien des effets positifs de la première *litis contestatio*»<sup>65</sup>. Egli in tal modo ricomponne la bipartizione di Koschaker tra casi implicanti un *novum iudicium* – e dunque una *restitutio in integrum* e una nuova *litis contestatio* – e casi gestiti autonomamente e direttamente dal pretore, nei quali il *iudicium* non era innovato. Sul piano pratico, essa si risolverebbe in una nuova *litis contestatio* che riporti la data della precedente, così da conservare tutti gli effetti positivi del precedente processo<sup>66</sup>. Mentre a livello teorico sarebbe inquadrabile come rescissione relativa, che consente le modifiche, salvando la sostanza del precedente processo<sup>67</sup>. Lo schema – pur con alcuni distinguo<sup>68</sup> – viene applicato anche alla *mutatio iudicis*, che egli considera una ipotesi di *translatio iudicii*, non figura distinta<sup>69</sup>.

In questa rassegna, meritano di essere segnalati, pur se, per ragioni diverse, non costituiscono trattazioni dedicate al tema e ad ampio respiro, i contributi offerti negli Anni '30 da Mazeaud e Scialoja.

Il primo, in un lavoro dedicato a *La nomination du juge unus sous la procédure formulaire a Rome*, quando affronta il tema della *mutatio iudicis*, svolge una critica serrata a Wlassak, sia di sostanza che di forma. Pur accettando, in generale, la tesi contrattualistica della *litis contestatio*, esclude recisamente che, per sostituire il giudice, le parti venissero coinvolte. E lo fa criticando con forza il rimedio formulare escogitato da Wlassak, l'apposizione di una *praescriptio*<sup>70</sup>. Il suo punto di arrivo è la tesi che la *formula* non contenesse la *iudicis nominatio* e per questo le parti non avessero nessun ruolo nella sostituzione del giudice<sup>71</sup>.

Solo poche pagine dedica Scialoja, invece, al tema della *translatio iudicii* nella sua *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*, risolvendo

<sup>64</sup> Sia sul versante dei rapporti tra *translatio iudicii* e *cautio iudicatum solvi*, sia dei rapporti tra *restitutio in integrum* e *litis contestatio* (cfr. DUQUESNE 1910, 59 ss., 83 ss.).

<sup>65</sup> DUQUESNE 1910, 99. La tesi di Duquesne è accolta da BETTI 1939, 625 s.

<sup>66</sup> DUQUESNE 1910, 116. La soluzione della 'antedatazione' (*repetitio diei*) della quale gli trovava sia attestazioni in materia di *litis contestatio* (100 ss.), sia con riferimento ad altre figure giuridiche (*interdetti* e *cautio damni infecti*: 104 ss.).

<sup>67</sup> DUQUESNE 1910, 122 s. Altrove la definisce «rescision de pure forme» (236).

<sup>68</sup> Come quello tra *datio iudicis* anteriore o posteriore alla *litis contestatio*, nel contesto di una riflessione che l'autore stesso definisce di pura congettura: DUQUESNE 1910, 226 ss., 233, 237.

<sup>69</sup> DUQUESNE 1910, 223.

<sup>70</sup> MAZEAUD 1933, 172 ss., la cui critica si estende anche a KOSCHAKER (186 s.).

<sup>71</sup> MAZEAUD 1933, 187, ma v. già 133 ss.

entro una visione estremamente pragmatica tutta la problematica<sup>72</sup>. Innanzitutto considerando unitariamente la sostituzione delle parti e del giudice all'interno della dinamica della *translatio iudicii*. In secondo luogo, superando le difficoltà procedurali in una logica pratica e informale, in cui la questione è quella di una «semplice modificazione di persone», oltre la quale il rimedio sarebbe stato quello della *restitutio in integrum*<sup>73</sup>.

La seconda metà del secolo scorso è segnata dalla ricostruzione di Bonifacio, fortemente critica nei confronti dei principali studi precedenti<sup>74</sup>. La *translatio iudicii* è «atto processuale tipico», mediante il quale l'attore – l'unico titolato, secondo la ricostruzione, a chiedere il trasferimento del processo – sostituisce nel *iudicium* un soggetto a un altro per ragioni di varia natura (essenzialmente, ma non esclusivamente: ereditarie, cognitive o di rapporto tra padre e figlio), garantendo tuttavia «la sostanziale unità obiettiva del processo»<sup>75</sup>.

Bonifacio parte dalla nozione di *iudicium* come processo, scomponendolo nelle tre componenti: *litis contestatio*, *datio iudicii* e *iussum iudicandi*<sup>76</sup>. Rapidamente discusse le ultime due, concentra l'attenzione sugli effetti della *litis contestatio*, essenzialmente una 'doverosità' non contrattuale, ma semmai convenzionale e comunque non produttiva di una nuova e autonoma obbligazione<sup>77</sup>. Il *condemnari oportere*, che – in linea con quanto affermato in Gai. 3.180 – sgorga dalla *litis contestatio*, non individua una nuova obbligazione – con estinzione della precedente – ma trasporta l'*obligatio* di partenza all'interno del processo, dove essa si cristallizza e viene conservata, perpetuandosi<sup>78</sup>. Il *condemnari oportere* viene in tal modo individuato come «anello di congiunzione durante la pendenza del processo fra la pretesa sostanziale dedotta nel giudizio e l'*obligatio iudicati*», mentre la legittimazione all'*actio iudicati* è assunta quale presupposto per la legittimazione alla *translatio iudicii*<sup>79</sup>. Il discorso viene così spostato

---

<sup>72</sup> SCIALOJA 1936, 183 ss.

<sup>73</sup> SCIALOJA 1936, 184, ma anche 248 ss., sulla *restitutio in integrum*, la cui descrizione segue la medesima ottica di temperamento tra estremo rigore del diritto romano e straordinaria capacità di porre rimedio alle iniquità conseguenti a una troppo rigida applicazione di quello.

<sup>74</sup> BONIFACIO 1956, 7, dove il tentativo di Koschaker viene giudicato «sostanzialmente fallito», mentre l'ipotesi di Duquesne «priva di dati testuali, insufficiente e dommaticamente inaccettabile».

<sup>75</sup> BONIFACIO 1956, 48.

<sup>76</sup> BONIFACIO 1956, 24.

<sup>77</sup> BONIFACIO 1956, 28 s. La prospettiva è sviluppata in studi precedenti: BONIFACIO 1952, 34 ss.; 1953, 63 ss.

<sup>78</sup> BONIFACIO 1956, 27-41.

<sup>79</sup> BONIFACIO 1956, 41.

tutto sul versante processuale<sup>80</sup>, per addivenire alla conclusione che la continuità del processo, nel trasferimento a un nuovo soggetto, opera a livello sostanziale, mentre proceduralmente è necessario un *novum iudicium* che dia ingresso formale al successore o sostituto del soggetto deceduto o trasferente<sup>81</sup>.

Nella visione di Bonifacio la *translatio iudicii* presenta una struttura contigua, almeno sul piano logico, alla *novatio*<sup>82</sup>. Il che implica, in definitiva, che – pur con tutte le cautele argomentative addotte dallo studioso per conciliare l'anomalia della *translatio iudicii* con la rigorosa ricostruzione dell'assetto della *litis contestatio* e del carattere tetragono della *formula* una volta superata quella fase processuale – egli consideri di fatto la *translatio iudicii* un momento di rottura tra un prima e un dopo, che i distinguo logici o terminologici non riescono a celare: non il fatto di escludere che si tratti di una *restitutio in integrum* (quando poi si afferma che il vecchio vincolo è sostituito da uno nuovo)<sup>83</sup>, né il fatto di precisare che ciò che trasla è il *iudicium* come consolidato dal *condemnari oportere* e non il rapporto originario dedotto in giudizio. Tutto ciò risponde alle esigenze di una impostazione dogmatica<sup>84</sup> del problema – la cui soluzione è perseguita attraverso un percorso di derivazione logica, a partire da una determinata concezione del processo, e seguita da una spiegazione dei tipi di *translationes* individuati alla luce dei criteri logici fissati<sup>85</sup> –, ma non appare in grado di offrire una spiegazione pienamente congruente col dato delle testimonianze antiche. In altre parole, il tema è quello di un'ope-

---

<sup>80</sup> BONIFACIO 1956, 48: «La *translatio iudicii* è, dunque, atto processuale tipico, che ha in comune con la *litis contestatio* il carattere convenzionale, ma che da essa profondamente si differenzia in quanto si inserisce in un processo già in vita, e di questo rappresenta una vicenda».

<sup>81</sup> La tesi è ribadita nelle conclusioni di ciascuno dei capitoli dedicati alle ipotesi principali di *translatio iudicii* (*hereditaria*, *cognitoria*, *a filio in patrem*): cfr. BONIFACIO 1956, 48 («La *translatio* non realizza una sostituzione nel processo [...], ma la sostituzione di un soggetto ad un altro nel '*iudicium*', garantendo la sostanziale unità oggettiva del processo, attraverso la deduzione del nuovo rapporto '*parti-iudex*' della stessa pretesa litigiosa»), 95 («La *translatio cognitoria* implica nel suo caso tipico la revoca del *cognitor* da parte del *dominus*: consentita previa *causae cognitio* dei motivi della revoca [...], essa comporta l'estinzione del '*iudicium*' intercorrente fra *cognitor*, controparte e *iudex* e la creazione di un '*iudicium*' di uguale contenuto fra *dominus*, controparte e *iudex*. L'identità del *iudicium transferendum* e del *iudicium translatum* trova in questa costruzione la più soddisfacente spiegazione»), 119.

<sup>82</sup> BONIFACIO 1956, 48: «Non altrimenti i Romani (Ulp. D.46.2.1 pr.) definivano la novazione, quando parlavano di *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*' (cfr. anche Gai. 3.176: ... *prima tollitur translata in posteriorem*) per indicare l'estinzione di un'obbligazione attraverso la creazione di una *nova obligatio* che ne assorba il contenuto (*idem debitum*)».

<sup>83</sup> BONIFACIO 1956, 12 ss., 45.

<sup>84</sup> BONIFACIO 1956, 24. BROGGINI 1959, 339, definisce il lavoro una «analyse dogmatique».

<sup>85</sup> Cfr. BROGGINI 1959, 315.

razione concordata e decisa dalle parti, nel solco della logica wlassakiana della *litis contestatio*, che, pure, l'accortezza di sostituire alla 'contrattualità' dell'atto la 'convenzionalità non contrattuale' del medesimo non sembra in grado di escludere.

Alla *mutatio iudicis* vengono dedicate solo poche pagine in conclusione di libro, per affermare la distinzione di genere rispetto alla *translatio*, ma comunque la validità del medesimo schema operativo di traslazione sostanziale del *iudicium*, pur attraverso una *solutio iudicii* seguita da un rinnovo formale<sup>86</sup>.

La riflessione di Brogginì<sup>87</sup> muove dalla lettura del lavoro di Bonifacio, che egli contestualizza storiograficamente all'interno del percorso di rinnovamento degli studi sul processo formulare – quale «*mécanisme compliqué et équilibré*» che vede le parti collaborare attorno all'azione del pretore –, inquadrandolo come un'opera di verifica dei risultati acquisiti dalla più recente dottrina, sul versante particolare della *translatio iudicii*<sup>88</sup>.

Dopo una prima parte dedicata alla *mutatio iudicis*, della quale si sostiene convintamente la differenza sostanziale rispetto alla *translatio iudicii*<sup>89</sup>, la discussione intorno a quest'ultima segue una linea cronologica, a partire dal processo *per legis actiones*, del quale si evidenzia l'assoluta incompatibilità con qualsiasi forma di 'trasmissibilità'<sup>90</sup>. Terreno d'elezione della *translatio iudicii* è invece il processo formulare – colto nella moderna versione di processo attivamente partecipato dalle parti – accompagnato dalla progressiva affermazione e applicazione della 'rappresentanza' giudiziaria, nelle forme del *cognitor* e del *procurator*, che veicolarono – forme non uniche, ma certo prevalenti – la possibilità di trasferire i *iudicia*. Brogginì fissa così – riprendendolo da Bonifacio – il legame tra struttura del processo *per formulas* e strumento traslativo, inserendo quest'ultimo nell'evoluzione della coscienza giuridica, che avrebbe condotto dall'intrasmissibilità di crediti e debiti – e delle azioni – a un'estensione, attraverso

<sup>86</sup> BONIFACIO 1956, 136-138.

<sup>87</sup> BROGGINI 1959, 313-341.

<sup>88</sup> BROGGINI 1959, 314 s. Il riferimento principale è chiaramente alla nuova impostazione Wlassak, cui l'a. affianca, però, numerosi altri contributi, soprattutto italiani (313 nt. 2).

<sup>89</sup> BROGGINI 1959, 317-319. L'argomentazione più forte opera sulla differenza semantica tra *mutatio* e *translatio*, laddove però il primo termine viene considerato nell'espressione (e nella figura giuridica correlata) *mutatio iudicii*, che «signifie donc toujours changement du *iudicium*», mentre «*translatio iudicii* ne signifie jamais changement, modification du *iudicium*, mais simplement transfert du *iudicium* d'un sujet à un autre, le *iudicium* étant ainsi l'objet du transfert». In seconda battuta, la *mutatio iudicis* è qualificata come atto che non rescinde né modifica il testo della formula-*iudicium*. Il che, come si dirà in testo, implica nella concezione dell'a. una distinzione implicita rispetto alla *translatio iudicii*, che invece rompe la continuità del *iudicium* sia pure solo a livello processuale, senza intaccare l'identità sostanziale tra *iudicium transferendum* e *iudicium translatum*.

<sup>90</sup> BROGGINI 1959, 330-338.

la ‘rappresentanza’<sup>91</sup>. Il processo formulare avrebbe dunque rappresentato il contesto migliore per fare emergere e tutelare le esigenze di giustizia alla base dello strumento traslativo.

In sede di conclusioni, lo studioso recepisce la ricostruzione proposta da Bonifacio, di un’identità tra *iudicium transferendum* e *translatum* che è sostanziale, ma non processuale<sup>92</sup>: su questo secondo piano il rapporto va ricostruito partendo dalla *datio* del magistrato e proseguendo con l’accordo tra la parte rimanente e il sostituto o successore dell’altra. Ma mentre la prospettiva di Bonifacio era tutta interna a una visione dogmatica e di costruzione logica del processo, Brogginì colloca la scissione tra rapporto processuale sostanziale e procedura formulare sullo sfondo di una linea storica di progressiva distinzione e separazione «entre droit et procédure», di cui la *translatio iudicii* rappresenterebbe una testimonianza<sup>93</sup>. Non è tuttavia chiaro – e lo stesso studioso lo evidenzia – in quale modo e forma si presentasse questa ‘ricostruzione’ («reconstruction») processuale<sup>94</sup>.

Nella letteratura romanistica italiana, il tema non è stato oggetto di ulteriori studi specificamente dedicati al tema<sup>95</sup>, ma, nelle trattazioni manualistiche più autorevoli della seconda metà del secolo scorso, è stato risolto alla luce della rilettura della *litis contestatio* wlassakiana, ovvero come atto triadico coinvolgente pretore e parti<sup>96</sup>. Nel caso di specie, tale cooperazione si sarebbe esplicata in un incontro del magistrato con le parti, finalizzato a ridefinire la *formula* in termini decretali e senza rinnovo della *litis contestatio*<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> BROGGINI 1959, 338 s., il quale è consapevole che l’ambito di applicazione della *translatio iudicii* non si esaurisca nei settori del *cognitor* e del *procurator*, ma li adduce ad esempio, considerandoli «les deux cas le plus importants de *translatio iudicii*» e intorno a questi svolge gran parte del suo discorso.

<sup>92</sup> BROGGINI 1959, 340: «cette identité concerne l’objet du *iudicium*, la prétention déduite en justice, le *condemnari oportere* (...), le rapport de droit matériel. (...) Elle ne concerne pas les parties, les titulaires du rapport de procédure instauré par la *litis contestatio*». Cfr. BONIFACIO 1956, 62.

<sup>93</sup> BROGGINI 1959, 341. Entro tale dinamica avrebbe giocato un ruolo l’affermarsi della nozione di *obligatio* e i diversi esiti delle azioni *in rem* e *in personam* in caso di decesso di una parte (336 s.). Aspetti sui quali non è possibile fermarsi in questa sede.

<sup>94</sup> BROGGINI 1959, 340 nt. 105.

<sup>95</sup> Lo rileva, da ultimo, VARVARO 2019, 218.

<sup>96</sup> Cfr. *supra*, nt. 46.

<sup>97</sup> Nell’ambito della manualistica, cfr. GUARINO 1988, 226; TALAMANCA 1990, 352, il quale afferma che nel corso del giudizio poteva essere necessario intervenire sulla *formula* in caso di morte di una delle parti e che in tale caso si aveva *translatio iudicii*, consistente nel trasferimento dell’effetto della *litis contestatio* alla nuova parte; se, invece, morte o incapacità sopravvenuta avessero riguardato il giudice, si sarebbe avuta *mutatio iudicis*. L’intervento sulla *formula* avrebbe richiesto cooperazione delle parti e del magistrato, nonché una nuova comparizione *in iure*: nuovo decreto del magistrato che approva la *formula* come modificata, ma non nuova *litis contestatio*. PUGLIESE 1986, 356, sottolinea come spettasse al magistrato approvare l’istanza dell’attore o dei suoi eredi per mutare la *formula*, in seguito a morte,

In anni recentissimi, il tema è tornato al centro dell'attenzione grazie all'ampio studio di Friederike Erxleben, *Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess*<sup>98</sup>. Il lavoro presenta un chiaro superamento dell'impostazione dogmatica, che è oggetto di serrata critica, pur se mantiene, nella struttura, l'impianto tradizionale, seguendo i settori disciplinari nei quali si rinvenivano tracce di applicazione della *translatio*<sup>99</sup>. Rinviando i riferimenti di dettaglio alla discussione dei singoli passi delle fonti, in generale due mi sembrano le idee guida. In primo luogo, la centralità della *iusta causa translationis*, quale chiave di lettura – nei diversi ambiti – del fenomeno traslativo<sup>100</sup>. In secondo luogo, l'inquadramento dello schema giuridico tra gli strumenti con cui il pretore asseconda e attribuisce rilevanza alle situazioni peculiari e concrete all'interno del rigoroso sistema formulaire<sup>101</sup>. Sulla *mutatio iudicis* il pensiero della studiosa segue una linea di pensiero ormai consolidata, assumendola come ipotesi di *translatio iudicii*<sup>102</sup>.

#### 4. Inquadramento del problema e scopo della ricerca

L'esame della dottrina ha chiarito un punto. Che, quale sia stata la prospettiva assunta, la soluzione del problema della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis* è sempre passata in secondo piano, rispetto a una determinata costruzione della struttura processuale, con particolare riferimento alla *litis contestatio*. Assunto un dato assetto di questa, se ne è derivato

---

sostituzione, rimozione o altre vicende simili di una delle parti. La nuova *formula* avrebbe recepito la sostanza della precedente, conclusa da una nuova *litis contestatio*. Forse, secondo Pugliese, il provvedimento era più semplice e dipendeva unicamente dal magistrato se la sostituzione avesse riguardato il giudice.

<sup>98</sup> Sul quale, cfr. le approfondite recensioni di DOMISCH 2018, 724 ss. e VARVARO 2019, 218 ss. Altri studi, dedicati ad aspetti specifici e utili per la ricostruzione dello stato attuale della dottrina: SCEVOLA 2012, 447 ss.; NICOTRI 2015, 963 ss.

<sup>99</sup> Cfr. ERXLEBEN 2017, v s., anche se con una maggiore articolazione: *translatio cognitio-ria e procuratoria*, altre forme di rappresentanza (*actor universitatis vel municipum*, tutela e curatela), forme di successione *mortis causa* e *inter vivos*, *manumissio* e cause di libertà, rapporti tra *pater* e *filius familias*. Non può non sorprendere, per altro verso, quale spia, pur minima, di una modalità d'approccio non pienamente storica, l'impiego fin dal sottotitolo dell'espressione 'Parteiwechsel', che riprende la terminologia tedesca giusprocessualistica odierna e non appare spiegabile con ragioni di comodità espositiva, ove si consideri che il termine copre un ambito non coincidente con il tema di ricerca, esteso alla *mutatio iudicis*: cfr. DOMISCH 2018, 724 e nt. 2 e 3; VARVARO 2019, 226 nt. 31.

<sup>100</sup> ERXLEBEN 2017, spec. 46 s., 102 s., 115, 227, 251 s., 261, 269 ss.

<sup>101</sup> Punto che, evidenziato più volte nel corso del lavoro, assume particolare rilevanza dalla collocazione a conclusione del libro: ERXLEBEN 2017, 275.

<sup>102</sup> ERXLEBEN 2017, 265, 274. Cfr., oltre agli autori citati in precedenza, WLISSAK 1921, 61 nt. 4, 234, 237 e nt. 4; KASER-HACKL 1996, 354.

– pur senza trascurare una discussione delle fonti – un conseguente assetto di quelle. Si è visto che le diverse ricostruzioni delle figure ‘traslative’ – sia delle parti, sia del giudice – hanno sempre preso le mosse e sono state sviluppate all’interno della visione generale del processo che ciascun autore assumeva come punto di riferimento. I riflessi delle logiche ricostruttive del processo, peculiari dei diversi autori, e soprattutto della *litis contestatio* si avvertono nitidamente, per così dire, in scala ridotta, nelle diverse ricostruzioni delle forme di *transferre iudicium*.

E così, nella tesi per lo più accolta nella manualistica ottocentesca, ovvero di interventi mirati del pretore su una singola parte della *formula* per sostituire i nomi delle parti o del giudice, si coglie l’eco della teoria kelleriana che vedeva nella *litis contestatio* una «Instruktion» del magistrato, libera da condizionamenti altrui. Allo stesso modo, la visione ‘contrattualistica’ di Wlassak traspare nelle tesi di Koschaker e Duquesne<sup>103</sup>, persino in quella di Mazeaud<sup>104</sup>, così come anche in Bonifacio, nonostante la cura prestata da questo studioso nel distinguere la propria posizione da quella del maestro austriaco sul filo della distinzione tra natura contrattuale e convenzionale della *litis contestatio*<sup>105</sup>. Infine, nelle trattazioni a noi più vicine è impossibile non cogliere gli echi di quell’impostazione in qualche modo ‘mediana’ tra le due predette posizioni, fondata su una lettura collaborativa del rapporto tra pretore e parti, che valorizza l’uno e gli altri, senza che nessuno prevalga<sup>106</sup>.

Tale *modus procedendi*, pressoché identico nelle diverse concezioni, è perfettamente comprensibile e corretto sia scientificamente che logicamente. Tuttavia presuppone la piena correttezza della visione generale di riferimento, di cui la concreta modalità di funzionamento degli schemi ‘traslativi’ non sarebbe che un riflesso. Cosa che in effetti si verifica, posto che le ricostruzioni, in particolare, della *translatio iudicii* sono antitetiche, esattamente come le visioni del processo civile in cui si inseriscono, così che – in estrema sintesi – si è passati: dal libero intervento del pretore sulla *formula*; alla necessità di rinnovo di quest’ultima a seguito di *restitutio in integrum*, su iniziativa delle parti; alla tesi dell’intervento pretorio d’intesa e in collaborazione con le parti.

Ora, è ovvio ed evidente che delle tre linee interpretative, almeno due (se non tutte e tre) non corrispondono al vero, ma in questa sede non si per-

---

<sup>103</sup> *Supra*, 16 ss.

<sup>104</sup> Il quale, pur criticandola con specifico riguardo alla *mutatio iudicis*, che ritiene estranea, perché la *iudicis nominatio* sarebbe da considerarsi esterna alla *formula*, tuttavia la accetta in linea generale e ne fa costante punto di riferimento: cfr. MAZEAUD 1933, 129 ss., 151 ss.

<sup>105</sup> *Supra*, 19.

<sup>106</sup> Posizione ‘mediana’ maturata (come ricordato *supra*, nt. 46) attraverso la serrata critica condotta da CARRELLI 1946, 20 ss., 47 ss., 122 ss., riprendendo e sviluppando l’isolata posizione di ARANGIO-RUIZ 1984, 136 s. e nt. 1.

seguirà l'obiettivo di individuare quale sia quella giusta (o quella meno lontana dal vero), anche perché, come ormai si è compreso, ciò significherebbe svolgere una nuova ricerca sulla natura della *litis contestatio* e sul processo formulare.

Del resto, Erxleben ha ben evidenziato, nel rinnovato clima metodologico degli studi attuali, la funzione della *translatio iudicii*, strumento 'correttivo' col quale il pretore interviene nel corso del processo per superare la rigidità della procedura formulare, ogni volta che si presentasse una *iusta causa translationis*<sup>107</sup>. D'altro canto, nella ricerca di questa studiosa occupa un posto centrale proprio il tema della *iusta causa*, che – come si è rilevato<sup>108</sup> – è il punto di approdo dei diversi settori esaminati. Quasi il denominatore comune ove basare la tesi della *translatio iudicii* quale strumento pretorio<sup>109</sup>. Al contempo, l'impostazione del lavoro risente significativamente della tradizionale impronta sistematizzante per temi del diritto sostanziale (*translatio cognitoria*, *hereditaria* e via dicendo), al punto da proseguire e sviluppare tale impianto, ad esempio, con le categorie della *translatio iudicii inter vivos*, accanto a quella *in heredem*, e della *translatio iudicii noxalis*<sup>110</sup>; o con le sottocategorie della *translatio iudicii a filio cognitore vel defensore extranei*, oppure *a filio defensore patris in patrem*<sup>111</sup>, che tuttavia si risolvono talora in classi contenenti una sola fonte. Una linea che suggerisce, da un lato, l'idea di una parcellizzazione della *translatio iudicii* in tipi o specie diversi, benché – è bene precisarlo – ciò non venga affermato dalla studiosa, né corrisponda al suo pensiero; dall'altro, una preminenza del diritto sostanziale su quello processuale, quasi che non si potesse ricostruire questo se non muovendo da quello.

Partendo da queste premesse, la presente ricerca si propone di riflettere sul *transfere iudicium* (nel senso convenzionale indicato) non con lo scopo precipuo di giungere a risultati radicalmente nuovi. Non perché tale intento non sia perseguito, quanto per il fatto che esso sarà un effetto collaterale del principale obiettivo, che è di seguire un percorso diverso nella trattazione del tema. Si vorrebbe, nei limiti del possibile, muovere dalle fonti, ordinandole secondo i profili non del diritto sostanziale di riferimen-

---

<sup>107</sup> Cfr. in particolare la sintesi conclusiva, ERXLEBEN 2017, 269 ss., spec. 274 s., ove compare l'esplicito riferimento alla funzione *corrigeni iuris civilis* (Papin. 2 *def.* D.1.1.7.1, L. 46). L'espressione *iusta causa translationis*, di largo impiego nel lessico della studiosa, non è tuttavia attestata dalla fonte, come rileva anche VARVARO 2019, 220.

<sup>108</sup> *Supra*, 23.

<sup>109</sup> La studiosa si occupa pressoché esclusivamente di questa, mentre alla *mutatio iudicis* sono dedicate poche pagine (ERXLEBEN 2017, 263-267), per sostenere che essa rientri appieno nella categoria della *translatio iudicii* (ma v. *supra*, nt. 99).

<sup>110</sup> ERXLEBEN 2017, 189 ss., 201 ss. Ciò anche quando, come segnala VARVARO 2019, 223, a proposito della *translatio iudicii noxalis*, «non esiste una categoria unitaria».

<sup>111</sup> ERXLEBEN 2017, 243 e 244.

to, quanto degli aspetti processuali specifici dell'uno e dell'altro strumento 'traslativo'<sup>112</sup>. Secondo tale *modus procedendi*, il fine della ricerca consiste nella ricostruzione della disciplina del *transferre iudicium* a partire non dal contesto del sistema processuale formulare per come è stato ad oggi ricostruito, bensì dai testi stessi della giurisprudenza romana, e dunque, per così dire, dall'interno. Non si intende rimettere in discussione le acquisizioni in materia di funzionamento del processo civile, anzi, di esse si terrà conto e saranno sovente date per assodate. L'intenzione è un'altra. Si vorrebbe non dare per scontato che quella generale sistematica debba offrire spiegazione e soluzione di tutte le questioni attinenti agli schemi 'traslativi'. Essa stessa, come noto e come anche la trattazione della dottrina nel caso specifico ha mostrato, presenta una significativa componente congetturale. Trattare e risolvere le questioni dubbie o lacunose di un tema specifico alla luce di ricostruzioni non supportate dal dato delle fonti, non solo è metodologicamente imprudente, ma sovverte altresì quello che dovrebbe essere l'ordine logico ricostruttivo, dai testi alla disciplina generale.

Ciò è tanto più vero nel presente tema di ricerca, largamente frammentario: colmare le lacune con proiezioni sistematiche costringe talora, come si è visto e come si dirà di volta in volta, a forzare il dato delle pur poche testimonianze, perdendo in tal modo la possibilità di valorizzare queste ultime. E, al contempo, perdendo la possibilità di fare in modo di trarre da queste poche tessere un contributo alla ricostruzione di una porzione della più generale disciplina processuale.

Calando tale ottica nel concreto della ricerca, va detto che, chiaramente, una visione della *litis contestatio* sarà presupposta – e possiamo fin da subito dire che la linea ricostruttiva sarà quella oggi corrente e più accreditata –, ma si tenterà di fare in modo che essa non sia (troppo<sup>113</sup>) condizionante nella lettura dei testi.

L'esito minimo atteso consiste nella ricostruzione almeno delle linee generali di una disciplina del *transferre iudicium*, mentre, su un piano più generale, il lavoro potrà forse addurre elementi utili alla più generale ricostruzione del funzionamento del processo formulare, sovvertendo così la prospettiva fin qui seguita e poc'anzi ricordata: di dedurre, cioè, da una determinata teoria generale, il funzionamento degli strumenti particolari.

---

<sup>112</sup> In ciò, peraltro, recuperando, in qualche modo, l'impostazione di partenza di Koschaker, che per primo introdusse la distinzione in *cognitoria*, *hereditaria*, *a filio in patre* e altre ipotesi minori, ma al fine di seguire la distribuzione tematica delle fonti. Ne è invece derivata quasi una partizione delle forme traslative (KOSCHAKER 1905, 13 s.).

<sup>113</sup> Non occorre soffermarsi sul tema della impossibilità di liberarsi totalmente del sostrato culturale in cui si è immersi e di cui si è espressione: «immagine sorprendentemente ingenua» la definisce BLOCH 1993, 51. Tema sul quale mi limito a rinviare a ORESTANO 1951, 90; 1957, 189; 1961, 426 ss., 442; 1981, 18; 1981b, 121.

## CAPITOLO II

# *TRANSLATIO IUDICII: LA RUBRICA EDITTALE DE COGNITORE ABDICANDO VEL MUTANDO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La rubrica edittale *De cognitore abdicando vel mutando*. – 2.1. La clausola edittale. – 2.2. La *causae cognitio*. – 2.3. La *translatio iudicii procuratoria*. – 2.3.1. La (presunta) disciplina autonoma della *translatio procuratoria*. – 2.4. *Translatio iudicii e cautio iudicatum solvi*. – 2.4.1. Premessa. – 2.4.2. *Translatio iudicii ex parte actoris*. – 2.4.3. *Translatio iudicii ex parte rei*. – 2.4.4. Conclusioni. – 2.5. Informazioni correlate.

### 1. *Introduzione*

Entreremo nel discorso sul *transfere iudicium* partendo dalla *translatio iudicii*, che ne costituisce senz'altro la forma principale e maggiormente documentata, almeno nel raffronto con la *mutatio iudicis*, l'altro strumento giuridico che abbiamo inserito nel medesimo 'contenitore concettuale'.

Il tema della sostituzione di una parte processuale può essere seguito attraverso una serie di passi tratti da commentari all'editto, che tuttavia non consentono una diretta ricostruzione della disciplina giuridica. La visione, già frammentaria per via della modesta quantità di fonti, è infatti complicata da una frantumazione in una pluralità di punti di vista, poiché manca una vera e propria trattazione *ex professo* e le testimonianze di cui disponiamo emergono da contesti che, quasi sempre, trattano di altre questioni, perlopiù di diritto sostanziale. Rispetto alle quali la *translatio iudicii* è considerata incidentalmente, quale strumento per la prosecuzione del processo o per i riflessi sul rapporto processuale.

Il primo ostacolo da affrontare, dunque, riguarda le modalità di esposizione del materiale disponibile: se percorrere la via tradizionale del contesto di riferimento, da cui scaturiscono le figure della *translatio cognitoria* e *procuratoria*, *hereditaria*, *a filio in patrem* e via dicendo, con un conseguente e inevitabile esito, più o meno consapevole e voluto, di moltiplicazione delle categorie, delle specie 'traslative'; oppure tentare un approccio unitario, ciò che è forse possibile a partire dal lessico e mantenendosi sul versante del diritto processuale. Si tratta, in sostanza, di porsi di fronte alle testimonianze

antiche assumendo quale punto di osservazione proprio il dato lessicale, che, come si vedrà, è in effetti talora l'unico elemento di unificazione tra fonti per altri versi lontane tra loro. È chiaro che, così facendo, si rischia la petizione di principio: mostrare l'unità della figura giuridica, partendo dall'unità della stessa, nel lessico e nell'ambito del processo. Proprio per questo va precisato che scopo della presente ricerca non è dimostrare il carattere unitario della *translatio iudicium* – e, in prospettiva, del *transferre iudicium* –, quanto ricostruirne le linee disciplinari. L'unità o meno della figura giuridica potrà essere un esito del percorso di studio. L'unità della quale stiamo discorrendo ora, invece, si colloca, per così dire, sul piano degli strumenti di lavoro, non degli esiti: è indubbio che il lessico fornisca un tratto di unificazione; lo è altrettanto la prospettiva processualistica, cui il *transferre iudicium* appartiene. Essa, pertanto, se non preclude il risultato di una pluralità di specie, ha inoltre il pregio di non indirizzare, nemmeno inconsciamente, verso un tale approdo, come invece accade – almeno a mio avviso – con una trattazione che già in partenza muova da ipotesi traslative diversamente qualificate (*cognitoria*, *procuratoria*, *hereditaria*, ecc.).

Sul piano operativo e pratico, l'assenza di una trattazione organica e generale *ex professo* impone la scelta di un ordine espositivo inevitabilmente arbitrario. È noto<sup>1</sup> che gran parte delle notizie relative alla *translatio iudicium* attengono all'ambito delle c.d. forme di rappresentanza<sup>2</sup>, in particolare *cognitor* e *procurator*. Ciò ha condotto in modo quasi naturale la maggioranza degli studiosi ad organizzare le ricerche secondo i settori di diritto sostanziale di riferimento, a partire perlopiù proprio dalla c.d. *translatio cognitoria*. In più di un caso, la scelta distributiva della materia è stata sorretta altresì da ragioni di merito, nella convinzione che ai diversi contesti di impiego della *translatio* (rappresentanza, rapporti tra padre e figlio o tra *dominus* e schiavo, successione e via dicendo) corrispondessero differenti esiti o modalità applicative di essa<sup>3</sup>. I dati delle fonti e le ampie e approfondite argomentazioni hanno giustificato e giustificano anche oggi, nel mutato clima metodologico, simili ricostruzioni.

<sup>1</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 13 s.

<sup>2</sup> Per i termini di utilizzo del concetto di 'rappresentanza', *supra*, 9 nt. 17.

<sup>3</sup> Cfr. *supra*, cap. I. Già in KELLER 1883, 350 ss., sembrano profilarsi alcune sfumature differenziali che parrebbero giustificare una trattazione separata per ambiti sostanziali. BETHMANN-HOLLWEG 1865, II, 451 ss., 462, fissa quindi una netta separazione fra *translatio iudicium* e *mutatio iudicis*. Il principale riferimento mi pare però KOSCHAKER 1905, che distingue tra *translatio cognitoria* e *translatio procuratoria* (40 ss., 72 ss.) e individua alcune peculiarità diverse nella *translatio hereditaria* (239 ss.), pur rimanendo sempre all'interno del suo criterio guida, ovvero il venire o meno ad esistenza di un *novum iudicium*. La stessa separazione rispetto alla *mutatio iudicis*, pur già presente in Bethmann-Hollweg, si arricchisce in Koschaker di un fondamento di merito, legato al fatto che in essa non si realizza alcun *novum iudicium*, anche per il fatto che il giudice rimane estraneo al rapporto convenzionale che lega le parti (307 ss.). Sintetizza il pensiero di Koschaker DUQUESNE 1910, 37-54.

Tuttavia, pur non ignorando il peso esercitato dagli aspetti di diritto sostanziale, nonché il fatto che la natura strumentale della *translatio iudicii* la colloca in posizione ancillare rispetto alle tematiche di volta in volta trattate, ritengo preferibile non impostare la ricerca – e, conseguentemente, organizzare il materiale – secondo la partizione che ormai potremmo senz'altro definire tradizionale. Il rischio principale, come si è accennato in sede introduttiva, mi pare quello di condizionare oltremisura la lettura dei testi, specialmente ove si consideri l'imprescindibile influenza di tutta la lunga e autorevole tradizione dottrina, la cui eco sarebbe accentuata dal seguirne il medesimo impianto espositivo<sup>4</sup>.

Preciso da subito – con un'osservazione che vale anche per il capitolo seguente, nel quale si completerà il discorso sulla *translatio iudicii* – che non sarà possibile seguire una via puramente cronologica: le fonti sono relativamente poche e attinenti a tematiche e contesti diversi; in esse predominano frammenti provenienti da Ulpiano e Paolo; isolare nel tempo notizie, che magari trattano solo *de relato* della *translatio iudicii* e talora offrono un contributo solo all'interno di una contestualizzazione tematica, non farebbe che accentuare la frammentarietà della trattazione<sup>5</sup>.

Nel solco delle tracce di operazioni 'traslative' segnalate dal lessico, il lavoro avrà come cardine gli aspetti processuali, ora attinenti ai soggetti coinvolti, le parti, ora all'oggetto, il rapporto processuale. Inevitabilmente, trattare delle parti processuali implicherà, nel concreto dei testi considerati, discutere ora del *cognitor*, ora del *procurator*, ora dell'erede del *pater*, del servo, dello *statuliber*. Tali qualificazioni non assurgeranno, però, a criterio né classificatorio, né organizzativo dell'esposizione: rappresenteranno soltanto il risvolto concreto di una ricerca che punta a uno sguardo di sintesi sulla *translatio iudicii*.

Il materiale sarà organizzato innanzitutto in due grandi branche. La prima raccoglierà le notizie che trattano direttamente della *translatio iudicii*. Seguiremo il percorso tracciato in sede di *Palingenesi* da Lenel con l'introduzione della rubrica *de cognitore abdicando vel mutando*, che consente idealmente di riunire intorno a un tema frammenti di Gaio, Paolo e Ulpiano<sup>6</sup>. Pur non ignorandone il carattere problematico<sup>7</sup>, la rubrica svolgerà in questa sede un'utile funzione di unificazione e raccordo concettuale. Entro tale quadro, il discorso si articolerà seguendo l'esposizione

---

<sup>4</sup> È, in altri termini, il problema della presa di coscienza della stratificazione delle concettualizzazioni, sul quale cfr. ORESTANO 1961, 451 SS.

<sup>5</sup> Alcune considerazioni in merito alla ricostruzione della linea di sviluppo storico saranno svolte in sede di sintesi, *infra*, cap. III, § 6.

<sup>6</sup> LENEL 1889, I, 193, Gai. nn. 79-80; 979, Paul. nn. 175-177; II, 449 s., Ulp. nn. 312-319.

<sup>7</sup> LENEL 1927, 94 nt. 4: «Die Rubrik ist selbstverständlich problematisch», con rinvio, per una diversa visione a WIRBEL 1911, 77 nt. 1. In merito all'espressione *cognitore abdicare*, non attestata dalle fonti, paiono opportune le riserve di BONIFACIO 1956, 80 nt. 4.

di Ulpiano – nel complesso, un ampio squarcio del libro IX *ad edictum* –, per il maggior numero di frammenti provenienti dagli scritti di questo giurista e per la caratura di essi, tale da consentire un abbozzo della disciplina in materia. Assumendo come fulcro lo scritto di un determinato giurista, peraltro, si ovvia in qualche modo alla ricordata difficoltà di ricostruire un percorso storico, fissando almeno un dato cronologico di partenza, che consenta nei limiti del possibile la definizione convenzionale di un prima e un dopo e comunque di un punto di riferimento nel tempo.

Il tema giuridico sostanziale, inutile nascondere, è quello della *cognitura*<sup>8</sup>, ma ciò non contraddice quanto detto sin qui. Semmai conferma l'ostacolo principale, quello dell'assenza di una trattazione 'dedicata', invitando, al contempo, a non limitare gli esiti, quando non sia necessario, al solo *cognitor*.

## 2. La rubrica edittale De cognitore abdicando vel mutando

### 2.1. La clausola edittale

La scelta di seguire la ricostruzione palinogenetica, e di muovere in particolare da Ulpiano, impone di collocare in apertura un testo tratto dai *Vaticana fragmenta*<sup>9</sup>, che solo in via dubitativa può essere attribuito a questo giurista<sup>10</sup>. Per di più, lo stato del palinsesto è pessimo (un foglio mutilo) e la ricostruzione del contenuto, di conseguenza, altamente congetturale<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulla eliminazione della menzione del *cognitor*, sostituita dai giustinianeî con quella del *procurator*, cfr. SERRAO 1947, 16 ss.; ANGELINI 1971, 177; KASER-HACKL 1996, 560, ma v. anche 216. Sulla figura del *cognitor*, punti di riferimento sono: EISELE 1881; WLISSAK 1892, 1 ss.; WIRBEL 1911; BETTI 1922, 332 ss.; PUGLIESE 1963, 318 ss.; KASER-HACKL 1996, 210 ss.

<sup>9</sup> Per un inquadramento: VOLTERRA 1940, 862; PIATTELLI 1975, 572 ss.; DE FILIPPI 1998, *passim*, la quale rileva (p. 47) che il confronto tra le rubriche ricostruite da Lenel del titolo *de cognitoribus et procuratoribus* dell'opera ulpiana e i *Vaticana* restituisce «una sostanziale corrispondenza di questi al modello ulpiano»; recentissimo, SPERANDIO 2019, 1 ss., che offre peraltro (4 nt. 13) un vasto panorama della bibliografia di riferimento.

<sup>10</sup> LENEL 1889, II, 449 nt. 6: «Ulpiani haec esse verisimile videtur». Cfr. HUSCHKE 1867, 720; RUDORFF 1869, 49 (in forma dubitativa); in anni recenti MARRONE 2009, 272 (autore incerto); ERXLEBEN 2017, 18 s. La consonanza tra questo testo e quelli ulpianeî conservati nel *Digesto* non ha particolare valore indiziario, stante la travagliata vicenda della tradizione dei *Vaticana fragmenta*, nonché il fatto che è certo che la raccolta abbia attinto anche dalle opere di Ulpiano: cfr. SCHULZ 1953, 356 ss., 554 ss.

<sup>11</sup> Riproduco quella di MOMMSEN-KRÜGER 1890, 105 s., recepita da GIRARD-SENN 1977, 542; FIRA<sup>2</sup> II, 540; altre edizioni sono indicate da ERXLEBEN 2017, 18 nt. 47. Ricostruzione diversa in HUSCHKE 1867, 720 s., che vi inserisce anche il riferimento al *procurator* (criticato da KOSCHAKER 1905, 42 nt. 3); RUDORFF 1869, 49; LENEL 1927, 94. Particolare attenzione a questo aspetto pone VARVARO 2019, 219 s., invitando ad evitare il rischio che, facendo di-

Vat. fr. 341 (Ulp. 9 ed.?), L. 312:

	<Hoc edict>	um de pluribus speciebus
<loquitur	ca>	vetur: quod edicto praetor prospicien
<dum curavit ut praestaret domino	fac>	ultatem vel a cognitore
<in alium cognitorem vel a cognitore in se	i>	iudicium transferendi
	<lis>	cognitoris sit effecta
		t possit transferre, non
	<verba>	edicti talia sunt: ei qui cogni
<torem dedit causa cognita permittam		
iudicium transfer>		re. His verbis non solum
		care autem cognitorem <sup>12</sup> .

Appare evidente che l'informazione più importante – le parole della clausola edittale: *ei qui cognitorem dedit causa cognita permittam iudicium transferre* – sono frutto di ricostruzione. Possiamo subito aggiungere che sono state ricostruite proprio sui testi che andremo ad esaminare<sup>13</sup>, così che non sarebbe lecito usare questo per illuminare il significato di quelli.

Alcuni elementi di contenuto possono tuttavia essere rilevati. I passaggi <edict>um de pluribus speciebus ...; ... quod edicto praetor prospicien- <um>; ... <verba> edicti talia sunt, attestano l'esistenza di un editto pretorio. Al contempo, le espressioni: <fac>ultatem vel a cognitore e <i>iudicium transferendi offrono qualche spiraglio sul contenuto, conducendo nel campo della *translatio iudicii* interessante il *cognitor*. Infine, il frustolo *cognitoris effecta*, se correttamente integrato dal sostantivo *lis*, indirizza verso un determinato momento logico e cronologico di riferimento: l'avvenuta effettuazione della *litis contestatio*, che rendeva il rappresentante *dominus litis*, a livello formale e processuale<sup>14</sup>.

---

pendere la ricostruzione di frammenti incerti da altre fonti, che poi alla luce di essa siano lette e interpretate, si alimenti «il circolo ermeneutico».

<sup>12</sup> Nella trascrizione ho tentato di riprodurre graficamente lo stato del documento (secondo l'apografo di MOMMSEN 1860, 376, trascritto a p. 377), così da rendere percepibile, anche dal punto di vista visivo, le difficoltà ricostruttive.

<sup>13</sup> Si veda, per tutti, LENEL 1927, 94 ss.

<sup>14</sup> Che il *cognitor* assumesse la posizione di *dominus litis* all'interno del processo con l'effettuazione della *litis contestatio*, è questione delicata e discussa, alla quale sembra tuttavia doversi dare risposta affermativa. Critico KOSCHAKER 1905, 120 s. e nt. 3, che ritiene insostenibile, alla luce dell'ampia lacuna, addurre questo passo quale prova. Possibilista invece DUQUESNE 1910, 125, quando contrappone la libertà del *dominus litis* di mutare *cognitor* o di sostituirvisi (attestata da Paul. 8 ed. D.3.3.16, L. 175) ai vincoli che sorgono invece *post litem contestatam* (secondo Ulp. 9 ed. D.3.3.17 pr., L. 313) e che, nella esposizione dell'a., sembrano proprio imputabili al fatto che «après elle, "*lis cognitoris effecta est*" et le *dominus* n'a plus ce pouvoir qu'à la condition d'obtenir du magistrat une autorisation qui n'est accordée qu'à la suite d'une *cognitio causae*». Favorevole invece NÖRR 1963, 30 nt. 35, che considera simili le espressioni *dominus litis* e (*lis*) *cognitoris sit effecta*. Il tema è stato oggetto in anni recenti di un'accurata e approfondita riflessione e ricostruzione da parte di MARONE 2009, 255 ss. (ma sul punto specifico: p. 272), che ha evidenziato come a un impiego

Non sembra azzardato affermare, come in effetti è stato fatto, che il frammento attesti l'esistenza di una previsione edittale (per una 'pluralità di specie', ma non è chiaro a quale livello debba collocarsi il dato)<sup>15</sup> con la quale il pretore si 'preoccupava di provvedere' (in senso proprio e tecnico, come attesta il verbo *prospicere*)<sup>16</sup> affinché il *dominus litis* sostanziale (*ei qui cogni<toem dedit>*), dopo la *litis contestatio*, potesse trasferire il processo dal *cognitor* designato, verosimilmente su di sé o su un altro *cognitor*<sup>17</sup>.

Del resto – e qui operiamo la prima integrazione della linea di pensiero (virtualmente) ulpiana –, proprio sul tema, centrale, della *litis contestatio* quale momento di passaggio rilevante, Paolo ha lasciato una testimonianza che può dirsi complementare:

Paul. 8 *ed.* D.3.3.16, L. 175: Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi [procuratoris] <cognitoris><sup>18</sup> vel ipsi domino iudicium accipiendi.

---

della locuzione per indicare, per lo più, il titolare della situazione sostanziale, il «principale», si sia affiancato, in determinati momenti storici e in sintonia con il mutamento nella visione del ruolo del rappresentante, l'uso di essa per qualificare quest'ultimo. Marrone attribuisce un ruolo centrale, a favore di tale accezione, a Gai. 4.97: *Cum enim certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituaturn cognitor, merito domini loco habetur*. Nel corso della presente ricerca, pertanto, si impiegherà l'espressione *dominus litis* per indicare il titolare sostanziale, qualificandola con l'aggettivo 'formale' e/o 'processuale' nei casi in cui si intenda riferirsi al rappresentante.

<sup>15</sup> Ovvero, se si riferisse ad aspetti che investivano il *cognitor*, oppure alla pluralità di opzioni previste da questa stessa clausola. Alla luce del riferimento al *cognitor vivus vel in civitate manens*, contenuto in Ulp. 9 *ed.* D.3.3.17 pr., L. 313 (*infra*, in testo), LENEL 1927, 94, ha ipotizzato infatti l'esistenza di una clausola relativa al *cognitor mortuus vel capite deminutus* (seguito da KOSCHAKER 1905, 105; BONIFACIO 1956, 90). Diversamente, NÖRR 1963, 30 nt. 33, pur non escludendo l'ipotesi, la considera non vincolante, essendovi la possibilità che le *plures species* siano «die Einzelfälle der *translatio*» probabilmente considerati nel prosieguo del frammento: *a cognitore in cognitorem, a cognitore in dominum*.

<sup>16</sup> Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 472 s. spec. sub n. 1 («für etwas sorgen, vorsorgen, über etwas bestimmen»); OLD 2005, 1501 s., s.v. *prospicio* [n. 5]: «to see to it (that), take care that, to provide (that) or enact (that)». Cfr. VIR 4, 1276-1278, s.v. *prospicio*, sub IV: «Prospicere = providere, curare», v. anche 1102, s.v. *praetor*, spec. ll. 20-24. Registro – quale elemento indiziario nella riflessione sulla paternità ulpiana o meno del frammento, ma senza pretesa di trarne indicazioni sicure – che l'uso di *prospicere* per qualificare l'agire del pretore è attestato – con l'unica eccezione di Gai. 4.170 – solo per Ulpiano: Ulp. 23 *ed.* D.9.3.5.7, L. 690; Ulp. 34 *ed.* 25.5.1 pr., L. 988; Ulp. 40 *ed.* D.37.5.3.1, L. 1108; Ulp. 2 *omn. trib.* D.42.5.31 pr., L. 2265; Ulp. 68 *ed.* D.43.13.1.1, L. 1516; Ulp. 38 *ed.* D.47.6.1 pr., L. 1070.

<sup>17</sup> Alla luce delle parti superstiti, difficile congetturare che l'editto regolasse anche l'ipotesi del *procurator*: cfr. KOSCHAKER 1905, 42 ss.; BONIFACIO 1956, 79 s.; ERXLEBEN 2017, 18 s. Una posizione più articolata ha espresso DUQUESNE 1910, 163 ss., affermando che la *translatio procuratoria* sarebbe stata possibile per il *procurator praesentis*. La lettura sarebbe in effetti supportata da Papin. 2 *resp.*, *Vat. fr.* 331, L. 411 (che, quanto all'*actio iudicati*, equipara il *procurator praesentis* al *cognitor*), secondo BONIFACIO 1956, 98, che, pur giudicandolo probabile, lo considera un caso limite.

<sup>18</sup> LENEL 1889, I, 979 nt. 1; SERRAO 1947, 60: «Il testo di Paolo aveva *cognitoris*. Paolo

Prima della *litis contestatio*, il *dominus litis* ha piena potestà di mutare il *cognitor* o *accipere iudicium* in prima persona<sup>19</sup>. Ciò, di riflesso, implica che pari libertà non vi fosse *post litem contestatam*, ponendo il problema di 'traslare' il *iudicium* ormai consolidato, da un soggetto a un altro<sup>20</sup>. Questo sembra giustificare e spiegare la necessità di un intervento pretorio che aprisse a tale possibilità.

Tornando al passo dei *Vaticana Fragmenta*, tutto considerato, i pochi elementi indiziari paiono tuttavia sufficienti per avvalorare l'ipotesi che con la previsione edittale il pretore avesse privilegiato la posizione del *dominus litis* sostanziale, riconoscendogli un potere di controllo sulla gestione del processo, anche una volta effettuata la *litis contestatio* e facendolo prevalere sulla titolarità formale/giuridico-processuale del *cognitor* (che a sua volta poteva essere detto *dominus litis*, una volta *acceptum* il *iudicium*). Titorialità del *cognitor* che aveva, tuttavia, connotati particolari, quando si consideri che anche l'*actio iudicati* sarebbe stata concessa al *dominus litis* sostanziale<sup>21</sup>.

Che un simile intervento dovesse avvenire sotto il controllo del pretore, il quale avrebbe operato previa *causae cognitio*, è cosa che la parte superstita di *Vat. fr.* 341 non dice, ma che emerge con sicurezza da altri testi.

## 2.2. La causae cognitio<sup>22</sup>

Riprendendo il filo della ricostruzione palinogenetica del commento di

---

non si sarebbe potuto esprimere in tal modo parlando del *procurator*, il quale non era un diretto rappresentante del *dominus*, come invece era il *cognitor*».

<sup>19</sup> ERXLEBEN 2017, 20, 22 nt. 69, 41 nt. 159, ritiene di individuare una correlazione con Gai. 27 ed. prov. D.46.7.7, L. 363. In effetti, i testi sono accomunati dal riferimento alle fasi precedenti la *litis contestatio*, benché, a mio avviso, i ragionamenti seguano poi percorso diversi. Sul passo gaiano, cfr. *infra*, 54 ss.

<sup>20</sup> Diversa la posizione di BONIFACIO 1956, spec. 48, 95 s., 118 ss., per il quale il *iudicium* viene 'rinnovato', pur senza implicare una nuova *litis contestatio*, e la continuità è data dalla identità (sostanziale?) tra *iudicium transferendum* e *iudicium translatum*.

<sup>21</sup> Cfr. BONIFACIO 1956, 81 ss., 89 e nt. 41, che ritiene dovesse esservi «un altro editto che concedeva al *dominus* e contro il *dominus* l'*actio iudicati*», poggiandosi principalmente su *Vat. fr.* 317: (...) *Cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniens vero procuratore iudicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit*. Si veda, in tempi recenti, la ricostruzione dell'intera problematica in MARRONE 2009, 283 e nt. 80 (segnala che andava concessa *iure praetorio* e previa *causae cognitio*); 2010, 333 ss.

<sup>22</sup> Sulla *causae cognitio*, cfr. WLASSAK 1900, 206 ss.; LÉVY-BRUHL 1924, 383 ss., spec. 416 ss.; LEMOSSE 1944, 127 ss., spec. 181 ss.; PUGLIESE 1959, 430 ss.; MARTINI 1960, 15 ss., 68 ss. (quanto agli aspetti connessi al nostro tema), 183 ss. (per le considerazioni di sintesi); adde 1960b, 448 ss.; 1973, 695 ss.; 1994, 229 ss.; LUZZATTO 1965, 51 ss.; THOMAS 1976, 391 ss.

Ulpiano, il frammento successivo conduce nel cuore della questione relativa alle ragioni che potevano fondare la traslazione del processo.

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.17 pr., L. 313: Post litem autem contestatam reus qui [procuratorem] <cognitorem> dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre a vivo [procuratore] <cognitore> vel in civitate manente potest, causa tamen prius cognita. (1) Non solum autem ipsi qui dedit [procuratorem] <cognitorem> hoc permittitur, sed etiam heredi eius et ceteris successoribus. (2) In causae autem cognitione non solum haec versantur, quae supra diximus in [procuratore] <cognitore> non compellendo suscipere iudicium, verum et aetas,

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.19, L. 313: item si suspectus sit [procurator] <cognitor> aut in vinculis aut in hostium praedonumve potestate,

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.23, L. 313: aut longa peregrinatio et aliae similes causae impedimento sint<sup>23</sup>.

Dopo la *litis contestatio* il convenuto che abbia dato un *cognitor*<sup>24</sup> ha facoltà di mutarlo o di trasferire su di sé la lite, da un *cognitor* vivente o *in civitate manente*. Il permesso è concesso non solo a colui che abbia nominato un sostituto, bensì anche ai suoi eredi e agli ulteriori successibili: il che segna un ampliamento del novero dei legittimati alla *translatio iudicii*, rispetto a quanto sembra fosse previsto nella clausola edittale, dove il passaggio *ei qui cognitorem dedit* viene inteso come indicante il *dominus litis*. In ogni caso, è necessaria la *causae cognitio*, nella quale vanno prese in considerazione e ponderate<sup>25</sup>, oltre alle circostanze in base alle quali non è consentito imporre al *cognitor* l'accettazione del *iudicium*, altresì l'età, co-

<sup>23</sup> Il pensiero di Ulpiano, troncato, nel *Digesto* viene completato da Paul. 8 *ed.* D.3.3.24, L. 176, *infra*, in testo.

<sup>24</sup> Il riferimento al *procurator* è pacificamente giudicato compilatorio (SERRAO 1947, 60; PUGLIESE 1963, 325 ss.; ERXLEBEN 2017, 20), mentre l'originale di Ulpiano doveva riferirsi al *cognitor*, come indurrebbe a ritenere l'impiego del verbo *dare* (*qui <procuratorem> [cognitorem] dedit*), che rinvierebbe alle modalità di nomina di quest'ultima figura. Si tratta di una tesi che muove dalla notazione di LENEL 1889, I, 513 nt. 1, secondo la quale l'espressione *procuratorem dare* non sarebbe classica («*videtur ab usu abhorrere*»). Come tale la recepisce, ad esempio, SERRAO 1947, 45 s., 64, 168, ma ANGELINI 1971, 178 nt. 35 invita alla cautela, perché le fonti non sono univoche e non sembra pertanto possibile trarne un criterio terminologico. ERXLEBEN 2017, 14, segnala la medesima esigenza di cautela, concludendo nel senso che esso possa valutarsi quale elemento indiziario – in termini di alta probabilità, benché non di certezza («*sie begründet aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit*») – a favore dell'originaria menzione del *cognitor*.

<sup>25</sup> Il verbo *verso* è frequentemente associato alla *causae cognitio*: oltre a Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27 pr., L. 315 (*infra* in testo), cfr. Ulp. 11 *ed.* D.4.2.14.2; L. 375; Ulp. 11 *ed.* D.4.3.13.1, L. 390; Ulp. 11 *ed.* D.4.4.13 pr., L. 404; Ulp. 11 *ed.* D.4.4.16 pr., L. 406; Ulp. 11 *ed.* D.21.1.31.23, L. 1784; Ulp. 57 *ed.* D.47.10.17.17; L. 1365. Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 619 s. s.v. *versare* (n. 3); CALONGHI 1989, 2891, s.v. *verso* (B.1.e): «considerare, ponderare, meditare, esaminare»; OLD 2005, 2040 s., s.v. *verso* (n. 14), colloca questo particolare impiego con *in* + ablativo sotto l'accezione generica «to be involved in a situation».

sì come se il *cognitor* sia inaffidabile (*suspectus*)<sup>26</sup> o incarcerato o in potestà dei nemici o dei predoni, oppure sia impedito da un lungo viaggio o da altre situazioni simili.

Tre sono i punti di discussione sui quali vorrei soffermarmi.

Il riferimento, in apertura, al momento successivo alla *litis contestatio*, riporta immediatamente il discorso dove l'abbiamo lasciato poco fa. A livello concettuale, il testo è speculare a quello paolino appena discusso, circa la *libera potestas* del *dominus litis* di cambiare rappresentante o accettare il giudizio in prima persona. Mentre è complementare a *Vat. fr.* 341 (Ulp. 9 ed.?), L. 312: *post litem contestatam* trova corrispondenza (*lis*) *cognitoris effecta*. Tutta l'attività descritta da Ulpiano in questo e nei frammenti palinogeneticamente seguenti, trova il proprio punto di riferimento cronologico, il momento *a quo*, nella *litis contestatio*. Della quale si coglie qui uno degli effetti, in termini di «irretrattabilità e (...) immodificabilità del *iudicium*, il quale rimaneva e doveva rimanere fissato fino alla *sententia iudicis*: nelle *personae*, nel *petitum* e nella *causa petendi*»<sup>27</sup>. Ciò rafforza l'ipotesi formulata in merito allo scopo e alla necessità di una apposita previsione edittale, introducendovi l'elemento finora mancante della *causae cognitio*: la necessità di intervenire su un *iudicium* ormai cristallizzato impone – e al contempo spiega – l'intervento pretorio, accompagnato da una valutazione concreta e discrezionale.

Un secondo punto di interesse, seguendo il corso del frammento, è presentato dal passaggio *a vivo* [*procuratore*] <*cognitore*> *vel in civitate manente*, che a prima vista sembra una clausola di delimitazione dell'operatività, contemplante due ipotesi. Quanto alla prima (esistenza in vita), alcuni intendono che fosse contemplata altresì la possibilità (probabilmente tra le *plures species* di *Vat. fr.* 341)<sup>28</sup> di *mutare* il *cognitor* morto e che, forse (così suggerirebbe il *tamen*), in tal caso non servisse la *causae cognitio* pretoria<sup>29</sup>. La seconda ipotesi è più delicata: l'espressione *manere in civitate* non ha significato univoco, potendo indicare tanto la *civitas* come luogo, quanto lo *status civitatis*<sup>30</sup>. L'ambivalenza sembra avere permeato in ma-

<sup>26</sup> HEUMANN-SECKEL 1926, 574, s.v. *suspectus*. La definizione del *suspectus* emerge, con riferimento a tutori e curatori in D.26.10, in buona parte ripreso in I.1.26.

<sup>27</sup> GUARINO 1988, 225 nt. 19.4.1.

<sup>28</sup> Cfr. *supra*, 32 e nt. 15.

<sup>29</sup> Così KOSCHAKER 1910, 103, 116; LENEL 1927, 94, il quale, argomentando su *tamen*, conclude per l'assenza di *causae cognitio* e dunque per una procedura diversa [ma in 1918, 131, a seguito del dubbio sulla genuinità dell'inciso *a vivo – manente* (*infra*, nt. 32) riteneva che la *causae cognitio* fosse invece prevista per le ipotesi negative]. Critici DUQUESNE 1910, 126 nt. 1; 1929, 113 ss.; NÖRR 1963, 30 ss.

<sup>30</sup> Oltre alla *respublica* in senso politico. Cfr. VIR 1, 755, s.v. *civitas*, ove però i passi costruiti col verbo *maneo* e il locativo *in civitate* (tra i quali quello ora discusso) sono censiti sotto l'accezione «*Respublica, plerumque Romana, patria*» (col. 756, l. 14 s.); HEUMANN-SECKEL 1926, 71, s.v. *civitas*.

niera diversa gli studiosi, ove si consideri che, da un lato, le traduzioni principali prediligono l'accezione urbanistica<sup>31</sup>; dall'altro, la dottrina si è concentrata su quella giuridica, connessa alla *capitis deminutio*. Lenel, in particolare, la interpreta come un riferimento al mantenimento della cittadinanza, evocando anche in questo caso *a contrario* l'ipotesi della *capitis deminutio (media)*, che sarebbe stata menzionata in altra clausola e forse avrebbe potuto prevedere diverso trattamento<sup>32</sup>.

È fuor di dubbio che la prima accezione appaia, sotto svariati profili, più persuasiva, almeno a prima vista, soprattutto ove si consideri che, tra le *causae* che giustificano la *translatio iudicii*, come si vedrà, alcune hanno a che fare con l'assenza dalla città<sup>33</sup>. Tuttavia, non trascurerei di considerare che, se nei casi ora discussi è prevista la *causae cognitio*, mentre in altri non meglio definiti non lo è (l'avverbio *tamen*, come si diceva, suggerisce questo), va altresì tenuto presente un dato (sul quale ci soffermeremo a breve, ma che possiamo qui anticipare), ovvero che, per tutte le ipotesi di *translatio* (almeno quelle concernenti il *cognitor*) la *causae cognitio* è prevista. Se, pertanto, *manere in civitate* indicasse la presenza fisica in città e Ulpiano stesse affermando che in tal caso è 'tuttavia' (*tamen*) necessaria una *causae cognitio*, sarebbe come dire che, nei casi di assenza dalla città, la valutazione del pretore non serve e ciò contraddirebbe una regola che invece viene presentata come generale.

In secondo luogo, un ulteriore elemento di aiuto mi pare possa venire da un'espressione dello stesso tenore e, per così dire, simmetrica. Va tenuto presente che tra le situazioni di assenza dalla città, le fonti prevedono (anche su ciò giungeremo a breve) l'essere presso i nemici. Ora, in generale, l'espressione *apud hostes esse*, più che avere una connotazione locativa, allude a una perdita della condizione di cittadino. Una funzione simile può immaginarsi per la locuzione *in civitate (manere)*, il cui signi-

---

<sup>31</sup> VIGNALI 1856, I, 481 *ad l.*: «o stante in città»; GARCÍA DEL CORRAL 1889, 309 *ad l.*: «ó del que permanezca en la ciudad»; SPRUIT-FEENSTRA-BONGENAAR 1994, 273 *ad l.*: «of in de stad verblijvende»; BEHRENDTS ET AL. 1995, 286 *ad l.*: «oder in der Stadt weilenden»; WATSON 1998, I, 88 *ad l.*: «or living in the state»; SCHIPANI 2005, 234 *ad l.*: «e che persino dimora in città»; GAURIER 2017, I, 122 *ad l.*: «ou qui, dans la cité, demeure». Fa eccezione la traduzione AVVOCATI ITALIANI 1885, 218 *ad l.*: «e non abbia perduti i diritti di cittadinanza».

<sup>32</sup> LENEL 1927, 94; cfr. inoltre: KOSCHAKER 1905, 105, DUQUESNE 1910, 126 e nt. 1; NÖRR 1963, 29 s. Che il passo contempli i casi di esistenza in vita e pienezza della cittadinanza è implicito in GUARINO 1988, 218 nt. 19.2.1, 226 nt. 19.4.1, che cita *a contrario* le ipotesi di morte e *capitis deminutio*. Sul passaggio *a vivo procuratore vel in civitate manente* non sono segnalati dubbi di interpolazione (che si concentrano invece su *procurator* per *cognitor*: cfr. LEVY-RABEL, 1929a, 33; 1929b, 38), salvo, in un primo momento, LENEL 1918, 131 e DUQUESNE 1929, 116 ss. (che si concentrava, però sull'epoca dell'interpolazione).

<sup>33</sup> Pur seguendo l'opinione prevalente in dottrina, segnala opportunamente ERXLEBEN 2017, 23 nt. 75 che l'espressione potrebbe anche fare riferimento alla presenza del *cognitor* nella sede del tribunale, anche sulla scorta del fatto che alcune circostanze giustificative della *translatio iudicii* possono riferirsi tanto alla presenza fisica quanto alla *capitis deminutio*.

ficato locativo potrebbe essere affiancato da uno traslato e giuridico<sup>34</sup>. Alla luce di tali elementi e di quelli che svolgerò a breve, pertanto, ritengo che il discorso svolto da Ulpiano nel passo ora in esame, possa trarre maggior efficacia ove si legga l'inciso *in civitate manente* come riferito al tema della cittadinanza.

Operata tale scelta, determinare con certezza se, per le ipotesi negative (morte e *capitis deminutio* del *cognitor*), vi fosse una clausola edittale apposita e fosse esclusa la *causae cognitio*, non sembra allo stato possibile<sup>35</sup>.

A prescindere dall'esistenza o meno di altra previsione edittale, il duplice riferimento a esistenza in vita e godimento dello *status civitatis* sembra in ogni caso rispondere a un'esigenza concreta. Mentre le due ipotesi non menzionate, ma evocate *a contrario* (morte e *capitis deminutio*), con o senza *causae cognitio*, presentano indiscutibili caratteri di necessità legate alle conseguenze di eventi che 'annullano' – dal punto di vista giuridico o addirittura fisico – un soggetto, nelle due qui contemplate (*cognitor* vivo o cittadino), una sostituzione non è necessaria, ma può essere opportuna. Il che apre alla componente valutativa, di concreta ponderazione, che può emergere grazie alla *causae cognitio*<sup>36</sup>. Ciò, peraltro, proietterebbe la previsione edittale sullo sfondo di un movimento di progressiva estensione dell'impiego della *translatio iudicii*.

Si potrebbe forse aggiungere qualcosa in più, ragionando non sulle singole clausole, ma sul testo nel complesso. Il primo punto concerne il rapporto tra esistenza in vita e cittadinanza (che chiameremo: ipotesi positive), che può cogliersi meglio considerandone gli opposti, morte e *capitis deminutio* (ovvero: ipotesi negative). Vi è sicuramente una possibile connessione nell'equiparazione tra morte e *capitis deminutio* che, pur affermandosi propriamente in età postclassica, già si affaccia nei giuristi classici<sup>37</sup>. D'altro canto, la *capitis deminutio media* produceva l'estinzio-

<sup>34</sup> Offre un'indicazione preziosa HEUMANN-SECKEL 1926, 71 (n. 1), che qualifica l'espressione *in civitate* come opposta a *apud hostes* e la colloca sotto l'accezione giuridica di *ius proprium civitatis*, in particolare romana, rinviando a due esempi nei quali, appunto, l'essere *apud hostes* indica metaforicamente la perdita della cittadinanza, mentre *in civitate* il mantenerla. Sono due frammenti in materia di  *fictio legis Corneliae*, dove la riflessione ruota intorno all'opposizione *in civitate/apud hostes esse*: Iul. 62 dig. D.28.6.28, L. 759; Paul. sing. ad l. Falc. D.35.2.1.1, L. 921. Cfr., in particolare sul primo, VOCI 1967, 557 ss., spec. 562 s.; ALBANESE 1979, 36 s., 315 nt. 14.

<sup>35</sup> Quanto al caso morte, la possibilità di una *translatio* a favore del *dominus litis* è dedotta per via logica: cfr. DUQUESNE 1910, 126 nt. 1; BONIFACIO 1956, 89 s.

<sup>36</sup> KOSCHAKER 1905, 105; DUQUESNE 1910, 126 nt. 1; BONIFACIO 1956, 90, il quale non accenna però all'ipotesi di *capitis deminutio*: «la morte del *cognitor* è invece di per sé causa di *translatio*».

<sup>37</sup> BRETONE 1958, 917, che cita Gai. 1. 128, 3.101; Ulp. 33 ed. D.48.20.5 pr., L. 964. Equiparazione accolta dagli stessi glossatori: cfr. Gl. *Vel in civitate* ad D.3.3.17 pr., ove, benché la lezione del testo preveda *invito* in luogo di *a vivo*, si legge: «*nam si desiit esse civis, certum*

ne di tutti i rapporti giuridici facenti capo al *civis*<sup>38</sup>. Ciò premesso, le due ipotesi positive sarebbero, in altre parole, accomunate dall'individuare situazioni nelle quali l'apprezzamento del pretore è fondato su ragioni di opportunità e profili discrezionali che non possono venire prese in considerazione nelle ipotesi negative, nelle quali dati di necessità restringono il perimetro valutativo circa l'ammissibilità o meno della sostituzione<sup>39</sup>.

Se tutto ciò potesse considerarsi plausibile, in sintesi, le due ipotesi in esame non sarebbero da considerarsi in controluce rispetto ai rispettivi opposti, quanto piuttosto, come si accennava, un'estensione dell'ambito entro il quale l'azione del *dominus litis* veniva, con quella statuizione editale, ammessa. In altre parole, a prescindere dal problema dell'esistenza di apposite clausole edittali per situazioni altre o diverse (per fare luce sul quale non sembrano esservi elementi), mi sembra che l'interesse dell'inciso *a vivo* [*procuratore*] <*cognitore*> *vel in civitate manente* risieda nella finalità estensiva, ovvero nel fatto che potrebbe indicare situazioni 'nuove' per le quali si introduceva la possibilità di operare una *translatio iudicii*.

Terzo punto di interesse del gruppo di frammenti ulpiano, il riferimento alla *causae cognitio*, che prosegue con l'elencazione delle circostanze rilevanti, tutte attinenti alla persona da sostituire, siano esse di natura biologica o psicologica, necessaria o volontaria. Età, inaffidabilità, carcere, prigionia di guerra o presso briganti, lungo viaggio, *aliae similes causae*. Il breve elenco non era esaustivo, come attesta l'opzione di chiusura. Ma va rilevato anche un altro dettaglio. L'enumerazione si apre con un rinvio interno di Ulpiano a un passaggio precedente del suo commento, nel libro VIII, in materia di *cognitor ad litem suscipiendam datus* (... *quae supra diximus* ...).

Passaggio conservato nella compilazione e collocato da Lenel immediatamente prima della rubrica in esame<sup>40</sup>:

---

*est eum ipso iure mutatum: ut quia deportatus tunc enim habetur pro mortuo (...)*». L'equiparazione tra morte e *capitis deminutio media*, pur in altro contesto, è netta in Ulp. 37 *Sab.* D.26.2.11.4, L. 2835: *Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit vel in civitate esse desiit, poterit dari alius: ceterum si nullus supersit vel in civitate sit, legitima tutela succedit.*

<sup>38</sup> BRETONE 1958, 917.

<sup>39</sup> Cfr., pur in un discorso diverso, DUQUESNE 1929, 114. Per non dire, peraltro, dell'intervento dei successori del deceduto o del *capite minuto*. Così suggerisce ad esempio Ulp. 12 *ed.* D.4.5.2 pr., L. 413 (*Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. Ceterum sive amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum*), dove si afferma – con riferimento all'editto *de capite minutis* – che tale editto non sarà applicato a coloro che abbiano subito *capitis deminutio media* (e anche *maxima*), i quali non possono più essere convenuti in giudizio e l'azione dovrà rivolgersi contro cui perverranno i loro beni. In tal caso, quanto al nostro tema, dobbiamo immaginare che avrebbe potuto esservi un intreccio tra eredi del *capite minuto* e pretesa del *dominus litis* processuale.

<sup>40</sup> LENEL 1889, II, 449, sotto la rubrica *De cognitore ad litem suscipiendam dato*.

Ulp. 8 *ed.* D.3.3.8.3, L. 311: «[Procuratorem] <cognitorem> ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit», praetor ait, «iudicium accipere cogam». Verum ex causa non debet compelli. Ut puta inimicitiae capitales intervenerunt inter ipsum [procuratorem] <cognitorem> et dominum: scribit Iulianus debere in [procuratorem] <[cognitorem]> denegari actionem. Item si dignitas accesserit [procuratori] <cognitori>: vel rei publicae causa afuturus sit;

Ulp. 8 *ed.* D.3.3.10, L. 311: vel hereditas superveniens eum occupet: vel ex alia iusta causa. Hoc amplius et si habeat praesentem dominum, non debet compelli [procuratorem] <cognitorem>.

Ulp. 8 *ed.* D.3.3.13, L. 311: Sed haec neque passim admittenda sunt neque destricte deneganda, sed a praetore causa cognita temperanda.

Il pretore stabiliva che avrebbe costretto ad accettare il giudizio il *cognitor* nominato per il processo (*ad litem suscipiendam datum*)<sup>41</sup> e per il quale il *dominus litis* avesse dato garanzia per il giudicato. Tuttavia, aggiunge il giurista, il sostituto non avrebbe dovuto essere costretto, ricorrendo determinate circostanze (*ex causa non debet compelli*). Ad esempio, in caso di inimicitia capitale sopravvenuta tra *cognitor* e *dominus*, Salvio Giuliano sosteneva la *denegatio actionis* contro il *cognitor*. Parimenti se il *cognitor* avesse acquistato una *dignitas* elevata<sup>42</sup>; in caso di sua futura assenza *rei publicae causa*; se fosse stato occupato per un'eredità sopravvenuta; per *alia iusta causa*. Infine, non deve essere costretto ad accettare il giudizio quando sia presente il *dominus litis*. Anche per l'operatività di quest'altra clausola, infine, è prevista la *causae cognitio*, non potendosi né accettare indistintamente né respingere rigidamente tali cause.

La dinamica è evidentemente la medesima, così come le situazioni che possono formare oggetto di valutazione pretoria. Per questo il giurista si limitava a un semplice rinvio, aggiungendo le ipotesi che prima non aveva ricordato<sup>43</sup> e che invece riteneva importanti nel caso della *translatio*.

Una riprova perviene dai frammenti di altri giuristi inseriti dai compilatori nella trama discorsiva del *Digesto* subito dopo D.3.3.17<sup>44</sup>:

Gai. 3 *ed. prov.* D.3.3.21, L. 79: {Cognitor mutari potest, si distringatur ...} vel exilio, vel si latitet, vel inimicus postea fiat.

<sup>41</sup> «*Litem suscipere* kann gar nichts Anderes bedeuten, als den Act der Processbegründung»: WLASSAK 1892, 49 e nt. 7, contro il dubbio di interpolazione di LENEL 1889, I, 1226 nt. 2.

<sup>42</sup> Cfr. DE FILIPPI 2009, 110 ss.

<sup>43</sup> L'inciso *vel ex alia iusta causa* suggerisce di escludere natura tassativa all'elenco.

<sup>44</sup> Li riporto nell'edizione palingenetica (tra parentesi graffe il testo inserito da Lenel per dare senso compiuto alle porzioni di frasi). La *sedes materiae* è la rubrica *de cognitore abdicando vel mutando* per tutti, con l'eccezione del frammento di Modestino, i cui frammenti tratti dal libro 10 *pandectarum* non hanno consentito a LENEL 1889, I, 725, la definizione di una denominazione unificante.

Paul. 8 *ed.* D.3.3.20, 22, 24, L. 176: [Si] vel iudicio publico privatove vel valetudine vel maiore re sua distringatur [*scil. cognitor*] (22) aut adfinitate aliqua adversario iungatur, vel heres ei existat, (24) mutari debebit vel ipso [procuratore] <cognitore> postulante.

Mod. 10 *pand.* D.3.3.18, L. 132: [Post litem contestatam cognitor mutari aut abdicari non potest nisi causa cognita. In cognitione autem versatur] aut religionis beneficium.

Gaio avrebbe ricordato l'esilio, la latitanza, l'inimicizia, mentre Modestino il *beneficium religionis*. Più articolato il passo di Paolo: vi si legge un elenco di circostanze al verificarsi delle quali il *cognitor* dovrà essere cambiato (*mutari debebit*), chiuso dall'opzione che la richiesta di sostituzione provenga dallo stesso *cognitor*. Tale ultimo rilievo sembra aprire uno spiraglio su un ruolo anche del rappresentante nella procedura 'traslativa'.

Da questo punto di vista, l'elencazione di circostanze occorrenti al *cognitor*, dalle quali scaturirebbe la necessità di sostituirlo, suggerisce – e implicitamente conferma – che vi sia un momento nel quale la libertà del *dominus* è vincolata a determinati presupposti. Benché, in astratto, potrebbe anche indicare l'esistenza di situazioni nelle quali la sostituzione è necessaria pur nella generale libertà.

La presenza di una corrispondenza parziale (inimicizia, eredità) tra le *causae* indicate *per relationem* da Ulpiano e quelle di Gaio, Paolo e Modestino, se da un canto conferma una certa ricorrenza di alcune *causae*, dall'altra non chiude il novero entro un elenco tassativo, ma lo lascia aperto, come del resto i riferimenti generici ad *aliae causae* indicano.

La correlazione posta dal giurista tra due parti della propria opera tende una linea di continuità che mi pare consenta ulteriori osservazioni, marginali rispetto al tema specifico di nostro interesse, ma utili per un ragionamento sul contesto. Il rimando interno fissa una corrispondenza concettuale, entro le dinamiche riguardanti le vicende del *cognitor* nel processo, che corre lungo il filo delle *causae*, delle circostanze, da intendersi come situazioni cui il pretore, valutandole in sede di *causae cognitio*, collega disposizioni contingenti e di vario genere<sup>45</sup>.

Da un lato (*litem suscipere*) il pretore assicura il proprio intervento per garantire che il rappresentante, nominato e assistito da *cautio iudicatum solvi*, si faccia carico del processo, *accipiat iudicium*<sup>46</sup>. Ma, in presenza di determinate circostanze, il *cognitor* può essere esonerato dall'obbligo e per la valutazione di esse si apre una *causae cognitio*.

<sup>45</sup> Mutuo la definizione da THOMAS 1976, 376, ma v. da 342 ss. e 391 ss., per il rapporto con la *causae cognitio*. Cfr. GEORGESCU 1940, 133 ss., 136, dove discute di cause definite dalla legge, rispetto alle quali «le magistrat qui exécute l'acte n'a qu'à vérifier si les conditions légales sont remplies».

<sup>46</sup> Cfr. PUGLIESE 1963, 329.

Dall'altro lato (*iudicium transferre*), il giudizio avviato alla fase *apud iudicem* vede definite le persone delle controparti, ma, anche qui, la sopravvenienza di determinate circostanze – il cui novero coincide, sostanzialmente, con quelle della situazione giuridica precedente – conduce all'intervento del magistrato per una valutazione di merito sulle stesse. Se là vi è la promessa di un intervento coattivo (*cogam*), qui vi è la promessa di una concessione (il *mutare ... potest* di D.3.3.17 pr. si converte nel *permittedam* congetturalmente ricostruito in *Vat. fr.* 341).

La stessa coincidenza delle *causae*, che ritornano nell'una e nell'altra ipotesi, suggerisce non solo il modo di procedere nella definizione di nuovi strumenti giuridici (*causae* già addotte a sostegno di modificazioni o innovazioni normative, potranno, per ciò stesso, fornire giustificazione anche ad altre)<sup>47</sup>,

---

<sup>47</sup> Il filo delle circostanze appare come una caratteristica dello svolgimento e del consolidamento della disciplina della *cognitura* e della procura. L'originario principio *nemo alieno nomine agere potest* (Gai. 4.82; Ulp. 14 ed. D.50.17.123 pr., L. 488; I.4.10 pr.) è stato progressivamente eroso da considerazioni legate alla necessità di offrire risposte adeguate in situazioni che, altrimenti, avrebbero cagionato uno stallo. Su questa linea la testimonianza forse più risalente (indicativamente tra l'86 e l'82 a.C.; CANCELLI 1998, xxiv ss.; MARRONE 2010, 319) è offerta da *Rhet. ad Herenn.* 2.13.19: *Ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere; quod genus, ut maior annis LX et cui morbus causa est cognitorem det.* La nomina di un *cognitor* è ammessa per situazioni (*causae*, appunto) di età (avere superato i 60 anni) e malattia. Sono peraltro le stesse che, già secoli prima, nella normazione decemvirale fondavano il dovere dell'attore di mettere a disposizione del convenuto malato o anziano un mezzo di trasporto per presentarsi in giudizio: XII Tab. 1.3: *si morbus aevitasve vitium escit., iumentum dato* (cfr. MARRONE 2010, 320 nt. 41; sul versetto in generale, FIORI 2018, 54 s.). A queste se ne aggiunsero altre – tra le prime forse, la *peregrinatio*, che viene spesso menzionata, non solo nella *translatio iudicii* –, ma evidentemente soprattutto queste prime assunsero valore paradigmatico se le troviamo ricordate ancora nelle *Istituzioni giustiniane*: I.4.10 pr.: *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt quo minus rem suam ipsi exsequi possint.* Il passo mira a tracciare un percorso storico della *cognitura* giungendo fino alla figura del *procurator*. Punta a descrivere lo sviluppo dello strumento di rappresentanza, o sostituzione processuale, e lo fa 'appoggiandosi', per così dire, a circostanze concrete che lungi dal presentarsi come situazioni episodiche sembrano avere ormai assunto i caratteri di una tipicità che assurge a criterio normativo. Sulle problematiche del testo, cfr. FRANCIOSI 1961, 151 ss., il quale, comunque, non vede motivo di negare attendibilità alla testimonianza di Giustiniano, se posta in relazione a Gai. 4.82, che ne rappresenterebbe il modello. La *lex Hostilia de actione furti* è collocata da ROTONDI 1912, 480, nella sezione delle leggi di data incerta. Non mi soffermo sull'ampia discussione dottrina, segnalando soltanto: PUGLIESE 1962, 244 ss., spec. 250, dove lo studioso coglie, con riferimento all'ipotesi di *absens rei publicae causae*, un movimento di progressiva estensione della categoria; COSENTINO 1964, 273 ss., che, pur concentrandosi solo sul profilo dell'*agere pro tutela*, si sofferma brevemente anche sul quadro d'insieme; ANGELINI 1971, 189 (con cenno ai passi qui citati), il quale pure

ma anche il loro carattere di punti di riferimento affidabili, di tasselli per la costruzione di una disciplina.

Possiamo procedere nell'esame della disciplina descritta da Ulpiano:

Ulp. 9 ed. D.3.3.25, L. 314: Quae omnia non solum ex parte rei, sed etiam in persona actoris observabuntur. Sed si adversarius vel ipse [procurator] <cognitor> dicat dominum mentiri, apud praetorem haec finiri oportet. Nec ferendus est [procurator] <cognitor> qui sibi adserit [procuracionem] <cognituram>: nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito. Nisi forte purgare magis convicium quam [procuracionem] <cognituram> exsequi maluit. Et hactenus erit audiendus, si dicat se [procuracione] <cognitura> quidem carere velle, sed si id inlaesa existimatione sua fiat: ceterum ferendus erit pudorem suum purgans. Plane si dicat in rem suam se [procuratorem] <cognitorem> datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite. Item si retentione aliqua [procurator] <cognitor> uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda,

Il frammento si apre con l'osservazione di carattere generale sul fatto che le regole descritte dal giurista con riferimento al convenuto devono applicarsi anche se la traslazione avvenga dal lato dell'attore. Prosegue quindi concentrandosi sulla posizione del *cognitor*<sup>48</sup>. Si legge infatti che se l'avversario o lo stesso *cognitor* affermi che il *dominus litis* mente, ciò andrà discusso e definito davanti al pretore. Non si deve d'altro canto tollerare che il *cognitor* reclami per sé la procura (evidentemente opponendosi al trasferimento): l'imposizione della propria attività contro la volontà del titolare lo rende infatti poco affidabile (*suspectus*), a meno che il reclamo sia mosso dalla volontà non tanto di condurre a termine l'incarico, quanto di evitare il biasimo. E, in questo senso, avrà anche più diritto a essere ascoltato se si dichiarerà pronto a essere privato dell'incarico, ma senza che sia lesa la sua onorabilità, cosa che appare ragionevole al giurista (*ceterum ferendus erit pudorem suum purgans*). Infine, si considera l'opzione dell'incarico *in rem suam*: se il *cognitor* affermi questo e lo provi, non dovrà essere privato del processo. Analogamente, se egli avrà sostenuto delle spese, vi sarebbe stata qualche difficoltà nel procedere alla *translatio* (*non facile ab eo lis transferenda*). Qui, il pensiero di Ulpiano è troncato, ma i compilatori lo completano col frammento di una frase di Paolo:

---

argomenta a favore di una formazione progressiva della rappresentanza giudiziale; MARONE 2010, 311 ss., per il taglio in linea col tema della presente ricerca; infine, un quadro d'insieme sulla dottrina è ricostruito da SCIORTINO 2009, 159 ss.

<sup>48</sup> Per la natura interpolatoria del riferimento al *procurator*, sostituito a *cognitor*, cfr. LENEL 1889, II, 450 ntt. 4, 7; 451 ntt. 1-4; recepito da ERXLEBEN 2017, 23 s. L'impiego del verbo *dare* nell'ultima parte potrebbe offrire un elemento di conferma testuale (ma v. *supra*, nt. 24). In generale, il passo sarebbe interpolato secondo SOLAZZI 1911, 412.

Paul. 8 *ed.* D.3.3.26, L. 177: {Si retentione aliqua cognitor uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda}<sup>49</sup> nisi dominus ei solvere paratus sit.

Vi si farebbe riferimento al diritto di ritenzione riconosciuto al *cognitor* cui il *dominus litis* non intendesse rimborsare le spese sostenute e che potrebbe ostacolare la *translatio iudicii*. In realtà, il fatto stesso di avere dovuto ricorrere alle parole di un altro giurista spinge a chiedersi se fosse effettivamente questa la conclusione di Ulpiano e, in caso affermativo, se il suo discorso non fosse comunque più lungo e/o diversamente articolato.

Tornando a D.3.3.25, il passo suscita qualche perplessità in apertura, soprattutto la correlazione posta tra la prima e la seconda frase dall'avversativa *sed si*. Risulta poco chiaro se vi sia e quale sia il nesso tra la precisazione che le regole valgono tanto dal lato dell'attore, quanto del convenuto, e il tema delle obiezioni dell'avversario e del *cognitor* alla traslazione. Non ravvisando motivi di sostanza che depongano nel senso di un valore limitativo della frase di apertura – ovvero, nel senso che quanto segue valga soltanto *ex parte actoris*<sup>50</sup> – ritengo che il frammento vada recuperato al suo contesto, quale seguito del frammento che precede, secondo la ricostruzione palinogenetica.

Rileviamo una prima corrispondenza: se Ulp. 9 *ed.* D.3.3.25, L. 314 si apre col riferimento all'attore, il precedente (Ulp. 9 *ed.* D.3.3.17, 19, 23, L. 313) si apriva con un esplicito riferimento al convenuto (*post litem autem contestatam reus qui ...*)<sup>51</sup>. In quest'ultimo, si ricorderà, si fissavano alcuni criteri di operatività della *translatio iudicii* e si individuavano alcune *causae* traslative. Il discorso era tutto centrato sull'iniziativa del *dominus litis* convenuto. Se stiamo alla ricostruzione palinogenetica, il frammento seguente, ora in esame (D.3.3.25), si aggancia alla perfezione. Le parole di apertura (*quae omnia ...*) chiaramente si riferiscono a quanto precede, mentre l'inciso *ex parte rei* conferma che, verosimilmente, quanto precedeva era proprio D.3.3.17, 19, 23, dove appunto si discorreva del convenuto. Il senso della frase sarebbe dunque nell'estensione della disciplina già descritta per il conve-

<sup>49</sup> Tra parentesi graffe la ricostruzione di LENEL 1889, I, 979, proprio alla luce del passo ulpiano in discussione.

<sup>50</sup> Così ERXLEBEN 2017, 24 («Ulpian konzentriert seine Untersuchung auf die Situation, in der Prinzipal eine *translatio iudicii* a *cognitore* in *dominium* auf der Klägersseite beantragt hat»), 62, senza però entrare nel merito delle ragioni, salvo forse (26) l'affermazione circa il fatto che il *cognitor ex parte rei* potesse tutt'al più avere interesse a restare nel processo per la difesa contro asserzioni diffamatorie del titolare. Diversa l'impostazione di KOSCHAKER 1905, 89, che, pur accogliendo un'edizione del passo con una diversa interpunzione – che correla le due frasi in un unico periodo: ... *etiam in persona actoris observabuntur, sed si adversarius ...* –, pone il discorso sul piano generale dei rapporti *cognitor*/titolare, senza correlarlo alla sola ipotesi della parte attorea.

<sup>51</sup> PUGLIESE 1963, 268: *reus* anticamente indicava la «parte in genere» (cfr. PUGLIESE 1962, 226 s.), ma in seguito venne a designare «specificamente il convenuto».

nuto alla posizione dell'attore (*etiam in persona actoris observabuntur*)<sup>52</sup>.

A questo punto, l'avversativa introdotta dalla frase ancora seguente (*sed si adversarius ...*) può coerentemente riferirsi al discorso che precede nella sua interezza (restituita, ripeto, da L. 313 e 314 insieme). Se così fosse, il discorso si riferirebbe non a una parte processuale, ma a entrambe. I termini *adversarius* e *dominus* parrebbero confermarlo, poiché possono riferirsi genericamente a entrambe le controparti processuali<sup>53</sup>. D'altro canto, quando vuole discutere di aspetti concernenti una parte soltanto, Ulpiano lo precisa<sup>54</sup>. Ciò recupera un senso all'avversativa che non avrebbe particolare significato, se riferita solamente e specificamente all'attore, mentre ne assume uno preciso se collocata nel discorso complessivo: si discutono le situazioni che autorizzano il *dominus litis* alla sostituzione, quindi sposta l'attenzione sulle persona del sostituto processuale, segnalando le eccezioni (*sed si*, in questo senso) alla facoltà concessa al *dominus*.

A mio avviso, il giurista intende prima fissare un'identità di statuto giuridico sia per il convenuto sia per l'attore. Quindi spiega che l'eventuale menzogna del *dominus litis* (attore o convenuto), eccepita vuoi dalla controparte (*adversarius*), vuoi dal *cognitor*, deve comunque essere definita davanti al pretore. Infine, proseguendo nella lettura, la menzione del *cognitor* consente la trattazione di profili più specificamente legati a questo: *nec ferendus est [procurator] <cognitor>...* e via dicendo. Dopo avere considerato la posizione del *dominus litis* (prima dal lato del reo, quindi *per relationem* dell'attore), il discorso si sposta al rappresentante.

Chiariti gli aspetti processuali, veniamo al merito del documento. La prima ipotesi concerne un'eventuale menzogna del *dominus litis* rilevata dalla controparte o dallo stesso *cognitor*: il punto va definito davanti al pretore. La lettura del brano nel contesto palinogenetico suggerisce che la menzogna riguardi il tema specifico della *translatio* e verosimilmente le *causae* discusse prima. La sensazione è confermata dalle ipotesi che seguono, tutte relative a obiezioni del *cognitor*: che questi reclami per sé la *cognitura*, cosa ritenuta disdicevole, salvo il caso di essere mosso dalla volontà di tutelare la propria onorabilità; che affermi di essere nominato *in rem suam* e riesca a provarlo; che lamenti un diritto di ritenzione per spese sostenute.

Siamo in sostanza condotti nell'alveo della valutazione di possibili ragioni di scontro o dissidio tra il titolare e il suo rappresentante e tutto rientra nella valutazione che il pretore deve compiere: *haec finiri oportet*<sup>55</sup>. Ma

<sup>52</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 89 nt. 1.

<sup>53</sup> Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 20, s.v. *adversarius*; 158, s.v. *dominus* (spec. 159 n.3.b).

<sup>54</sup> Ulp. 9 ed. D.3.3.27.1, L. 317: *Si ex parte actoris ...*; Ulp. 9 ed. D.3.3.29, L. 318: *Si actor malit ...*

<sup>55</sup> Il verbo *finio* è qui impiegato nel significato di 'decidere': cfr. VIR, II, 891, s.v. *finio* (lett. C); HEUMANN-SECKEL 1926, 216 (n. 2.c).

non limiterei l'intervento pretorio alla prima ipotesi, in ragione di questo inciso. Il passo infatti prosegue con un andamento per aggiunta progressiva di nuove ipotesi alla prima, al fine di estendere il principio regolativo fissato: *nec ferendus est ...; plane si dicat ...; item si retentione ...*. Oltre a *finiri*, alludono a una delibazione altri elementi del testo: il passaggio *hactenus erit audiendus*, così come il *probaverit* finale, che addirittura apre a un'istruttoria<sup>56</sup>. Il verbo *audio* qualifica talora l'intervento del pretore e possiamo cogliervi un riferimento alla *causae cognitio*<sup>57</sup>. Quanto alla *probatio* circa la propria condizione di *cognitor in rem suam*, rimanda evidentemente all'ipotesi di dissidio interno tra *dominus* e *cognitor*: quando il *dominus* richieda il trasferimento omettendo che il *cognitor* è *in rem suam*, a quest'ultimo viene data la possibilità di dimostrare il proprio diretto interesse e da ciò deriva la non trasferibilità del processo (*non debet carere propria lite*)<sup>58</sup>. Quanto infine al *ius retentionis*, si configura un'ipotesi simile a quella per la concessione dell'*actio iudicati*, ma di portata generale<sup>59</sup>. Mentre in quel caso il *cognitor* sembra potersi avvalere direttamente dell'azione nascente dal giudicato, per le spese sostenute e solo in caso di insolvenza del *dominus*, qui invece la ritenzione sarebbe ammessa in ogni caso<sup>60</sup>. Il fine, in sostanza, è articolare la posizione del *cognitor*, indicando cosa sia lecito e cosa non lo sia.

In una prospettiva più ampia, assumendo come punto d'osservazione la *causae cognitio* – che continua ad essere il punto di riferimento del discorso –, il quadro si arricchisce di una pluralità di elementi e soggetti da considerare: prima il *reus* e l'*actor*, ora anche il *cognitor*.

---

<sup>56</sup> *Et hoc probaverit* (anzi: tutto il brano da *nisi forte purgare a probaverit*) è interpolato secondo SOLAZZI 1955, 412 s. e nt. 74.

<sup>57</sup> Cfr. VIR 1, 518, s.v. *audio*: «*Dictum de principe, magistratibus, inprimis praetore, iudice*»; HEUMANN-SECKEL 1926, 44 (n. 5). Nel contesto della procedura traslativa si trova impiegato in Gai. 3 ed. prov. D.3.3.46 pr., L. 80 (*infra*, 70 ss.).

<sup>58</sup> Ragionando sulla legittimazione del *cognitor* all'*actio iudicati*, KOSCHAKER 1905, 138 s., vi coglie una connessione con Ulp. 1 *disp.* D.3.3.28, L. 33 (discusso *infra*, 68 ss.), per sostenere che al *cognitor* fosse chiesto di provare la propria condizione di rappresentante *in rem suam*. SOLAZZI 1910, 57 s., ha rilevato che, semmai, D.3.3.28 prova il contrario, nel momento in cui vi si dice che il convenuto dispone di un'*exceptio* per contestare che il *cognitor* fosse *in rem suam*. Tuttavia, al netto delle riserve di questo autore sulla genuinità del brano, egli non esclude l'ammissibilità di una simile *probatio*, quando contestualizzata al tema specifico della *translatio iudicii* e dei rapporti interni tra rappresentante e rappresentato (413).

<sup>59</sup> Paul. 1 *sent.* D.3.3.30, L. 1918 (= PS 1.3.9): *Actoris procurator non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest desiderare, ut sibi ex iudicati actione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.*

<sup>60</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 92 s., il quale (94 s. e nt. 2) legge in questo quadro il segno che il *cognitor* non avesse un diritto di rimanere nel processo per il solo fatto di essere *cognitor*, cogliendovi una differenza rispetto alla situazione del *procurator* che invece dopo la *litis contestatio* assumeva la posizione di *dominus litis*. La condizione del *procurator* sarebbe attestata da C.2.12.22 (Constantinus, a. 319).

Il discorso sulla *causae cognitio* si chiude con la prima parte di D.3.3.27 pr.: nel frammento complessivo (composto da pr. e §1), confluiscono tre temi diversi e opportunamente Lenel lo ha scomposto in tre parti autonome (Ulp. nn. 315-317). Li analizzeremo secondo tale partizione<sup>61</sup>.

Ulp. 9 ed. D.3.3.27 pr., L. 315: In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a <procuratore> [cognitore] iudicium permittatur, si quis omnia iudicii ab eo transferre paratus sit. Ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, iuste <procurator> [cognitor] hanc inconstantiam recusabit.

Nella valutazione discrezionale il pretore dovrà ponderare un ulteriore elemento, ovvero la disponibilità a trasferire dal *cognitor* tutte le implicazioni del *iudicium*, non soltanto una parte<sup>62</sup>. Se vorrà trasferire qualcosa e qualcosa lasciare, il *cognitor* potrà rifiutare (*recusabit*) tale instabilità<sup>63</sup>.

La *causae cognitio* si estende alla valutazione delle dimensioni della traslazione, immaginando l'ipotesi che il subentrante al *cognitor* intenda limitare il proprio ingresso nel processo non facendosene carico integralmente. Il generico riferimento a un *aliquis* (*si quis* ...) induce a ritenere che il passo non riguardi soltanto il *dominus litis*, ma qualunque soggetto subentrante, fosse anche un nuovo *cognitor*<sup>64</sup>. Il punto merita di essere sottolineato, alla luce del fatto che alcuni autori assumono che *quis* debba identificarsi col *dominus*<sup>65</sup>. Tuttavia, nulla conduce univocamente in tale direzione, nemmeno ragioni di ordine logico, quando si consideri che la clausola edittale avrebbe potuto comprendere non solo l'ipotesi di *iudicium transferre in se*, ma anche *in alium cognitorem*<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> LENEL, 1889, II, 450 (altresi 1927, 88 nt. 1). In particolare, il pr. è scomposto in due parti: la prima interessa la *causae cognitio*; la seconda (D.3.3.27 pr. (extr.), L. 316) la *translatio iudicii procuratoria* (infra, § 2.3). Il § 1, infine, attiene al rapporto tra *translatio iudicii* e *cautio iudicatum solvi* (infra, § 2.4.). La seconda parte è generalmente considerata insiticia, perché riferita al *procurator*: KOSCHAKER 1905, 46 ss.; DUQUESNE 1910, 57 nt. 1, 160 ss.; BONIFACIO 1956, 97; SERRAO 1947, 38.

<sup>62</sup> KOSCHAKER 1905, 76, legge in *omnia iudicii* il riferimento «auf die Prozesskautionen, vor allem auf die *sponsio* und *restipulatio tertiae* und *dimidiae partis*». Non invece (nt. 4) alla *cautio iudicatum solvi* che è richiesta al titolare per il *cognitor*.

<sup>63</sup> Mi pare di poter intendere così il significato di *inconstantia*, che non presenta altre occorrenze nella letteratura giuridica: cfr. VIR 3, 692, s.v. *inconstantia*; HEUMANN-SECKEL 1926, 257, s.v. *inconstans*: «Unbeständigkeit».

<sup>64</sup> Nella traduzione di SCHIPANI 2005, 235, si trova un riferimento al 'titolare', il che induce a leggervi un riferimento esclusivo al *dominus litis*. Diversamente in altre traduzioni: VIGNALI 1856, 484: «nel solo caso che taluno»; WATSON 1998, 1, 89: «if anyone».

<sup>65</sup> KOSCHAKER 1905, 76 s.; DUQUESNE 1910, 160.

<sup>66</sup> Si ricorderà che Ulp. 9 ed. D.3.3.17 pr., L. 313 (supra, 34) ragiona sia di trasferimento verso il *dominus litis* sia di mutamento del *cognitor*. La ricostruzione mommseniana di Vat. fr. 341 (supra, 31) recepisce del resto tale opzione. Così LENEL 1927, 94.

Quanto all'estensione della traslazione, la frase *si quis omnia iudicii ab eo transferre paratus sit* mi pare fissi un rapporto diretto tra subentrante (quale che sia) e subentrato, attribuendo alla volontà di quest'ultimo un ruolo e un peso nella dinamica traslativa. Del resto, se, come si è visto poco fa, il *cognitor* ha voce in capitolo in fase di assunzione dell'incarico (potendo eccepire elementi che lo esentino dall'assunzione coatta del medesimo), non parrebbe giustificato che, solo per il fatto che la sostituzione sopravvenga *post litem contestatam*, egli non possa interloquire in alcun modo.

La conseguenza è rilevante, quando si consideri il profilo della *causae cognitio*. Si deve infatti immaginare un momento di discussione davanti al pretore che veda la partecipazione evidentemente del *dominus litis* (titolare *ex edicto* del potere di chiedere la sostituzione), ma poi tanto del soggetto subentrante (nel caso non si tratti di *translatio in se*), quanto del *cognitor* originario. Essa assume pertanto la connotazione precisa di una vera e propria discussione a più voci, nella quale il vaglio dei profili interessati si fa articolato e approfondito.

### 2.3. La translatio iudicii procuratoria

La trattazione di Ulpiano continua con la seconda parte di D.3.3.27 pr., che tuttavia Lenel, per le ragioni poc'anzi accennate, classifica come estratto autonomo, L. 316:

Ulp. 9 ed. D.3.3.27 pr. (extr.)<sup>67</sup>, L. 316: Sed haec ita, si mandato domini procurator egit. Ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit, nec tu ea comprobasti: quae invito te acta sunt tibi non praeiudicant ideoque translatio earum litium non est tibi necessaria, ne alieno facto oneraris. Haec autem cognitio procuratoris mutandi praetoris est.

Ma così è – affermerebbe il giurista – se il *procurator* abbia agito su mandato del *dominus litis*. Diversamente, la *translatio* di quelle liti non sarebbe necessaria, posto che nulla è stato dedotto in giudizio, né approvato. Quanto sia stato compiuto dal *procurator*, in tal caso, non produce alcuna preclusione processuale (*praeiudicant*)<sup>68</sup> e si finirebbe con l'essere onerati dal fatto altrui. Anche la *mutatio procuratoris* rientrerebbe nella *cognitio* pretoria.

L'impiego del condizionale, nella parafrasi testé proposta, intende segnalare i forti dubbi sulla cifra ulpiana del passo, che, anzi, è stato pressoché unanimemente considerato interpolato<sup>69</sup>. Secondo Lenel, Ulpiano avrebbe

<sup>67</sup> Riprendo, per comodità di individuazione, la dicitura di LENEL 1889, II, 450 *ad l.*

<sup>68</sup> Per questo significato di *praeiudicare*, cfr. MARRONE 1955, 269 nt. 436.

<sup>69</sup> EISELE 1881, 175, vi coglie l'eco di un rescritto riferito in C.7.56.1 (Alexander, a. 222);

semplicemente operato un'estensione al *procurator* della disciplina fin lì descritta, più o meno con le parole: *Haec autem omnia etiam in procuratore observabuntur*<sup>70</sup>. Il frammento, pertanto, non sarebbe utilizzabile per recuperare informazioni sulla *translatio iudicii procuratoria* nell'età di Ulpiano, salvo dedurne, come la correzione di Lenel suggerisce, che i compilatori siano intervenuti su un originario riferimento di Ulpiano attestante, nella sostanza, l'estensione della disciplina al *procurator*. La dottrina più risalente tendeva ad escluderla<sup>71</sup>, essenzialmente (e senza aprire qui una discussione lunga e complessa) sulla scorta del fatto che si riteneva la figura del *procurator ad litem* postclassica<sup>72</sup>. In tempi più recenti, ammessa la classicità di tale figura<sup>73</sup>, l'esclusione di un riferimento, nell'editto pretorio, anche alla *translatio iudicii procuratoria* poggia invece sul fatto che la sentenza pro o contro il *procurator* «non avrebbe avuto effetti diretti nei confronti del *dominus*», così che questi, qualora avesse avuto obiezioni rispetto alla condotta del *procurator*, «avrebbe potuto iniziare senza *translatio iudicii* un nuovo processo contro l'avversario». Per questo, che l'editto si riferisse «anche al *procurator ad litem* sarebbe stato praticamente inutile»<sup>74</sup>.

L'osservazione, in generale, è ampiamente condivisibile, ma mi pare debba invece, nel caso specifico, confrontarsi con il fatto che il nodo del passo non è l'estensione della disciplina *cognitoria* al *procurator*, bensì la diversità di soluzioni a disposizione del *dominus* a seconda che il *procurator* sia o meno stato incaricato della gestione del processo. Centrale, almeno a mio avviso, il passaggio *non est tibi necessaria*, che, presupponendo l'ammissibilità della *translatio*, segnala quando non sia necessaria e, per converso, quando lo sia. Lo è quando vi sia stato un conferimento di incarico, con il che la *res* è dedotta in giudizio. Non lo è quando il *procurator* abbia agito senza incarico (dando idonea garanzia *de rato*)<sup>75</sup>. In tal caso,

---

KOSCHAKER 1905, 46 ss., 51 (ove segnala, in particolare, il brusco passaggio alla forma diretta); DUQUESNE 1910, 160 ss. (con discussione critica della dottrina precedente); WIRBEL 1911, 143 nt. 2; altra letteratura in LEVY-RABEL 1929a, 33 s.; 1929b, 38; in anni successivi: SERRAO 1947, 38; MECKE 1962, 138 ss.; GEHRICH 1963, 88 ss.; ERXLEBEN 2017, 60 ss.

<sup>70</sup> LENEL 1889, II, 450 nt. 6. Il riferimento al *procurator* sarebbe attestato dal passaggio *cum neque in iudicium quicquam deduxerit*: ERXLEBEN 2017, 60.

<sup>71</sup> Cfr. *supra*, nt. 17.

<sup>72</sup> Sul *procurator ad litem* la discussione è articolata e approfondita. Può essere ricostruita attraverso i lavori di SERRAO 1947, 41 ss.; MECKE 1962, 100 ss.; GEHRICH 1963, 49; PUGLIESE 1963, 329 ss.; ANGELINI 1971, 175 ss., ove in particolare si trova una trattazione rinnovata dell'intera tematica, da leggersi unitamente alla discussione di BURDESE 1971, 307 ss.; in tempi recenti, BRIGUGLIO 2007, 1 ss.; MARRONE 2010, 340 ss., ove a 341 nt. 105 altra bibliografia.

<sup>73</sup> PUGLIESE 1963, 331; ANGELINI 1971, 175 ss., 181 ss.

<sup>74</sup> MARRONE 2010, 142 e nt. 109.

<sup>75</sup> Cfr. Gai. 4.84, 4.98. Sulla contestazione della genuinità del primo testo, poggiava la dottrina richiamata poc'anzi: cfr., per tutti, SERRAO 1947, 14 ss. e *passim*; PUGLIESE 1963,

come pure il passo in esame precisa, gli atti del rappresentante non precludono (*praeiudicant*)<sup>76</sup> l'avvio di un nuovo processo, secondo quanto si è ricordato poc'anzi. Il che non significa, tuttavia, che il trasferimento del processo non fosse possibile, anche se non necessario<sup>77</sup>.

Sullo sfondo sembra, peraltro, potersi cogliere un'eco del dibattito giurisprudenziale sul perimetro d'estensione della nozione di *procurator*, intorno al quale si giocava la possibilità di un trattamento unitario rispetto a una pluralità di figure specifiche. Muovendo dalla figura del procuratore mandatario, infatti, ci si interrogava sulla possibilità di ampliare il concetto di procuratore «a qualsiasi *quis*», verosimilmente al fine di estendere, conseguentemente, «il principio della consumazione dell'azione» già affermato per il primo<sup>78</sup>. Nel passo in esame, tale diversità di prospettive – nella quale, pur dandone notizia, Ulpiano non si riconosceva<sup>79</sup> – emerge indirettamente.

D'altro canto, la stessa logica della preclusione processuale conduce nell'alveo del processo formulare e dell'età classica. Riportata al tempo dei compilatori, tale affermazione sarebbe stata più difficile da comprendere, non solo per le ragioni generali legate alla diversa dinamica della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*, ma in specie considerando che dal 294 venne dichiarato irrilevante che la *translatio iudicii* al *procurator* venisse compiuta prima o dopo l'avvio del processo<sup>80</sup>.

---

331. Sul secondo testo, e sul principio di non consumazione della domanda, cfr. KASER-HACKL 1996, 215, ove a nt. 53 altra bibliografia; MARRONE 2009, 279.

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, nt. 68.

<sup>77</sup> Pur non discutendo questo specifico passo, esprime la medesima posizione MARRONE 2010, 342, il quale esclude che l'editto pretorio si occupasse anche di consentire al *dominus litis* la revoca del «proprio rappresentante anche contro la sua volontà», ammettendo, invece (nt. 109), già per l'età classica, la *translatio iudicii* «d'accordo tra le parti (...) anche in ordine a processi condotti da *procuratores*» (un cenno, conforme, anche in MARRONE 2009, 279). Egli individua il momento di estensione della *translatio iudicii* anche in situazione di contenzioso tra *dominus litis* e *procurator* in C.2.12.22 (Constantinus, a. 319), in un'epoca in cui la fusione tra quest'ultima figura e il *cognitor* era già avviata. Cfr. già BROGGINI 1959, 334 nt. 82.

<sup>78</sup> Il rilievo è formulato (senza riferimenti al passo in esame) da ANGELINI 1971, 191 (ma v. da 186), ragionando su Ulp. 9 *ed.* D.3.3.1.1, L. 320. La tesi della consumazione dell'azione nel caso di procuratore munito di mandato poggia su Ulp. 75 *ed.* D.44.2.11.7, L. 1670. La lettura di Angelini è condivisa da BURDESE 1971, 325.

<sup>79</sup> Il nodo della discussione, come accennato nella nota precedente, è dato da Ulp. 9 *ed.* D.3.3.1.1, L. 320, ove il giurista severiano dà atto della presenza di «*quidam*» contrari a qualificare procuratore colui che avesse ricevuto mandato per agire in giudizio. Cfr. ANGELINI 1971, 186 ss.

<sup>80</sup> C.2.12.20 (Diocletianus et Maximianus, a. 294): *Nihil arbitramur interesse, utrum ab initio an coepta iam lite negotium ad personam procuratoris transitum fecerit*. Per il significato di *negotium* come 'processo', cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 365 s., s.v. *negotium* (n. 2). Quanto al riferimento al momento iniziale della lite, ritengo possano tornare utili le cautele di MARRONE 2009, 280 nt. 73, ove con riferimento a un passaggio simile [CTh. 2.12.1 (Iulia-

Alla luce dei rilievi svolti, pur non potendosi considerare superati i dubbi di interventi sul testo<sup>81</sup>, nemmeno sembra possibile rifiutarlo integralmente e con sicurezza, almeno quanto alla sostanza del contenuto<sup>82</sup>. Che si traduce, per quanto di nostro interesse, nel prendere atto della possibilità di applicare la *translatio iudicii* al *procurator*.

Il dato può essere ulteriormente verificato, attraverso tre testi, sulla genuinità dei quali non sembrano esservi dubbi<sup>83</sup>:

Scaev. 5 *resp.* D.46.8.5, L. 308: Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.

Papin. 11 *resp.* D.20.6.1.2, L. 657: Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit: in dominum iudicio postea translato [fideiussores] <sponsores><sup>84</sup> ob rem iudicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt.

Paul. 5 *Plaut.* D.17.1.45.1, L. 1113: Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim perfecisti mandatum.

I primi due frammenti, di Scevola e Papiniano, attengono al *procurator absentis*<sup>85</sup>. Nel primo, il giurista afferma, in merito alla *cautio rem ratam haberi*, che la ratifica del *dominus litis* possa anche manifestarsi *actu*, col dare prosecuzione alla lite intrapresa dal *procurator*. L'azione posta in essere dal titolare non può che presupporre la possibilità di una *translatio iudicii* dal *procurator* al *dominus*. Papiniano, in un frammento sul quale torneremo a breve in modo più approfondito, esamina la situazione del *defensor absentis* e dell'efficacia della garanzia prestata per segnalare che, in caso di *translatio iudicii* al *dominus litis*, le garanzie prestate dagli *sponsores* verranno meno.

---

nus, a. 363), sulla quale cfr. NÖRR 1963, 19 ss.], precisa: «Con le parole 'una volta istituito il giudizio', intendo 'una volta pervenuti a un momento del giudizio al quale (...) andavano riferiti gli effetti che nel processo formulare erano propri della *litis contestatio*'». Non è chiara la struttura della *litis contestatio* nelle *cognitiones* classiche, ma sembra certo che fosse diversa da quella del processo formulare: cfr. PUGLIESE 1979, 426 ss.

<sup>81</sup> Sui quali *supra*, in testo.

<sup>82</sup> Cfr. ERXLEBEN 2017, 62.

<sup>83</sup> Sul primo frammento, in particolare, cfr. KOSCHAKER 1905, 68 ss. e DUQUESNE 1910, 135 nt. 5, le cui posizioni sono criticate da BONIFACIO 1956, 100; su quest'ultimo, BROGGINI 1959, 334 nt. 82.

<sup>84</sup> LENEL 1889, I, 931 nt. 2.

<sup>85</sup> La figura del *defensor absentis* si colloca a fianco di *procurator* e *cognitor* (PUGLIESE 1963, 332 s.), ma viene pacificamente assimilata al *procurator* (con specifico riferimento ai passi in esame: BONIFACIO 1956, 99 ss.).

Paolo, infine, nella trattazione del mandato<sup>86</sup>, adduce l'esempio dell'incarico a *suscipere iudicium*, per chiarire l'inammissibilità, *sine iusta causa*<sup>87</sup>, dell'azione tesa ad ottenere il trasferimento del processo, non essendosi ancora condotto a termine il mandato, conferito, appunto, per la gestione del medesimo.

Come li si voglia guardare, questi passi testimoniano senza dubbio l'esistenza di una *translatio iudicii procuratoria*, anche nel caso di *procurator absentis*<sup>88</sup>. E ciò, come si è detto, non contraddice la notizia ulpiana di D.3.3.27 pr. (extr.) appena discussa, posto che in essa non si esclude una traslazione concordata tra le parti, pur non giudicandola 'necessaria'.

Il punto, del resto, non era negato nemmeno dalla dottrina, quella stessa che così tenacemente negava ogni genuinità al testo di Ulpiano. Semplicemente, in forme diverse, gli studiosi concordavano nell'escludere che si trattasse – per usare le parole di Bonifacio – di «una vera e propria *translatio procuratoria*»<sup>89</sup>; oppure vi individuavano elementi a conferma di un secondo problema (dopo quello sull'esistenza di tale strumento processuale): se la *translatio iudicii procuratoria* avesse le medesime caratteristiche e struttura di quella *cognitoria*<sup>90</sup>. Nodo sul quale torneremo a breve, nel prossimo paragrafo<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Lo chiarisce meglio la prima parte del passo, Paul. 5 *Plaut.* D.17.1.45 pr., L. 1113: *Si mandatu meo fundum emeris, utrum cum dederis pretium ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones.*

<sup>87</sup> Sospetta un'interpolazione BESELER 1925, 253.

<sup>88</sup> Così già BROGGINI 1959, 334 nt. 82.

<sup>89</sup> BONIFACIO 1956, 100, le argomentazioni del quale, in sintesi, ruotano attorno all'idea che la disciplina per il *procurator*, in età classica, non fosse sottoposta alle medesime regole della *translatio cognitoria* (p. 99). Mentre, al fondo, il tema è quello dell'impossibilità di una *translatio iudicii* chiesta e ottenuta dal *dominus litis* in assenza o contro la volontà del *procurator*, posto che ciò sarebbe stato possibile solo in presenza di disposizione edittale, della quale invece non vi è traccia. L'unica possibilità sarebbe stata quella di un accordo tra le parti. Si vedano tuttavia – contro Bonifacio e proprio su questi testi – le critiche e la rilettura proposta da BROGGINI 1959, 334 nt. 82.

<sup>90</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 53 ss. e DUQUESNE 1910, 137 ss. Entrambi gli autori individuano nei passi elementi a favore della propria tesi generale sulla *translatio iudicii*. Ne critica le rispettive letture, con argomenti convincenti, BONIFACIO 1956, 100 ss.

<sup>91</sup> Quanto allo sviluppo della disciplina della *translatio procuratoria* in età postclassica, sulla quale qui non ci soffermiamo, qualche elemento sembra ricavabile da C.2.12.22 (Constantinus, a. 319) «che estese in via generale ai giudizi condotti da *procuratores* la *translatio iudicii cognitoria*» (MARRONE 2009, 279, il cui discorso principale, è bene ricordarlo, ruota intorno alla qualifica di *dominus litis* in generale). Il compimento di un passo ulteriore è attestato da C.Th. 2.12.1 (Iulianus, a. 363) [= C.2.12.23, salvo l'espunzione di alcune parole e alcune modifiche formali: MARRONE 2009, 280], ove si stabilisce che il *procurator* potrà, anche dopo la morte del mandante, terminare i giudizi iniziati: *Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum*

In merito al primo problema – se una *translatio procuratoria* esistesse – la risposta non può che essere positiva, benché non vi siano elementi a favore dell'esistenza di una apposita clausola edittale. Non si può ad ogni modo negare che, già nell'età di Ulpiano, potesse registrarsi un movimento di avvicinamento tra le due figure di sostituti processuali. Né si può invocare, a sostegno di una differenza disciplinare, la concessione o meno dell'*actio iudicati*, a favore o contro il *dominus litis*, a processo concluso<sup>92</sup>. Azione di cui sarebbe direttamente titolare, attivo o passivo, il *dominus litis*, in caso di *cognitura*; il *procurator*, nel caso della procura. Ma è un problema che l'adozione di una prospettiva storica consente di superare agevolmente. È dato acquisito che, in una prima fase, «ad essere attivamente e passivamente legittimato all'azione del giudicato era il *cognitor*, non il *dominus litis*», mentre la concessione al *dominus litis* fu il frutto di un intervento pretorio<sup>93</sup>. Lo stesso movimento di sviluppo investì, in un secondo momento<sup>94</sup>, il *procurator*, come attesta Papin. 2 *resp. Vat. fr.* 331, L. 411, che accostando *procurator praesentis* e *cognitor*, ammette anche per il primo caso, previa *causae cognitio*, la legittimazione attiva e passiva del *dominus* all'*actio iudicati*<sup>95</sup>. Sul tema della titolarità dell'*actio iudicati* torneremo più avanti. Per ora mi pare sufficiente registrare che non vi fossero significativi ostacoli all'operatività della *translatio iudicii* anche con riferimento al *procurator* e che non sembra vi fossero particolari differenze nella dinamica di funzionamento, rispetto al *cognitor*.

---

*eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe cum et procuratorem posse eum instituere et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres iuris voluerunt conditores.* Il definitivo superamento della *translatio iudicii* – stando alla ricostruzione di MARRONE 2009, 281 s. – si avrà con C.Th. 2.12.7 (Theodosius et Valentinianus, a. 424), ove, ormai pienamente parificati *cognitor* e *procurator*, si stabilisce che, deceduti costoro, il giudizio tornerà nelle mani del principale automaticamente e *statim*, «da intendere, senza necessità di dovere attivare quel procedimento di *translatio iudicii* che (...) era prima richiesto (almeno sin tutta l'età classica) quando moriva una delle parti del giudizio» (p. 282). Si tenga tuttavia presente che, secondo NÖRR 1963, 26 ss., il «Rechtsfall» originale tratterebbe del *cognitor in rem suam* (riferendo peraltro, p. 37, una disciplina forse applicabile al *cognitor* in generale). Sulle due costituzioni, cfr. i rilievi di DUQUESNE 1910, 126 nt. 1; BONIFACIO 1956, 98 s.

<sup>92</sup> La titolarità dell'*actio iudicati* quale presupposto per attivare la *translatio iudicii* è centrale nella teoria di BONIFACIO 1956, spec. 22 ss.

<sup>93</sup> Cfr., per tutti, MARRONE 2010, 334 ss., ma v. già da 325 ss. (la citazione è a p. 336, ove, a nt. 92, ampia bibliografia); un cenno in MARRONE 2009, 283.

<sup>94</sup> A favore di una sfasatura temporale si esprime MARRONE 2010, 342.

<sup>95</sup> Papin. 2 *resp. Vat. fr.* 331, L. 411: *Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum iudicati actio.* Cfr. BONIFACIO 1956, 98 (alla luce di questo frammento giudica la *translatio procuratoria* probabile, ma solo come «caso limite»); BROGGINI 1959, 334 nt. 82; MARRONE 2010, 335.

### 2.3.1. *La (presunta) disciplina autonoma della translatio procuratoria*

Il secondo quesito da considerare – dopo quello relativo all'esistenza di una *translatio procuratoria* in età classica – attiene alla disciplina di essa, in particolare se coincidesse o meno con quella prevista per il *cognitor*. Intorno a questo aspetto si è interrogata la dottrina, nella specie Koschaker, lavorando su due testi.

Prima di esaminarli, è bene precisare che trattano delle garanzie, soprattutto della *cautio iudicatum solvi*. Sui contatti tra questa e lo strumento traslativo ci fermeremo più avanti. Come si vedrà, essi sono però poco rilevanti per indagare quella relazione, mentre è più utile approfondirli in questa sede, proprio per la presenza della figura del *procurator* e per la funzione cardine assegnatagli nella costruzione della *translatio iudicii procuratoria* come tipologia traslativa autonoma.

Papin. 11 *resp.* D.20.6.1.2, L. 657: *Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit: in dominum iudicio postea translato [fideiussores] <sponsores>*<sup>96</sup> *ob rem iudicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt.*

Il difensore di un assente ha prestato garanzia per l'adempimento del giudicato: una volta che il processo sia stato trasferito al *dominus litis*, non saranno vincolati né i garanti che quello diede per la cosa giudicata, né i pegni dati<sup>97</sup>.

La prospettiva è quella di una *translatio* dal lato del convenuto e, nella fattispecie, dal difensore al *dominus litis*<sup>98</sup>. La *cautio* è già stata prestata e si tratta di definirne l'efficacia. L'attenzione è focalizzata sulla situazione dei garanti (verosimilmente *sponsores* nel testo originale<sup>99</sup>), dei quali si dice che non saranno tenuti per la cosa giudicata. Con Koschaker, si ritiene solitamente che la *cautio* perda efficacia nei confronti di tutti e dunque

<sup>96</sup> LENEL 1889, I, 931 nt. 2.

<sup>97</sup> Il punto della dazione di pegno è forse sembrato non chiarissimo già ai glossatori, che lo avevano risolto immaginando una dazione di pegno da parte del promittente, non degli *sponsores*: cfr. Gl. *Defensor* ad D.20.6.1.2, 1593: «... obtulit se Titius defensionis tuae, et iudicatum solvi promisit, & fideius. dedit vel pignora. An in te reum translato iudicio pignora designant vel fideiussores teneri quaeritur?». D'altro canto, l'estrema concisione risponde allo stile proprio di quest'opera di Papiniano: cfr. SCHULZ 1953, 424.

<sup>98</sup> Si tratta di un *procurator*, secondo KOSCHAKER 1905, 52. Sempre da tenere presente che l'ipotesi – come tutte quelle coinvolgenti il *procurator* – non trova appiglio edittale, ma poggia su riscontri interni: cfr. KASER-HACKL 1996, 216 e ntt. 58, 59, dove si citano, oltre a questo passo, Paul. 5 *Plaut.* D.17.1.45 pr.-1, L. 1113 e Scaev. 5 *resp.* D.46.8.5, L. 309 (discussi poc'anzi).

<sup>99</sup> Cfr. LENEL 1889, I, 931 nt. 2; WIRBEL 1911, 149 nt. 2; LEVY-RABEL 1929, I, 397; ERXLEBEN 2017, 65 nt. 254.

sia liberato anche il promittente, ovvero il *defensor*<sup>100</sup>.

Su questo testo poggia parte importante della teoria di Koschaker sulla *translatio iudicii* e sul diverso regime tra *translatio cognitoria* (che manterrebbe unitario il *iudicium*) e *translatio procuratoria* (che invece condurrebbe a un *novum iudicium*)<sup>101</sup>. Egli tiene sullo sfondo i due passi relativi all'inefficacia della *cautio iudicatum solvi* – Ulp. 1 *disp.* D.5.1.64.1, L. 34 e Ulp. 7 *disp.* D.46.7.13.1, L. 137<sup>102</sup> –, il cui significato sostanziale è che la promozione di un'azione diversa da quella per la quale si era data garanzia, renda inefficace la stipulazione. Il suo ragionamento segue una logica molto lineare: se la *cautio* perde efficacia a fronte del fatto che si agisca per *alia res* rispetto a quella garantita, preso atto del fatto che la *translatio iudicii* non incide sull'efficacia della *cautio*, ne deriva che la *translatio cognitoria* non conduca a un *novum iudicium*<sup>103</sup>. Diversamente accadrebbe in occasione della *translatio procuratoria*: in tal caso *non committitur stipulatio* quando il processo si concentri verso *alia res*.

In altre parole: se il procuratore si libera dalla responsabilità derivante dalla *cautio iudicatum solvi*, se ne conclude che tale liberazione non possa che essere fondata sul fatto che il *iudicium translatum* è *alia res*<sup>104</sup>. E ciò sarebbe provato – sul fronte della *translatio iudicii* – proprio dal frammento papiniano appena citato, ove l'estinzione dell'obbligazione non farebbe che confermare la tesi<sup>105</sup>. Koschaker immagina una *expromissio* del procurator dal processo, conseguente al subentro del *dominus*<sup>106</sup>.

Di questa dinamica fornirebbe conferma un passo di Gaio, pur relativo al *cognitor*, che è opportuno esaminare, prima di tornare a Papiniano:

Gai. 27 *ed. prov.* D.46.7.7, L. 363: Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit [procurator] <cognitor> a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? Et nihil aliud dici potest quam committi. Quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Iulianus non putat stipulationem

<sup>100</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 60 s., la cui lettura è piuttosto articolata, come si dirà a breve in testo.

<sup>101</sup> KOSCHAKER 1905, 58 ss. Il quesito di partenza riguarda il cuore della tesi di questo studioso, ovvero l'esistenza di un «Vertrag *sui generis* (Translationsvertrag)» che garantisca l'identità del procedimento («der die Identität des Streitverhältnisses unberührt ließe»).

<sup>102</sup> Sui quali *infra*, 63.

<sup>103</sup> Koschaker lo ricava dalla lettura di Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27.1, L. 317, che si occupa del *cognitor*: *infra*, 63 ss.

<sup>104</sup> KOSCHAKER 1905, 57 s.: «Sollte nun der Prokurator infolge *translatio iudicii* von der Haftung aus der *cautio iudicatum solvi* frei werden, so liegt es nahe, daraus den Schluss zu ziehen, daß diese Befreiung ihren Grund eben darin findet, daß das *translatum iudicium alia res* ist». La tesi è oggetto di critica articolata da parte di DUQUESNE 1907a, 200 ss.

<sup>105</sup> KOSCHAKER 1905, 58 s., la cui discussione segue immediatamente quella su Ulp. 1 *disp.* D.5.1.64.1, L. 34 e Ulp. 7 *disp.* D.46.7.13.1, L. 137. Cfr. DUQUESNE 1907, 221, 227.

<sup>106</sup> KOSCHAKER 1905, 60 s.

committi: nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est, sed oportere etiam causam personae eandem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit. Et ideo si is, qui [procurator] <cognitor> datus est, heres exstiterit domino atque ita acceperit iudicium sive etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio: nam et alias responsum esse, si quis absentem defendens satisdederit, deinde, vel [procurator] <cognitor> ab eo datus vel postquam heres ei extitit, iudicium acceperit, [fideiussores] <sponsores> non teneri<sup>107</sup>.

Viene posta la questione se possa considerarsi efficace la *cautio iudicatum solvi*<sup>108</sup> nel momento in cui, prima dell'accettazione del *iudicium*, il *dominus litis* convenuto abbia proibito al *cognitor* di entrare in giudizio e l'attore, ignorandolo, agisca: l'unica soluzione sembra essere affermativa. Se però l'attore sia consapevole del divieto, l'opinione di Giuliano è che la *stipulatio* perda efficacia, non essendo sufficiente al mantenimento il compimento dell'*accipere iudicium* con la persona indicata nella *stipulatio*<sup>109</sup>, ma essendo altresì necessario che il titolo (*causa*)<sup>110</sup> della persona sia lo stesso del tempo in cui la garanzia è stata interposta. E per questo, se il *cognitor* diventi erede del *dominus litis* e in tale posizione (*et ita*) accetti il processo o se lo accetti ancorché vietatogli, la *stipulatio* è inefficace. In altri casi è stata espressa l'opinione che, se il *defensor absentis* abbia dato una *satisdatio* e quindi (*deinde*) accetti il processo o quale *cognitor* o dopo esserne divenuto erede, gli *sponsores* non siano vincolati.

In sintesi, il passo ruota attorno all'*accipere iudicium* come momento che cristallizza il titolo giuridico in base al quale le parti processuali agiscono, definendo la correlazione tra azione intentata, in base a una data posizione giuridica, e garanzia prestata. Secondo Koschaker, il *defensor* che divenga *cognitor* vedrà sostituita la *cautio* prestata in prima persona con una (seconda) *cautio* prestata dal *dominus*, secondo le regole generali in questo ambito<sup>111</sup>. Di qui la liberazione dei garanti e, ovviamente, del *defensor*<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Sul testo cfr. LENEL 1889, I, 233 ntt. 3-6; LEVY-RABEL 1935, 472.

<sup>108</sup> Cfr. LENEL 1889, I, 233 nt. 2: «*Agitur de clausula ob rem iudicatam*».

<sup>109</sup> Sull'espressione *quae stipulationi comprehensa est* si è soffermato DUQUESNE 1910, 69 s. nt. 1, ritenendo di trovare un appiglio alla tesi, da lui sostenuta, del carattere personale della struttura della *cautio*, con esiti che però non hanno convinto la dottrina successiva. Anzi, fortemente critico LENEL 1927, 534, che invece vi legge un riferimento alla persona del *cognitor*. La portata dell'espressione resta da chiarire, secondo MANTOVANI 1999, 104 nt. 542, che qualifica il passo come «caso particolare della *cautio* prestata dal *dominus litis* per il *cognitor*». Un tentativo, nel solco di Lenel, è stato fatto in anni recenti da FINKENAUER 2009, 341 s., all'interno di una rilettura complessiva del passo.

<sup>110</sup> Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 59 ss. Sul punto cfr. *infra*, in testo e relative note.

<sup>111</sup> In merito al secondo caso indicato da Gaio, la nomina a erede del *dominus litis*, la spiegazione di KOSCHAKER 1905, 61 nt. 1 è un po' più articolata, ma segue la medesima impostazione, ancorché in punto di logica complessiva presenti qualche problema, opportunamente segnalato da BONIFACIO 1956, 11 nt. 37.

La tesi della *expromissio* e della ‘seconda’ *cautio* è stata criticata, in particolare, da Duquesne<sup>113</sup>, ma, in generale, tutta la ricostruzione di Koschaker è stata da più parti e sotto diversi profili attaccata, soprattutto in punto di costruzione logica e sulla supposta equivalenza tra intervento traslativo e *alia res*<sup>114</sup>. Il dato centrale è l’assenza di elementi per affermare che la *translatio iudicii* trasformi il processo in *alia res* e che questo sia il motivo dell’inefficacia della *cautio*. Anzi, motivi più che fondati inducono a ritenere che le ragioni dell’inefficacia discendano da dinamiche interne alla stipulazione di garanzia<sup>115</sup>.

Il dato è abbastanza evidente, nel caso di D.46.7.7, dove Gaio sta discutendo espressamente di *cautio iudicatum solvi* e delle dinamiche che conducono alla sua inefficacia. Il ragionamento, come si accennava, ruota intorno al mutamento della posizione giuridica della persona per la quale si sia garantito, o – come nell’ipotesi finale che riguarda il *defensor absentis* – che abbia dato garanzia, con specifico riguardo a un preciso termine *ante quem*, individuato dall’*accipere iudicium*: mutamenti nella posizione giuridica producono l’inefficacia della garanzia<sup>116</sup>. La parte finale del passo offre alcuni esempi nei quali, mutata la *causa personae*<sup>117</sup> prima che il *iudicium* fosse *acceptum*, la *stipulatio* fu riconosciuta inefficace e i garanti sciolti dal vincolo<sup>118</sup>.

Per quanto di nostro specifico interesse, non risultano, nel passo gaiano, elementi utili alla comprensione del funzionamento della *translatio iudicii*, ove peraltro, tutto si svolge *post litem contestatam*. Le regole di cui

<sup>112</sup> KOSCHAKER 1905, 60 s.; KRÜGER 1906, 543: «... die Befreiung (des Defensors und) seiner Bürgen ...».

<sup>113</sup> DUQUESNE 1907, 201 s., ma cfr. anche BONIFACIO 1956, 11 s.

<sup>114</sup> DUQUESNE 1907, 227; 1910, 62 ss.; BONIFACIO 1956, 10 ss.; ERXLEBEN 2017, 69 ss., mantiene la critica – con argomenti puntuali e ampiamente condivisibili – sulla non equiparabilità tra *translatio iudicii* e emersione di *alia res*, nonché sulla inesistenza di una differenza tra le ipotesi traslative cognitoria e procuratoria.

<sup>115</sup> BONIFACIO 1956, 11 s.; ERXLEBEN 2017, 70.

<sup>116</sup> BONIFACIO 1959, 54: «Caratteristica fondamentale della *c.i.s.* è che essa è prestata in relazione a un giudizio determinato in tutti i suoi elementi, il che porta alla conseguenza che il variare di uno di questi produce la risoluzione degli effetti della *stipulatio*».

<sup>117</sup> Cfr. FINKENAUER 2009, 341.

<sup>118</sup> Cfr. BONIFACIO 1959, 54 s., il quale – a proposito dell’azione presentata davanti a un giudice diverso – cita Ulp. 77 *ed. D.46.7.3 pr.*, L. 1698, su cui però *infra*, nt. 140. Peraltro, non è forse da trascurare che la disciplina ricavabile dal passo non è rigidamente definita: nel passaggio iniziale sulla consapevolezza o meno, in capo all’attore, della presenza di una *prohibitio del dominus litis*, si coglie il peso della valutazione politica del pretore. L’inefficacia della *cautio*, in altre parole, non risponde a ragioni strettamente tecniche e oggettive (ri-conducibili, ad esempio, alla incoercibilità di un soggetto non nominato nella *stipulatio* o alla presenza di un divieto, che, in certo modo, annulla l’impegno preso con la *datio cautionis*), ma viene ricollegata a evidenti ragioni di tutela dell’attore ignaro del divieto, che non potrà che fare affidamento su ciò che sa, ovvero che vi è un *cognitor datus* e assistito da garanti.

si occupa Gaio, come si è visto, sono tutte pertinenti ad accadimenti e mutamenti anteriori alla *litis contestatio*, quando ancora non sia stato *acceptum* il *iudicium*.

Discorso in parte diverso per il passo di Papiniano, al quale ora possiamo tornare. Qui effettivamente l'inefficacia della *cautio* segue la *translatio iudicii* al *dominus litis*. La successione cronologica, tuttavia, non implica correlazione causale. È stato osservato, contro le argomentazioni di Koschaker esposte poc'anzi, che la ragione dell'inefficacia risiede nel mutamento di – meglio: nel venire meno della – *causa* per la quale la *cautio* era stata prestata. Laddove il termine *causa* ora indica genericamente il 'titolo'<sup>119</sup>, ora è precisato come *causa personae*, da intendersi verosimilmente come posizione giuridica del *defensor*<sup>120</sup>. Nella sostanza concordo sul principio comune a entrambe le prospettive, ovvero che il *defensor* esce dal processo e, venendo meno il vincolo principale, cade anche quello accessorio.

Si può però forse precisare meglio il nodo giuridico, considerando il contesto della riflessione papiniana e il frammento nella sua interezza, da cui emerge che il paragrafo sinora discusso sia tratto da un frammento nel quale il giurista si occupa di liberazione dei pegni<sup>121</sup>. Il riferimento al-

---

<sup>119</sup> Cfr. DUQUESNE 1907, 227 e 1910, 62 s.; BONIFACIO 1956, 11 s., lo legge insieme a D.46.7.7 e attribuisce a *causa* il valore di 'titolo', concludendo che «nella fattispecie di D.20.6.1.2 abbiamo qualcosa di più [scil.: rispetto a D.46.7.7]; e cioè che colui che ha prestato la *cautio* viene estromesso dal processo: la condanna non potrà più cadere su di lui e conseguentemente egli non sarà più tenuto *ex cautione*; gli *sponsores*, per il carattere di accessorietà proprio della garanzia, saranno a loro volta liberati». Il senso è chiaro, ancorché in realtà dire che solo in D.20.6.1.2 si abbia una estromissione dal processo e non anche in D.46.7.7 mi appare non del tutto corretto, in prospettiva strettamente giuridica. Se in D.20.6.1.2 è certo che il *procurator* perda contatto col processo da ogni punto di vista, lo stesso deve dirsi, sul piano del diritto, anche per D.46.7.7: il fatto che, in tale ultimo caso, la persona fisica dapprima intervenuta come *procurator absentis*, rimanga nel processo come *cognitor* o erede del *dominus litis*, non toglie che la condanna o la responsabilità che gli saranno attribuite non saranno comunque più legate alla *cautio* originariamente prestata, in quanto, sul piano giuridico, egli non è il 'medesimo' soggetto di prima.

<sup>120</sup> ERXLEBEN 2017, 70 ss., che (70 nt. 277, 72 nt. 284), coglie una somiglianza con la situazione indicata in Paul. 8 ed. D.3.3.14, L. 173: *Si post datum [procuratorem] <cognitorem>*: LENEL 1889, I, 978 nt. 2] *capitales inimicitiae intercesserunt, non cogendum accipere iudicium nec stipulationem ob rem non defensam committi, quoniam nova causa sit*. Tuttavia, a mio modo di vedere, in questo caso, diversamente da quello discusso in testo, non si tratta di un problema legato al mutamento di posizione giuridica, quanto al sopravvenire di una situazione concreta che impedisce la coazione del *cognitor*, nel senso indicato in Ulp. 8 ed. D.3.3.8.3, L. 311: ... *verum ex causa non debet compelli*. Sul passo paolino, cfr. FINKE-NAUER 2009, 344. Su *causa* come 'posizione giuridica', cfr. GEORGESCU 1940, 197 ss.

<sup>121</sup> Papin. 11 resp. D.20.6.1 pr.-2, L. 657: *Debitoris absentis amicus negotia gessit et pignora citra emptionem pecunia sua liberavit: ius pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: si tamen possideat, exceptione doli defenditur*. (1) *Cum venditor numerata sibi parte pretii praedium quod venierat pignori accepisset ac postea residuum pretium emptori litteris ad eum missis donasset, eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat. Iure pignoris fiscum frustra*

la *translatio iudicii* assume, dunque, carattere incidentale e quasi cursorio. L'interesse del giurista verte sulla parte che – isolando il frammento dal contesto, come gli studiosi della *translatio* hanno fatto – è meno facile comprendere ed anzi appare irrilevante: *nec pignora quae dederunt*. Se così è, allora, il *focus* non solo non è sullo strumento traslativo, ma non verte nemmeno sulle ragioni che conducono all'inefficacia della *cautio*: l'attenzione è posta invece sulle vicende che conducono all'estinzione del pegno, che, essendo garanzia accessoria, non può prescindere dall'esistenza dell'obbligazione principale<sup>122</sup>. Nel momento in cui la persona garantita – il *defensor* – si spoglia del processo, trasferendolo al *dominus litis*, evidentemente l'impegno dei datori di pegno viene meno<sup>123</sup>.

Gli esiti sono gli stessi indicati dalla dottrina citata poc'anzi, ma il percorso mi pare diverso: non vi è alcun problema di venire meno della *causa* nel senso di 'titolo', né di mutamento della *causa personae* del promittente

---

*petere praedium, qui successerat in locum venditoris, apparuit, cuius pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit., cui non est locus in pignore liberando. (2) Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit: in dominum iudicio postea translato fideiussores ob rem iudicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt.* Nel *Digesto* è inserito nel titolo 20.6, *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, mentre LENEL, 1889, I, 931, lo inserisce nel titolo *Ad formulam hypothecariam*.

<sup>122</sup> Cfr. FREZZA 1963, 99 s., 277 ss.; KASER 1971, 468. Nel caso di specie, siamo di fronte a una *satisfactio* (qualunque obbligazione può essere garantita da pegno: Marcian. *sing. form. hypotec.* D.20.1.5 pr., L. 18, su cui FREZZA 1963, 194) affiancata da una dazione di pegno (cfr., per un caso simile, Afric. 7 *quaest.* D.46.3.38.5, L. 81), ma la sostanza del ragionamento è identica. Va invece evidenziato che la peculiare modalità estintiva del pegno qui considerata da Papiniano non trova altri riscontri, né sembra rientrare nel novero delle modalità estintive censite nelle fonti. Si deve d'altro canto tenere presente che modi e forme di estinzione del pegno sono oggetto di discussione, per il fatto che non sono chiari i limiti della *satisfactio*, indicata (insieme a *solutio* e *mora accipiendi*) come modalità estintiva nella formula dell'*actio pigneraticia in rem* (cfr. MANTOVANI 1999, 45). Senza entrare nel merito della questione, possiamo in questa sede attenerci al principio enucleato da FREZZA 1963, 281, il quale, individuando ampio spazio di manovra per i giuristi, nel definire concretamente la nozione di *satisfactio* (così come quella di *solutio*), la riteneva «vincolata solamente dal risultato pratico voluto dal pretore: di voler considerare estinto il vincolo pignoratorio quando il creditore o fosse stato soddisfatto (*solutio*), o avesse consentito un nuovo regolamento del negozio, che implicasse, esplicitamente o implicitamente, l'estinzione del vincolo pignoratorio (*satisfactio*)». Utilizzando questa chiave di lettura e tornando al passo papiniano, si potrebbe forse osservare sotto una nuova luce il fatto che le tre situazioni estintive indicate dal giurista sembrano accomunate dal riferirsi ad atti dai quali si ricava, implicitamente, una volontà estintiva del pegno, pur senza ricorso a forme, per così dire, 'canoniche' (es.: novazione, giuramento, decisorio, *pactum de non petendo*, etc.), intravedendovi il segno di quell'opera «libera» della giurisprudenza, cui Frezza (che pure non discute questa fonte) fa riferimento.

<sup>123</sup> Entrambi i passi qui discussi, peraltro, non parlano di *stipulatio non committi*, ma del fatto che gli *sponsores* siano liberati: cfr. FINKENAUER 2009, 343. Da questo però non mi pare possa trarsi alcun elemento in relazione alle dinamiche della *translatio*, posto che in D.46.7.7 essa non è presa in considerazione, mentre in D.20.6.1.2 garanti e pegni costituiscono il merito del discorso ed è normale che il giurista si occupi di essi.

(come invece nei casi descritti in D.46.7.7.). È lo spostamento dell'obbligazione principale su una persona altra che fa cadere l'obbligazione accessoria, liberando garanti e pegni. Ma, soprattutto, non si può trarre alcuna indicazione in merito al funzionamento della *translatio iudicii* e ai suoi riflessi sul *iudicium* cristallizzato dalla *litis contestatio*: l'obbligazione accessoria decade perché quella principale non grava più sulla persona garantita, non perché vi sia stata qualche forma di novazione o di rinnovo della *litis contestatio* innescati dalla *translatio iudicii*. Si potrebbe anzi sostenere il contrario, ovvero che il frammento attesti implicitamente che la *translatio iudicii* non intaccasse l'unità del processo e proprio per questo intervenne un responso, che, valorizzando il dato del mutamento delle persone gravate dal processo, spinse a decidere, nella pratica, per la decadenza delle garanzie prestate a favore di persone diverse<sup>124</sup>.

Una conferma 'tardiva' circa un'originaria differenza di natura fra *translatio procuratoria* e *cognitoria* è stata individuata da Eisele in un scolio di Taleo ai *Basilici*:

*Sch.* Ἑρμηνεία (2) ad Bas. 8.2.94 (SCHEL. B. I, 159 = HEIM. I, 413): (...) Τὸ γὰρ παλαιὸν ἑτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον, ὅτε τις μετὰ προκάταρξιν δέδωκε προκουράτωρα<sup>125</sup>.

Il tema è quello della dazione del *procurator* in rapporto alla conclusione o meno della *litis contestatio*. Lo scoliaste precisa, in chiusura del passo, che quanto disposto dalla costituzione imperiale e ripreso nella versione greca non corrisponde a quanto accadeva un tempo, quando la nomina del *procurator post litis contestationem* avrebbe comportato l'impiego di 'altre parole' (ἑτέροις ῥήμασιν, *aliis verbis*). L'espressione alluderebbe, secondo Eisele, alla concessione di una nuova formula al procuratore subentrante: «der Procurator (...) eine andere Formel bekam»<sup>126</sup>. Il *procura-*

<sup>124</sup> La provenienza dai *libri responsorum* potrebbe forse offrire un elemento ulteriore (oltre a quanto *supra*, nt. 122) di conferma rispetto al fondamento problematico e alla natura decisionale del frammento, considerando natura e impostazione dell'opera: cfr. SCHULZ 1953, 424 ss.; FREZZA 1977, 217 ss., del quale possono tornare utili in particolare i rilievi sull'impiego sia di determinati verbi (come *apparuit*, *constabat*, *videbatur*), sia delle forme diverse dall'indicativo (imperfetto e perfetto, ma anche futuro), in quanto degli uni e delle altre si ha puntuale riscontro nell'intero frammento in discussione: tutti elementi indicativi di un dibattito sfociante in una dichiarazione giudiziale.

<sup>125</sup> La traduzione di Heimbach è la seguente: «*Olim enim aliis verbis exercebatur, si quis post litis contestationem procuratorem dedisset*». Lo scolio si riferisce a Bas. 8.2.94 (SCHEL. A. I, 452): Μηδὲν διαφερέτω τοῦ πρὸ τῆς προκατάρξεως ἐντολέως ὁ μετὰ προκατάρξιν δοθεὶς; che, a sua volta, è relativo a C.2.12.20 (*supra*, nt. 80).

<sup>126</sup> EISELE 1881, 139. Il rilievo è condiviso da KOSCHAKER 1905, 115, il quale ne esplicita in qualche modo il ragionamento, affermando che lo scoliaste non può riferirsi alla sola modifica della *condemnatio*, ma deve alludere «auf die fiktizische Fassung der Translationsformel» e conseguentemente alla necessità di una *restitutio in integrum*.

tor, in altre parole, avrebbe ricevuto una *formula* diversa da quella che gli sarebbe stata data se fosse stato nominato ‘prima’ della *litis contestatio*.

Si ricorderà che è stato proprio questo rilievo di Eisele ad aprire una nuova stagione di studi sulla *translatio iudicii*<sup>127</sup>. Tuttavia, nel merito, gli argomenti addotti dallo studioso per l’interpretazione del documento, sembrano non avere retto alla prova del tempo, né a riletture, per così dire, non preconcepite. Vi ha aderito Koschaker, che, per non accettare un’idea di un’osservazione banale («wäre doch zu platt») da parte di Taleleo, coglieva nell’interpretazione di Eisele un modo per valorizzarla, ma finiva così per farle dire troppo<sup>128</sup>. La dottrina successiva, quando non ha semplicemente ignorato il passo, ha criticato la lettura di Eisele, anche nel merito: salvo il caso di situazioni in cui la preclusione processuale operasse *ipso iure* – ove la *restitutio in integrum* avrebbe richiesto, in sintesi, una nuova *formula* – nei numerosi altri, in cui avrebbe operato *ope exceptionis*, la *restitutio* «si sarebbe realizzata – è lo stesso Eisele a sostenerlo – con la *denegatio* dell’*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*»<sup>129</sup>.

Natura meno stringente, ma non meno pertinente, ha il rilievo relativo alla oggettiva difficoltà di trarre indizi in merito alle dinamiche della *translatio iudicii* nel processo formulare dal semplice inciso ‘con altre parole’ (ἑτέροις ῥήμασιν = *aliis verbis*). Questo, a mio avviso, anche nel caso in cui si volesse scavare negli strati semantici del sostantivo (ῥῆμα) e dell’aggettivo greco (ἕτερος) fino a recuperarne le rispettive accezioni di ‘formula’ e ‘diverso’<sup>130</sup>, così da tradurre ‘un tempo si procedeva con formule diverse, quando qualcuno voleva dare un *procurator* dopo la *litis contestatio*’. A parte la difficoltà di contestualizzare la scelta del plurale, non sarebbe comunque possibile stabilire se Taleleo si riferisse a una *formula* nuova o soltanto a una modificazione della precedente.

Va da sé che non ritengo possibile, in alcun modo, affermare che nel documento si fissi una distinzione tra *procurator* e *cognitor*, quando quest’ultima figura non è nemmeno evocata.

<sup>127</sup> *Supra*, 13 s.

<sup>128</sup> KOSCHAKER 1905, 114 s.: «Die Worte ἑτέροις ῥήμασιν ἐκινεῖτο τὸ δικαστήριον hat Eisele m.E. ganz richtig gedeutet, wenn er darin eine Anspielung auf die fiktizische Fassung der Translationsformel erblickte und daraus weiter schloss, dass es zur *translatio iudicii* auf einen Prokurator erst einer *restitutio in integrum* bedürfe».

<sup>129</sup> BONIFACIO 1956, 14, che si riferisce a EISELE 1881b, 139. La critica di Bonifacio era già stata formulata da DUQUESNE 1910, 34 ss.

<sup>130</sup> Cfr., rispettivamente, CHANTRAINE 1970, 325 s., s.v. 2. εἶρω: «Le formes nominales sont plus caractéristiques du sens propre de “formule religieuse” ou “juridique”»; ROCCI 1991, 777 s.v. ἕτερος (n. 5).

## 2.4. Translatio iudicii e cautio iudicatum solvi

### 2.4.1. Premessa

Il discorso di Ulpiano prosegue con un frammento che pone in relazione *translatio iudicii* e *cautio iudicatum solvi*<sup>131</sup>. Come noto, consiste in uno strumento di garanzia che l'attore poteva richiedere per fronteggiare il pericolo di insolvenza del convenuto, in particolare – ma non solo<sup>132</sup> – nel caso in cui intervenisse un terzo, come *defensor* del convenuto<sup>133</sup>. Più propriamente, è una *satisdatio*, perché «sempre accompagnata dalle garanzie prestate dagli *sponsores*»<sup>134</sup>. Altre regole stabiliscono poi chi sia onerato dal dovere di prestare la *cautio*: se l'azione è contro il *cognitor* la garanzia è prestata dal *dominus litis*; se contro il *procurator*, questi garantisce in prima persona<sup>135</sup>.

La *cautio iudicatum solvi* entra nel nostro orizzonte di studio principalmente attraverso tre testimonianze, una di Ulpiano (9 ed. D.3.3.27.1, L. 317), relativa alla *translatio iudicii* dal lato dell'attore; le altre due di Gaio

---

<sup>131</sup> Gai. 4.91. La bibliografia sulla *cautio iudicatum solvi* non è molto ampia: DUQUESNE 1907; 1907b; 1910, 59 ss.; LENEL 1927, 530 ss.; LA ROSA 1956; BONIFACIO 1959, 54 s.; FINKENAUER 2009, 339 ss. La clausola *de re iudicata* è solo una delle tre previste dalla *cautio* (insieme a quella *de re defendenda* e *de dolo malo* indicate in Ulp. 78 ed. D.46.7.6, L. 1707), ma per funzione e peso ha prevalso nella denominazione: LENEL 1927, 531; KASER-HACKL 1996, 280.

<sup>132</sup> Cfr. Gai. 4.89 (sul convenuto *proprio nomine* con azione reale: deve prestare la *cautio* in ogni caso); Gai. 4.102 (convenuto *proprio nomine* con azione personale: la *cautio* va prestata solo in ipotesi determinate, ivi indicate); LA ROSA 1956, 160 ss.

<sup>133</sup> Gai 4.90: *Multoque magis mihi satisdare, si alieno nomine iudicium accipias*; completato da Gai. 4.101: *Ab eius uero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interueniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur*. Cfr. PUGLIESE 1963, 345. Ciò risponde all'esigenza di salvaguardare l'attore, il quale, contestando la lite con qualunque terzo intervenisse per il convenuto, consumava l'azione: Ulp. 75 ed. D.44.2.11.7, L. 1670.

<sup>134</sup> LA ROSA 1956, 160 nt. 1. Lo strumento della *cautio iudicatum solvi* presenta alcune problematiche sulla quali non mi soffermo, rinviando ad alcuni lavori di riferimento: LENEL 1927, 530 ss.; DUQUESNE 1907; 1907b, 321 ss.; 1910, 59 ss.; PUGLIESE 1963, 72 s.; KASER-HACKL 1996, 280 s.; MANTOVANI 1999, 104 nt. 542.

<sup>135</sup> Gai. 4.101. In realtà la casistica è più variegata, comprendendo, ad esempio, il caso del *cognitor* che, consapevole della mancata prestazione da parte del *dominus litis* della *satisdatio*, accettava comunque la difesa (*liti se offerre*) e prestava direttamente la *cautio*, assumendo le vesti di semplice *defensor*. Inoltre, come segnala MARRONE 2010, 328 e nt. 66, a proposito di Gai. 4.90, «nelle azioni reali l'onere della *satisdatio iudicatum solvi* gravava sullo stesso *cognitor* (...) anche se ciò viene solitamente ignorato». O ancora, il *procurator praesentis*, che era parificato al *cognitor* (Papin. 2 resp. Vat. fr. 331, L. 411: ... *pro cognitore placuit haberi* ...) e per questo veniva garantito dal *dominus litis*. Il discorso si intreccia peraltro con la problematica della titolarità dell'*actio iudicati*: cfr. PUGLIESE 1963, 346 ss. Nel complesso, considerando il nostro ambito di interessi, non è necessario approfondire ulteriormente.

(3 *ed. prov.* D.3.3.46 pr., L. 80) e Papiniano (11 *resp.* D.20.6.1.2, L. 657), relative al trasferimento dal lato del convenuto<sup>136</sup>. Li affronteremo in questi ordine, pur contrastante con quello cronologico, per ragioni di comodità espositiva. Dell'ultima, peraltro, ci siamo occupati nel paragrafo precedente, mostrando come poco possa contribuire a chiarire la dinamica della *translatio iudicii*: ci limiteremo a richiamarla a conclusione del § 2.4.3.

Senza aprire una riflessione sullo strumento cautelare, ricordiamone preliminarmente i tratti che più direttamente può essere utile tenere presente. Il primo concerne la struttura di esso. Il tema del carattere personale o meno della *cautio iudicatum solvi* è stato ampiamente discusso e si presenta di non facile soluzione<sup>137</sup>. Non è nostro interesse trattarlo in questa sede, ma è necessario ricordare il carattere congetturale di tutte le argomentazioni a favore, imperniate essenzialmente su un ragionamento analogico rispetto alla *cautio pro praede litis et vindiciarum*<sup>138</sup>. In base ai dati delle fonti, invece, la formula della *cautio iudicatum solvi* si presentava come una *stipulatio* tra attore e convenuto, senza riferimenti a eredi o sostituti<sup>139</sup>.

Il secondo tratto riguarda l'estinzione. Sembra che promuovere un'azione diversa da quella 'garantita' conducesse all'inefficacia della *cautio*<sup>140</sup>:

<sup>136</sup> Scrive DUQUESNE 1910, 59, a proposito dei testi di Ulpiano e Papiniano: «deux textes (...) qui nous parlent de la repercussion de la *translatio iudicii* sur la *cautio iudicatum solvi*».

<sup>137</sup> Sulla quale cfr. LA ROSA 1956, 160 ss. Un esempio della complessità del problema è offerto proprio dal frammento di Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27.1, L. 317, che porremo in esame a breve. KOSCHAKER 1905, 58 nt. 1, lo adduce a prova della probabile struttura impersonale della *cautio iudicatum solvi*. Solo così si poteva spiegare il fatto che, nonostante il mutamento di persona, la *cautio* mantenesse efficacia. La posizione di Koschaker è analiticamente discussa e criticata da DUQUESNE 1907, 197 ss., il quale – in esito a un lungo percorso, tutto teso all'affermazione del carattere personale della *cautio* – afferma che essa conteneva l'indicazione di più persone titolate ad azionarla e che ciò fosse confermato dal medesimo passo di Ulpiano: in caso contrario, il cambio di parte ne avrebbe dovuto comportare l'estinzione. La diametrica opposizione nell'interpretazione della medesima fonte mi pare esemplarmente indicativa di una modalità di lettura delle fonti che (a) le assume, peraltro in ottica sincronica, come direttamente rispecchianti la disciplina giuridica vigente (quasi si trattasse di diritto positivo) e (b) per tale motivo, conduce a ricostruzioni che necessariamente individuino modalità di integrazione del frammento all'interno della propria visione.

<sup>138</sup> La cui *formula* avrebbe previsto il riferimento, per entrambe le parti, a erede, *cognitor* e *procurator*: cfr. MANTOVANI 1999, 103 s. La posizione è vigorosamente sostenuta da DUQUESNE 1907, 207 ss. (poi in 1910, 59 ss.); seguito da LA ROSA 1956, 176 nt. 41; *contra* LENEL 1927, 533 s.; KASER-HACKL 1996, 280 nt. 19, ove si precisa che poteva adempiere anche un terzo.

<sup>139</sup> Cfr. MANTOVANI 1999, 104 (ove a ntt. 542, 543 si trova un quadro della problematica qui trattata): *Qua de re ego tecum acturus sum quod ob eam rem iudicatum erit solvi eamque rem boni viri arbitrato defendi quo si ita factum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo*.

<sup>140</sup> Non sembrano invece esservi indicazioni per il caso di azione *ex cautione iudicatum solvi* promossa davanti a un giudice diverso, poiché Ulp. 77 *ed.* D.46.7.3 pr., L. 1698 (*Si quis apud aliquem iudicem iturus stipulatus est iudicatum solvi et agit apud alterum, non commit-*

Ulp. 1 *disp.* D.5.1.64.1, L. 34: Si quis alio iudicio acturus iudicatum solvi satis acceperit, deinde in alio iudicio agat, non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur.

Ulp. 7 *disp.* D.46.7.13.1, L. 137: Si fuero a [fideiussore] <sponsore> procuratoris stipulatus iudicatum solvi quasi in rem acturus et postea in personam egero, vel alia actione acturus, aliam autem dictavero actionem, non committitur stipulatio, quia de alia actum videtur, de alia stipulatio interposita<sup>141</sup>.

Ulpiano afferma, nel primo frammento, che se qualcuno in procinto di agire in giudizio abbia ricevuto garanti per l'adempimento del giudicato e poi agisca in un altro giudizio, la stipulazione è inefficace, perché la garanzia aveva ad oggetto altro; nel secondo, che se sia stata ricevuta *cautio iudicatum solvi* dallo *sponsor* del procuratore come per agire *in rem* e poi si sia agito *in personam* o sia stata dettata un'azione diversa da quella che si intendeva promuovere, la stipulazione sarà inefficace in quanto vi è scollamento tra l'azione promossa e quella per la quale era stata conclusa la stipulazione.

Come è stato rilevato, entrambi i testi si occupano della diversità di azione: promuovere un'azione diversa da quella per la quale era stata data garanzia, pone nel nulla quest'ultima<sup>142</sup>.

#### 2.4.2. Translatio iudicii ex parte actoris

Conclusa la parentesi preliminare, possiamo ora riprendere il filo della rubrica *de cognitore abdicando vel mutando* del commento edittale ulpiano, che tratta appunto degli effetti della *translatio iudicii* sulla *cautio iudicatum solvi*.

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27.1, L. 317: Si ex parte actoris litis<sup>143</sup> translatio fiat, dicimus

---

*titur stipulatio, quia non huius iudicis sententiae <fideiussores> [sponsores] se subdiderunt*), è verosimilmente da riferirsi alla *cautio pro praede litis et vindiciarum*: LENEL 1889, II, 869 nt. 4, il quale peraltro (nt. 6) ritiene che il giudice fosse indicato *nominatim*. Non è escluso che a giudicare fossero i *centumviri*: cfr. MANTOVANI 1999, 103 e nt. 525.

<sup>141</sup> LENEL 1889, II, 415 nt. 2. La classicità del testo è discussa: WLASSAK 1888, 101 ss., discute in particolare le nozioni di *edere* e *dictare iudicium*. La difende invece GUARINO 1968, 162 nt. 23. Altre indicazioni in LEVY-RABEL 1935, 473.

<sup>142</sup> DUQUESNE 1910, 80 ss., sottolinea che la questione potrebbe ruotare intorno alla consumazione dell'azione e invita a non trasferire direttamente le regole relative a quella all'ambito della *cautio iudicatum solvi*. Lo stesso accadrebbe in Scaev. 5 *resp.* D.46.8.5, L. 309 (*supra*, 50), avente ad oggetto una *cautio ratam rem dominum habiturum*, la cui formula prevede l'indicazione del nome del *dominus* (cfr. MANTOVANI 1999, 107): questi, subentrando, vanificherebbe la garanzia avente ad oggetto la sua propria ratifica: KOSCHAKER 1905, 68 ss.; DUQUESNE 1910, 132 ss.; BONIFACIO 1956, 99 ss.; ERXLEBEN 2017, 52 s.

<sup>143</sup> *Lis* equivale qui a *iudicium*: cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 318; BONIFACIO 1956, 23 nt. 7. Lo suggerisce altresì l'espressione *transferre iudicium* nel *pr.* del passo (*supra*, 46). Come accennato in sede introduttiva (*supra*, 8 nt. 15), vi sono altri passi nei quali è impiegata

l'espressione *transferre litem*: Ulp. 13 ed. D.4.7.4.1 e 3, L. 447; Ulp. 5 opin. D.4.7.11, L. 2346. L'attenzione della dottrina in materia di *translatio iudicii* si è tuttavia concentrata sul solo paragrafo D.4.7.4.3, verosimilmente per il fatto che esso echeggia sia nella struttura che nel contenuto la dinamica della traslazione c.d. *cognitoria*: *Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translato*. La coincidenza tra le ipotesi qui indicate (rispetto alle quali LENEL 1889, II, 483 nt. 5, ipotizza un intervento sul testo, poiché le cause elencate potrebbero essere quelle cui si fa riferimento nel § 1, il cui testo è trascritto *infra*, in questa nt.) con quelle che pure si trovano in situazioni sicuramente di *translatio iudicii cognitoria* (*supra*, 33 ss.) suggerisce spontaneamente un collegamento, spingendo nel senso di ritenere anche la presente una traslazione vera a propria. Il testo è discusso a vari livelli. KOSCHAKER 1905, 16, identifica con sicurezza *lis* con *iudicium*, ma esclude che l'espressione *transferre litem* rifletta un impiego tecnico, poiché il contesto – la rubrica editale *de alienatione iudicii mutandi causa facta* (cfr. LENEL 1927, 125 ss.; KASER-HACKL 1996, 298 s.) – conduce verso situazioni che si verificano *ante litem contestatam* (con particolare riferimento al tema del processo futuro, non già in corso, cfr. PARTSCH 1909, 48 ss., 52 nt. 4). Inoltre, la *translatio iudicii* in senso proprio richiede sempre una *causae cognitio* e, infine, sarebbe banale («trivial») se il giurista volesse mettere in risalto che una tale *translatio litis*, possibile solo su autorizzazione pretoria, non costituisse un'*alienatio* vietata nel senso dell'editto. La seconda obiezione di Koschaker non persuade pienamente: lascia intendere che, non essendovi cenno di *cognitio* pretoria, si contempli un'ipotesi nella quale, puramente e semplicemente, la traslazione dipenda dalla sola volontà della parte. Si potrebbe obiettare che, poiché il tema centrale è un altro, Ulpiano avrebbe potuto voler fare soltanto un riferimento alla *translatio iudicii* in sé, senza entrare nel dettaglio del meccanismo necessario per attuarla. Ciò che lo interessa, infatti, sono le ragioni che conducono alla traslazione – al fine di escludere il dolo, vero perno della discussione – non le sue modalità di realizzazione. La posizione di Koschaker (cfr. 1905, 16 nt. 3, ove altra bibliografia) risente della lettura di BETHMANN-HOLLWEG 1827, 156 s., il quale pure identificava *lis* con *iudicium* e discuteva il testo come riferito alla *translatio iudicii* tra *dominus litis* e *procurator*, ma riteneva di dover intervenire, sostituendo *dominio* con *iudicio* nell'ultima frase (... [*dominio*] <*iudicio*> *in eos plerumque ex iusta causa translato*), così da spostare decisamente il discorso sul versante del trasferimento del processo e accantonando il tema dell'*alienatione della res*. Non offre aiuto, quanto al profilo che interessa qui, LENEL 1916, 114 s. (segnala un'interpolazione a p. 107 nt. 2); HEUMANN-SECKEL 1926, 318 s.v. *lis*, colloca il passo sotto l'accezione (n. 1) che equipara *lis* e *iudicium*; non univoca la lettura di BROGGINI 1958, 318. BONIFACIO 1956, 7 nt. 21, 23 nt. 7, è invece convinto che *lis* indichi la *res litigiosa*, principalmente per il fatto che il tema discusso è l'*alienatione della res iudicii mutandi causa facta*. Gli studi su questa specifica problematica non si sono soffermati su tale aspetto (anche per i profili di dubbio sulla genuinità del testo, che, tuttavia, cadono sull'ultima frase, *ceterum translato*: cfr. LEVY-RABEL 1929a, 61 *ad l.*; 1929b, 78 *ad l.*): né DE MARINI AVONZO 1967, 138 nt. 59 (sottolinea il «disordine» dell'intero frammento), né MARRONE 1976, 374 e nt. 18, 402 nt. 85, né, in anni recenti, GONZÁLEZ ROLDÁN 2010, 216 ss. Se pure il ragionamento di Bonifacio è condivisibile, mi pare altrettanto non trascurabile la presenza, negli altri due passi summenzionati, non solo dell'espressione *transferre litem*, ma anche della contrapposizione *res/lis*: D.4.7.4.1: *Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat. Sunt et alia complura talia. Potest autem aliquis dolo malo desinere possidere nec tamen iudicii mutandi causa fecisse nec hoc edicto teneri: neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem. Non tamen eius factum improbat praetor, qui tanti habuit re carere, ne propter eam saepius litigaret (haec enim verecunda cogitatio eius, qui lites exsecratur, non est vituperanda), sed eius dumtaxat, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subiciat*; D.4.7.11: *Cum miles postulabat suo nomine litigare de possessioni-*

committi iudicatum solvi stipulationem a reo factam, idque et Neratius probat et Iulianus et hoc iure utimur: scilicet si dominus satis accepit. Sed et si [procurator] <cognitor> satis accepit et transferatur iudicium in dominum, verius est committi et ex stipulatu actionem a [procuratore] <cognitore> in dominum transferri. Sed et si a domino vel a [procuratore] <cognitore> in [procuratorem] <cognitorem> iudicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. Et haec vera sunt. Et licet [procuratori] <cognitori> commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.

L'attenzione si concentra sulla *translatio litis ex parte actoris* per rilevare, in prima battuta, che la *translatio* effettuata dal *dominus litis* non incide sull'efficacia della *cautio iudicatum solvi*, in linea col parere già espresso da Nerazio e Giuliano. In secondo luogo, il giurista precisa che l'efficacia resta comunque intatta anche nel caso in cui la *cautio* sia stata ricevuta dal *cognitor*<sup>144</sup> e l'azione che nasce dalla *stipulatio* si trasferisce anch'essa al *dominus*. Ciò opera, infine e secondo il parere di Marcello, anche nell'ipotesi di traslazione dal *dominus* a *cognitor* (ipotesi, invero, già contemplata in apertura) e da *cognitor* a *cognitor*. Il frammento si conclude con una seconda ripetizione (almeno: a prima vista) relativa alla *cautio* ricevuta dal *cognitor*, nel qual caso al *dominus* sarà concessa un'*actio utilis ex stipulatu*, non l'azione *directa*.

Tre sono le ipotesi contemplate complessivamente: *translatio a domino in cognitorem*; *translatio a cognitore in dominum*; *translatio a cognitore in cognitorem*<sup>145</sup>. Stando alla lettera della previsione edittale da cui abbiamo preso le mosse (*Vat. fr.* 341) e di quanto visto sin qui, il campo si estende alla *translatio* dal *dominus* al *cognitor*. L'opzione, tuttavia, ancorché non esplicitata nel-

---

*bus, quas sibi donatas esse dicebat, responsum est, si iudicii mutandi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere, ut rem magis quam litem in militem transtulisse credatur* (dubita della genuinità del testo PARTSCH 1909, 7 ss.; non la mette in discussione, invece, DE MARINI AVONZO 1967, 138 nt. 57, seguita da SANTALUCIA 1971, I, 187 nt. 146). L'insieme dei frammenti conduce a escludere che *lis* indichi la *res litigiosa*, ma il punto per noi rilevante è che non si riferiscano a processi già in corso: cfr., con specifico riferimento a D.4.7.11, SANTA-LUCIA 1971, II, 230 ss. In conclusione, mi pare da rigettare la lettura di Bonifacio, mentre è decisivo ai nostri fini il fatto che si discuta, come già accennato, di processi futuri, ovvero di situazioni *ante litem contestatam*. In proposito, scrive DE MARINI AVONZO 1967, 137 (la cui riflessione muove dal passo di apertura del Titolo: Gai. 4 *ed. prov.* D.4.7.1 pr., L. 112), che le «maggiori difficoltà interpretative nascono dalla mancanza d'ogni precisazione del momento a partire dal quale *alienatio* avrebbe potuto ricadere sotto la previsione edittale», ma subito precisa (nt. 52) doversi «escludere che la clausola edittale riguardasse le *alienationes post iudicium acceptum*», alla luce di Paul. 12 *ed.* D.4.7.8.1, L. 239: *Ait praetor: QVAEVE ALIENATIO IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA ERIT: id est si futuri iudicii causa, non eius quod iam sit*. Il che, in definitiva, colloca l'interesse della riflessione su D.4.7.4.3 in sede di studio dell'*alienatio iudicii mutandi causa*, più che non del *transfere iudicium*.

<sup>144</sup> Anche in questo caso, è opinione comune che Ulpiano trattasse del *cognitor*: LENEL 1889, II, 450 nnt. 3-5, 7; DUQUESNE 1910, 59 ss. (il riferimento all'interpolazione a 60 nt. 1); SERRAO 1947, 105 nt. 1; BONIFACIO 1956, 8 ss.; BRIGUGLIO 2007, 36 s. nt. 68.

<sup>145</sup> Cfr. SOLAZZI 1911, 164.

le fonti finora esaminate, non sembra in dubbio né problematica.

Il frammento pone qualche problema di genuinità, benché non vi sia accordo sulle dimensioni dell'interpolazione<sup>146</sup>. Tralasciando il giudizio tranciante di chi lo ritiene integralmente triboniano<sup>147</sup> e assumendo di recepire tutte le indicazioni di interpolazioni parziali, l'esito sarebbe comunque un testo non privo di senso compiuto:

Ulp. 9 ed. D.3.3.27.1, L. 317: Si ex parte actoris litis translatio fiat, dicimus committi iudicatum solvi stipulationem a reo factam, idque et Neratius probat et Iulianus [...]. Sed et si [...] a [procuratore] <cognitore> in [procuratorem] <cognitorem> iudicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. [...]

Pur così ridimensionato, resterebbe comunque ferma la sostanza del contenuto centrale: la *cautio iudicatum solvi* mantiene efficacia nonostante l'intervento traslativo<sup>148</sup>. Si perderebbe invece la tripartizione legata alle possibili combinazioni delle ipotesi traslative<sup>149</sup>. Tuttavia, l'equilibrio sarebbe comunque mantenuto, nel complesso. La prima frase, infatti, assumerebbe un tono generale: il riferimento alla *translatio litis ex parte actoris*, non ulteriormente specificato, potrebbe alludere tanto alla *translatio a domino in cognitorem*, quanto all'ipotesi opposta, cui si aggiungerebbe nella seconda frase il caso della *translatio a cognitore in cognitorem*: l'ipotesi potrebbe essere contemplata a sé forse perché tratta da un diverso giurista, Marcello, la cui voce è aggiunta da Ulpiano a quelle di Nerazio e Giuliano. L'eliminazione dell'inciso *a domino vel* sarebbe a questo punto perfettamente accoglibile: i casi di trasferimento dal *dominus* rientrereb-

<sup>146</sup> Sospetta l'interpolazione di *et hoc iure ... in dominum transferri; et haec ... paenitus tollenda* BONFANTE 1946, 333 nt. 13, seguito da SOLAZZI 1911, 164 s.: «il *directa paenitus tollenda* non corrisponde precisamente al diritto classico, il quale, dove accorda l'*a. utilis*, non toglie l'azione diretta ma prescrive che sia negata dal pretore o paralizzata con un'eccezione» (così già CUIJAS 1658, 380). L'inciso *a domino vel* sarebbe insitico secondo SOLAZZI 1911, 164, in quanto «l'ipotesi della *translatio* del *dominus* nel *cognitor* era stata enunciata per la prima e risolta giusta l'avviso di Nerazio e di Giuliano; quindi la citazione di Marcello deve riguardare la *translatio* da un *cognitor* all'altro». Infine, *et licet - tollenda* sarebbe un'aggiunta, secondo KOSCHAKER 1905, 74 nt. 3. Ricomprende anche la frase precedente, *et haec vera sunt*, SOLAZZI *ult. cit.*

<sup>147</sup> Nel qual caso, non salvandosi nulla, la discussione sarebbe chiusa in partenza: cfr. FAVRE 1659, 323 s., che già in precedenza (1600, 92) si era pronunciato sulla sicura interpolazione delle tre parole finali, *directa paenitus tollenda*; altre indicazioni in LEVY-RABEL 1929, 34; LEVY-RABEL 1929b, 38 s.

<sup>148</sup> BONIFACIO 1956, 9 nt. 28, pur nel contesto di una critica alla parte finale del passo, osserva: «Il testo classico si teneva fermo all'ipotesi iniziale, che cioè il *dominus* avesse ricevuto la *cautio*: Ulpiano metteva in evidenza che in tutti gli immaginabili casi di *translatio* (...) la cauzione conserva la sua efficacia».

<sup>149</sup> Per tale motivo SOLAZZI 1911, 164 s. (che critica sul punto BONFANTE 1946, 333 nt. 13) suggerisce di non espungere il passaggio *et hoc iure ... in dominum transferri*.

bero nel passaggio precedente<sup>150</sup>. Ad ogni buon conto, almeno per quanto riguarda il nostro interesse, mantiene un significato chiaro: la *translatio iudicii* non incide sull'efficacia della *cautio iudicatum solvi*.

La considerazione del testo nella versione compilatoria, d'altro canto, consente di apprezzare alcuni aspetti terminologici: *dicimus, hoc iure utimur, verius est, non dubitat, haec vera sunt*. Lemmi ed espressioni che ci conducono più decisamente in una riflessione articolata, quasi nel vivo, verrebbe da dire, di una discussione a distanza tra giuristi. Indicatori lessicali che denunciano una ponderazione di aspetti diversi in vista dell'elaborazione di una scelta. L'andamento del passo, se considerato da questa prospettiva, rivela un intento di qualificazione e definizione della problematica. *Dicimus* potrebbe indicare un intento enunciativo del giurista, quasi a fare valere la propria *auctoritas*<sup>151</sup>. Enunciazione corroborata e supportata dall'autorevolezza di giuristi precedenti, dei quali si ricorda l'approvazione (*idque et Neratius probat et Iulianus*), assecondando una modalità argomentativa diffusa e ampiamente praticata<sup>152</sup>, che approda a *et hoc iure utimur* conclusivo: espressione ampiamente attestata in varie forme, con la quale si afferma «la possibilità applicativa discendente da una soluzione già sperimentata»<sup>153</sup>.

A questo punto viene introdotta una prospettiva diversa e più ordinata, quasi sistematizzante: anche se (*et si*) è il *cognitor* a ricevere la *cautio* (mentre nell'ipotesi di partenza era il *dominus litis* ad avere ricevuto la garanzia e a trasferire il processo), il *iudicium* è *translatum in dominum*, insieme all'*actio ex stipulatu*. L'inciso *verius est* suggerisce, anche in questo caso, una valutazione. La locuzione, in generale, manifesta una scelta e de-

<sup>150</sup> Qualche dubbio porrebbe, a mio avviso, l'espunzione della frase *Et licet ... ex stipulatu actio*: se può essere vero che ripete quanto già detto poc'anzi (*verius est committi et ex stipulatu actionem a <procuratore> [cognitore] in dominum transferri*), ciò vale innanzitutto solo se quella prima parte non è rigettata (non tutti i passaggi dubbi sono oggetto di unanime sospetto); in ogni caso, mi pare che abbia natura specificativa. Mentre prima si dice che l'*actio ex stipulatu* si trasferisce al *dominus litis* insieme al *iudicium*; nell'ultima parte si precisa che al *dominus* spetta un'azione utile, non quella diretta. Non mi sembra dunque una vera e propria ripetizione; se poi si espungesse la prima frase, a maggior ragione, la seconda rivelerebbe la propria utilità, nell'indicare il mezzo processuale a disposizione del *dominus*.

<sup>151</sup> Riprendo le osservazioni di LOVATO 2003, 321, relative all'uso del verbo *dicere* nelle forme *dico, dicimus, dicendum est* (che denunzierebbero peraltro un contesto e un fine diverso dai casi in cui vengono impiegate al passato: 207 ss.). L'accezione semantica mi pare peraltro confermata dalla collocazione del passo nel VIR 2, 214, l. 36, s.v. *dico*, nella sezione «respondendo vel disputando enuntiare» (II.C.6); HEUMANN-SECKEL 1926, 144 s.v. *dicere* (lett. b): «behaupten».

<sup>152</sup> In applicazione di quella logica che impiega la tradizione giuridica come argomento: LOVATO 2003, 309 ss. Sulla definizione e sull'applicazione al diritto romano della categoria di 'tradizionalismo', cfr. NÖRR 1981, 9 ss., spec. 30 ss.; adde STOLFI 2017, 57 ove a nt. 38 altra bibliografia.

<sup>153</sup> LOVATO 2003, 311; cfr. GIARO 1994, 510 s.; 2013, 70, 86, 93 s. V. altresì SCHWARZ 1951, 180 s.

nota il probabile superamento di una divergenza di punti di vista, ma soprattutto appartiene al novero di quelle espressioni «con cui un giureconsulto antico lavorò per costruire, su tante questioni, le proprie verità»<sup>154</sup>.

Nel discorso di Ulpiano, che fino a questo punto si è sviluppato verticalmente, approfondendo la qualificazione del tema, si inserisce quindi un elemento orizzontale, di estensione: anche se il trasferimento operasse da un *cognitor* ad un altro, la *stipulatio committi*. Di ciò, chiosa Ulpiano, *non dubitat Marcellus*: il giurista sembra, in tal modo, da una parte avvalorare un pensiero che è anche suo (e che dall'autorevolezza del predecessore trae ulteriore forza), dall'altro offrire sostegno al percorso logico<sup>155</sup>. L'espressione *et haec vera sunt*, suggella, per così dire, il ragionamento: è stato ad esempio notato, pur se con riferimento a Giavoleno, che l'espressione indicava l'avallo dell'opinione di un giurista precedente imprimendovi il sigillo della propria *auctoritas*<sup>156</sup>.

Senza voler trarre necessariamente conclusioni sicure in punto di autenticità e attendibilità del testo, a me pare che, così riletto, esso manifesti una certa qual coerenza; d'altra parte, a livello di contenuto, offre una riflessione articolata e stratificata, che suggerisce l'esistenza di una discussione aperta.

Il frammento si chiude con la precisazione relativa alla concessione al *dominus* di una *actio ex stipulatu utilis*. Viene in gioco, su un piano più generale, il profilo dei rapporti tra *dominus litis* e *cognitor*, che potremmo semplificare sinteticamente nel senso di uno scollamento tra le posizioni formali e i sottostanti interessi sostanziali<sup>157</sup>. L'esigenza di tutelare questi ultimi ha indotto il pretore ad intervenire per offrire strumenti di intervento e tutela al *dominus litis*, titolare del rapporto sottostante.

Ciò riguarda tanto l'azione utile per tutelare la *stipulatio*, quanto l'*actio iudicati*, come apprendiamo da un altro testo di Ulpiano:

Ulp. 1 *disp.* D.3.3.28, L. 33: Si [procurator] <cognitor> meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit [procurator] <cognitor> meus ex ea stipulatione me invito, nihi-

<sup>154</sup> LOVATO 2003, 267, 280; cfr. GIARO 2013, 80.

<sup>155</sup> Su quest'ultimo punto, cfr. LOVATO 2003, 324, che coglie in questa e in espressioni simili la tendenza «a porre in rilievo l'indiscutibilità di un pensiero iniziale, cui un altro appare legato».

<sup>156</sup> SCHULZ 1953, 222 s.; LOVATO 2003, 320.

<sup>157</sup> Un segno di questo 'ondeggiamento' della giurisprudenza tra valorizzazione ora della posizione sostanziale, ora di quella processuale – con inevitabili intrecci e riflessi nelle soluzioni adottate dal pretore –, emerge con chiarezza dallo studio MARRONE 2009, 257 ss., sull'impiego dell'espressione *dominus litis* per indicare sia «il soggetto a nome del quale e al suo posto altra persona – *cognitor*, *procurator*, *tutor*, ecc. – agisce, o si appresta ad agire in giudizio: in buona sostanza, per indicare il soggetto rappresentato in giudizio»; sia «il *procurator* che ha agito *alieno nomine*».

lo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. Quae res facit., ut [procurator] <cognitor> meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem [procurator] <cognitor> factus. Per contrarium autem si [procurator] <cognitor?> meus iudicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agi potest<sup>158</sup>.

Se il *cognitor* abbia accettato una *cautio iudicatum solvi*, al *dominus litis* è concessa l'*actio ex stipulatu* in via utile, così come l'*actio iudicati*. Ma se egli abbia agito in base a quella stipulazione contro la volontà del *dominus*, ciò nondimeno l'azione utile andrà concessa a quest'ultimo, mentre sarà respinto con una *exceptio* il *cognitor*, allo stesso modo in cui avviene nel caso di un rappresentante non nominato *in rem suam* né per quella specifica situazione. Al contrario, se il 'rappresentante' abbia egli prestato la *cautio iudicatum solvi*, contro il *dominus litis* non viene concessa l'azione *ex stipulatu*<sup>159</sup>. Così accade anche nel caso in cui abbia dato garanti il *defensor*, perché in quel caso non si può agire nemmeno *ex iudicato*<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Il frammento è considerato sostanzialmente genuino, con alcune eccezioni: la presenza di *cognitor* in luogo di *procurator* (LENEL 1889, II, 388 nt. 4, 389 nt. 1), suggerita peraltro dall'impiego del verbo *dare* (ma v. *supra*, 24): ... *sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus*. In secondo luogo, la menzione dell'*actio utilis*, che, secondo FERRINI 1908, 603 nt. 1, sarebbe frutto di interpolazione. Cfr. LEVY-RABEL 1929, 34; 1929b, 39. Infine, con riferimento all'ultima parte, secondo ERXLEBEN 2017, 29 ss., sarebbe preferibile riferirla al *cognitor qui se liti obtulit*, figura assimilabile al *defensor*, che infatti viene evocato in chiusura.

<sup>159</sup> Qualche perplessità è suscitata dalla figura del rappresentante che *iudicatum solvi satisdederit*. Se, come suggerisce Lenel, fosse un *cognitor*, ciò si scontrerebbe col fatto che questi non presta alcuna *cautio*, né come attore né come convenuto (PUGLIESE 1963, 337; ma non tralascerei il rilievo di MARRONE 2010, 328, in merito alla possibilità che fosse il *cognitor* stesso a garantire nelle azioni *in rem*: cfr. *supra*, nt. 135). Per KOSCHAKER 1905, 60 nt. 4, un *cognitor* che dia una *cautio* è un *procurator*. Tale è anche l'opinione di SERRAO 1947, 61 s., che ritiene quest'ultimo riferimento al *procurator* genuino. Potrebbe invece darsi il caso del *cognitor qui liti se offerebat*, il quale «assumeva la veste di un semplice *defensor*», secondo PUGLIESE 1963, 347. Nello stesso senso ERXLEBEN 2017, 31, che ritiene che tale lettura eviti quella che diversamente non sarebbe che una mera ripetizione e giustifichi il richiamo, subito appresso, al *defensor*. Cfr. Paul. 1 *Plaut.* D.3.3.61, L. 1074; Ulp. 58 *ed.* D.42.1.4 pr., L. 1370; sulla *oblatio liti* WENGER 1901, 191; ALBANESE 1973, 337 ss.; TALAMANCA 1979, 167 ss.

<sup>160</sup> Il discorso si muove sul piano della legittimazione all'azione nascente dalla stipulazione nel rapporto tra *dominus litis* e *cognitor* (cenni in LOVATO 2003, 72 nt. 172). A prescindere da come lo si voglia qualificare in termini moderni – ovvero se si possa o meno parlare di rappresentanza diretta (PUGLIESE 1963, 320 e nt. 55.) – il dato che emerge anche da questo testo è che il *cognitor* diventava titolare del rapporto processuale nonché titolare attivo o passivo dell'*actio iudicati* e solo *iure honorario* il *dominus litis* vi subentrava (PUGLIESE 1963, 320 s., 323, 346). Al contempo, si ha conferma del fatto che il trasferimento non operasse nel caso in cui il *cognitor* agisse *in rem suam* o per un incarico specifico per quella causa. A ciò si aggiunge il caso del *liti se offerre*. Cfr. PUGLIESE 1963, 346 s., il quale svolge altresì una riflessione intorno alla connessione tra *satisdatio iudicatum solvi* e *actio*

Il frammento fissa una correlazione – nell’ambito delle relazioni tra *cognitor* e *dominus litis* – tra *actio utilis ex stipulatu* e *actio iudicati*, nel senso di una piena titolarità di entrambe in capo al secondo<sup>161</sup>. Nessun elemento suggerisce che il contesto della riflessione fosse quello della *translatio iudicii*. Tuttavia mi pare sia preziosa nel momento in cui, confermando l’utilizzabilità di un’azione utile, riconduce al contempo le regole definite in D.3.3.27.1 all’interno della fisiologia: l’*actio utilis* è in ogni caso strumento a disposizione del *dominus*, così che l’ipotesi di *translatio iudicii*, intorno alla quale il frammento ruota, non comporta eccezioni, ma rappresenta solo un caso (ulteriore, rispetto a quelli indicati in D.3.3.28), in cui la tutela pretoria è accordata. E la chiave d’innescio, per così dire, della concessione dell’azione utile sarebbe appunto la necessità di garantire tutela al *dominus litis* che subentri in un processo *post litem contestatam*, in seguito alla *translatio*.

### 2.4.3. Translatio iudicii ex parte rei

I due frammenti che dobbiamo considerare ora attengono alla prospettiva opposta, quella della *translatio ex parte rei* e, entro tale ambito, affrontano due situazioni diverse e complementari: quella del *dominus litis* convenuto che voglia dare un *cognitor* e quella del *defensor absentis* che trasferisca il processo al *dominus litis*.

La prima opzione è attestata da Gaio:

Gai. 3 *ed. prov.* D.3.3.46 pr., L. 80: Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet [procuratorem] <cognitorem> dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro eo iudicatum solvi satisfactione cavere<sup>162</sup>.

---

*iudicati*, nel senso che la prestazione di quella da parte del *dominus* fosse «un presupposto del trasferimento contro di lui dell’*actio iudicati*».

<sup>161</sup> Il punto è considerato controverso da KOSCHAKER 1905, 97 nt. 2. Osserva MARRONE 2010, 335, che la concessione di una *exceptio* per paralizzare l’eventuale *actio ex stipulatu* promossa dal *cognitor* contro la volontà del *dominus litis* segnala chiaramente l’originaria titolarità del primo. Una conferma indiretta si avrebbe nell’impiego del verbo *indulgeo* per qualificare l’attribuzione dell’azione in via utile, a seguito di una valutazione del pretore: che indichi la *causae cognitio* è opinione di KOSCHAKER 1905, 136 nt. 1, il quale segnala Ulp.11 *ed.* D.4.3.9.5, L. 390 (in materia di *actio doli*): *merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est*. Nella stessa direzione le osservazioni di BONIFACIO 1956b, 545 ss. Cfr. inoltre VIR 3, 711 s., s.v. *indulgeo*, ove il frammento è collocato sotto l’accezione (II.B) «*do, condono, praebeo*». Il verbo *indulgeo* ha, in senso transitivo, il significato di «concedere, permettere, accordare, dare» (CALONGHI 1989, 1383, s.v. *indulgeo*).

<sup>162</sup> La genuinità del testo non sembra in dubbio, ad eccezione di *procurator* in luogo di *cognitor* (SERRAO 1947, 52; anche in questo caso un indizio sarebbe offerto dal verbo *dare*, ma v. *supra*, 40 nt. 23) e, secondo l’opinione di LENEL 1889, I, 193 nt. 3, la correzione in *debet* di un originario *debere scripsit*. KOSCHAKER 1905, 79 s. nt. 3, riprendendo questa opinione,

Il convenuto che abbia accettato il processo a proprio nome, qualora voglia nominare un *cognitor* cui trasferire il *iudicium*, dev'essere ascoltato e dare solennemente garanti per l'adempimento del giudicato.

Il passo ci porta indietro nel tempo, rispetto al piano cronologico di Ulpiano, assunto come punto di riferimento. La distanza temporale è tuttavia attenuata, con riferimento specifico al tema della *cautio*, se consideriamo (assumendo come integralmente genuino quel testo) che il giurista severiano si è mosso tra i pareri di Nerazio, Giuliano e Marcello, coevi o quasi di Gaio.

Il frammento attesta, in modo indiretto ma esplicito, l'esistenza della *translatio a domino in cognitorem*, che in *frag. Vat.* 341 – unico riferimento edittale e punto di partenza del nostro lavoro – non sembrerebbe contemplata<sup>163</sup>. In realtà, ci è già parso di cogliere elementi indiziari a favore di questa opzione nei testi discussi in precedenza<sup>164</sup>.

Quanto al merito, ovvero la *translatio iudicii*, il passo offre elementi di riflessione intorno a una dinamica di collaborazione tra parti e pretore: se indiscutibilmente è l'attore a trasferire il giudizio (... *actor transferat iudicium* ...), l'istanza evidentemente parte dal convenuto (... *si vellet <procuratorem> [cognitorem] dare* ...) e passa attraverso la *causae cognitio* del pretore: *audiri debet* suggerisce il rinvio alla valutazione del pretore, come anche in altri frammenti<sup>165</sup>.

---

ipotizza che il testo sia stato rimaneggiato e accorciato, conservando soltanto l'esito di un più lungo percorso argomentativo di Gaio, benché egli non dubiti del contenuto sostanziale.

<sup>163</sup> KOSCHAKER 1905, 80; BONIFACIO 1956, 95 nt. 64, il quale considera l'ipotesi certa in considerazione del fatto che il *dominus litis* resta sempre esposto all'*actio iudicati*, come attestato da *Vat. fr.* 317 (... *cognitore enim interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur* ...), «e ciò spiega perché la controparte possa essere costretta dal pretore a *transferre iudicium*»; ERXLEBEN 2017, 31 s., 51 e nt. 20. Un diverso profilo è stato considerato da WLASSAK 1892, 41 ss., che ha sollevato alcuni interrogativi a proposito della forma che l'atto avrebbe avuto e delle modalità di attuazione della traslazione del processo. Alla quale ha risposto KOSCHAKER 1905, 79-96, portando in particolare l'attenzione sul tema dell'atto di parte – ovvero del contributo attivo delle parti nella realizzazione della *translatio iudicii* –, nel solco della sua teoria del «*Translationsvertrag sui generis*» che rinnova la *litiscontestatio*, senza però intaccare l'unità del processo. BONIFACIO 1956, 44 (che cita in proposito Paul. 8 ed. D.3.3.42.7, L. 167) vi coglie la prova del ruolo dell'attore nella *translatio iudicii*, anche quando, come nel caso di specie, «il motivo della *translatio* riguarda il convenuto». La sottolineatura di questo a. è strettamente collegata alla sua interpretazione dello strumento traslativo, che egli (BONIFACIO 1956, 37 ss.) ritiene ruotare intorno alla titolarità del *condemnari oportere* e poi dell'*actio iudicati*. Sono letture del testo funzionali a definire l'assetto della *formula* o i riflessi sulla *litis contestatio*, più che a cogliere elementi utili all'inquadramento della *translatio iudicii*. Congetture più che legittime e senz'altro necessarie entro una prospettiva sistemica, ma, di fatto, costruzioni logiche che non sembrano trovare riscontri nelle fonti direttamente interessate e che, in queste, possono al più trovare un appiglio indiziario *de relato*.

<sup>164</sup> *Supra*, 65.

<sup>165</sup> Su *audio*, cfr. *supra*, 45; il verbo compare anche in Ulp. 23 *ad ed.* D.50.5.13.3, L. 708 (*infra*, 147 ss.).

Un ulteriore aspetto si rivela interessante: l'impiego dell'avverbio *sollemniter* a qualificare la modalità di esecuzione della *satisdatio*. Che la *satisdatio* presenti caratteri di 'solennità' non stupisce, considerando che si tratta di una *stipulatio*. Al contempo è permeata di formalismo la nomina a *cognitor*, che, come noto, *certis et quasi sollemnibus verbis in locum domini substituatur*<sup>166</sup>. Tali elementi vanno tenuti presenti per comprendere il valore e il peso dell'avverbio *sollemniter*.

Nel lessico giuridico, peraltro, è ampiamente attestato l'impiego dell'aggettivo *sollemnis* – e dell'avverbio correlato – per indicare l'esecuzione secondo forme prescritte<sup>167</sup>. Se dunque si vuole valorizzare il testo, non vedo alternative al prendere atto del fatto che, quando la *datio cognitoris* fosse avvenuta *post litem contestatam* – e chiaramente fosse stata valutata ammissibile dal pretore – avrebbe dovuto interpersi *cautio iudicatum solvi* secondo le formalità di rito. E, verosimilmente, sarà stato prima necessario nominare il *cognitor* altrettanto ritualmente.

Se ciò è corretto, allora, la *causae cognitio* che scaturisce dalla istanza traslativa assume una certa composità, raccogliendo intorno al pretore sia le parti, sia gli *sponsors* del convenuto, oltre al nominando *cognitor*. Si tratta, evidentemente, anche in questo caso, di una congettura, ma fortemente avvalorata dalla logica interna al passo.

Con specifico riguardo alla *cautio iudicatum solvi*, Gaio attesta inoltre la possibilità di introdurla a processo già in corso. Il che, peraltro, risponde a esigenze di generale equilibrio e simmetria con quanto avviene nelle situazioni, per così dire, ordinarie, nelle quali la *datio cognitoris* è assistita da garanti (beninteso, quando richiesto<sup>168</sup>). Diversamente, sarebbe stato sufficiente attendere il superamento della *litis contestatio* per formulare istanza di *datio cognitoris* evitando l'obbligo della prestazione di garanzia<sup>169</sup>.

Poco resta qui da dire in merito al passo di Papiniano (11 *resp.* D.20.6.1.2, L. 657). Se è pur vero che presenta un caso di *translatio ex parte rei* dal *defensor absentis* al *dominus litis*, esso è semmai rilevante nel discorso sulla *translatio procuratoria*, dove in effetti l'abbiamo discusso<sup>170</sup>, ma nulla può

<sup>166</sup> Gai. 4.97.

<sup>167</sup> Cfr. VIR 5, 607 s.vv. *sollemnis* (15 loci, di cui 4 gaiani) e *sollemniter* (9 loci di cui uno gaiano); HEUMANN-SECKEL 1926, 545 s., s.v. *sollemnis*: «in förmlicher Weise, den Vorschriften des Recht, insbes. den durch dasselbe vorgeschriebenen Formen gemäss». Lo stesso significato viene mantenuto anche in età postclassica: cfr. LIVA 2017, 10.

<sup>168</sup> Cfr. Gai. 4.101-102.

<sup>169</sup> Peraltro, questo è uno dei casi possibili di *translatio ex parte rei*, quella *a domino in cognitorem*. In caso di *translatio a cognitore in cognitorem*, verosimilmente, sarà senz'altro stato necessario dare conto della sostituzione, ma senza particolari problemi, posto che l'assunzione di garanzia rimane in capo al medesimo *dominus litis* e la formula della *cautio iudicatum solvi* non prevede l'indicazione del nome del *cognitor*.

<sup>170</sup> *Supra*, 53 ss.

dire circa l'incidenza della *translatio iudicii* sulla garanzia prestata. Così che, almeno a mio avviso, diversamente da altra parte della dottrina, non serve trattarne in questa sede.

#### 2.4.4. Conclusioni

A questo punto, possiamo rispondere alla domanda relativa alla singolarità rappresentata da Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27.1, L. 317, dove si afferma l'efficacia della *cautio iudicatum solvi* nonostante la sostituzione.

La chiave, a mio avviso, è la distinzione tra situazioni *ex parte actoris* ed *ex parte rei*. Ulpiano riflette sulle conseguenze di una modificazione traslativa dal lato dell'attore e conclude, come abbiamo visto, per il perdurare dell'efficacia della garanzia. La ragione – che già altri hanno evidenziato<sup>171</sup> – sembra da individuare nel fatto che la *cautio* garantisce l'impegno a *iudicatum solvere* (per limitarci a quello principale) del convenuto. E, poiché questi non muta, non vi è ragione di rendere inefficace la *cautio*.

La chiave interpretativa funziona anche rispetto alle altre tematiche evocate e non strettamente pertinenti al problema della *translatio iudicii*. Infatti tanto negli esempi di D.46.7.7., quanto di D.20.6.1.2, si tratta pur sempre di cambiamenti che colpiscono il 'convenuto garantito' – *cognitor* o *procurator* che sia. Il che, secondo la mia personale opinione, dovrebbe condurre a superare definitivamente l'ipotesi di una distinzione, di natura o di funzionamento, tra *translatio cognitoria* e *procuratoria*.

In secondo luogo, non solo non siamo in presenza di *alia res*, ma nemmeno si può discutere di rottura di unità tra *iudicium transferendum* e *iudicium translatum*. Vi sarebbe al contrario unità e piena continuità, sulla quale si interviene per introdurre un correttivo reso necessario dall'alterazione dell'equilibrio, per così dire, fisiologico, operata dalla traslazione del processo. Se fossimo al cospetto di una situazione in cui la *res* diviene 'altra', diversa da quella per la quale è stata prestata la *cautio*, semplicemente la *stipulatio* perderebbe efficacia, in linea con le indicazioni desumibili dalle fonti. Se, per altro verso, la *translatio* (*procuratoria*, secondo la tesi di Koschaker) rescindesse il *iudicium*, richiedendo una nuova *litis contestatio* (quale che sia la declinazione che si voglia dare a simile rinnovo: mera ripetizione, *litis contestatio repetita die*, «Translationsvertrag sui generis» o altro ancora), sarebbe comunque la stipulazione di garanzia nel suo complesso a venire meno, in considerazione del fatto che la *cautio* era stata data con riferimento a un *iudicium acceptum*, superato da una nuova *litis contestatio*.

Una riprova, tornando a D.3.3.27.1, mi pare sia offerta dal fatto che i giuristi si sono preoccupati anche della tutela processuale, individuandola

---

<sup>171</sup> BONIFACIO 1956, 11; più esplicita ERXLEBEN 2017, 72.

nell'*actio utilis ex stipulatu*, da concedere al *dominus litis* nel caso in cui egli subentri al proprio *cognitor*<sup>172</sup>.

Da ultimo, svolgendo una considerazione generale sulle fonti esaminate, non si può non rilevare come in esse – con l'eccezione del frammento papiniano – si colga l'eco di una discussione che aveva ad oggetto principale, verosimilmente, la dinamica della *cautio iudicatum solvi*, nella quale però interessava l'approfondimento dei riflessi che su di essa avrebbe prodotto l'impiego della *translatio iudicii*. Lo attesta in particolare, ancora una volta, proprio D.3.3.27.1. Una discussione che ha animato la giurisprudenza nel II secolo d.C., in cui incontriamo, pur solo attraverso una piccola testimonianza, la voce di Gaio e scorgiamo – per il tramite di Ulpiano – frammenti del pensiero di Nerazio, Marcello e Giuliano.

## 2.5. Informazioni correlate

Completano la ricostruzione della rubrica edittale *de cognitore abdicando vel mutando* due frammenti:

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.29, L. 318: Si actor malit dominum potius convenire quam eum qui in rem suam [procurator] <cognitor><sup>173</sup> est, dicendum est ei licere.

Ulp. 9 *ed.* D.3.3.31 pr., L. 319: Si quis, cum [procuratorio] <cognitorio> nomine condemnatus esset, heres extiterit domino litis: iudicati actionem non recte recusabit. Hoc si ex asse. Sin autem ex parte heres extiterit et totum solverit, si quidem ei mandatum est hoc quoque ut solvat, mandati actionem adversus coheredes habebit: si non sit mandatum, negotiorum gestorum actio datur. Quod est et si heres [procurator] <cognitor> non exstiterit et solverit.

Il primo frammento riferisce che, qualora l'attore preferisse convenire il *dominus litis* piuttosto che il *cognitor in rem suam*, si riteneva (*dicendum est*) gli fosse consentito. Il secondo tratta dell'irregolarità (*non recte*) della ricusazione dell'*actio iudicati* da parte del *cognitor*, che, condannato a tale titolo, sia divenuto erede del *dominus litis*. Distinguendo poi tra l'eredità integrale (*si ex asse*), nel quale caso opera la regola descritta, e l'eredità parziale. In tale seconda ipotesi, nell'eventualità che abbia pagato l'intero della condanna, si dovrà ulteriormente distinguere: se abbia pagato su mandato, allora disporrà della relativa azione contro i coeredi; in caso contrario, gli sarà concessa l'*actio negotiorum gestorum*. Ciò anche nel caso in cui abbia pagato, senza essere divenuto erede.

<sup>172</sup> Come attestato anche in Ulp. 1 *disp.* D.3.3.28, L. 33, *supra*, 68.

<sup>173</sup> Correzione suggerita da LENEL 1889, 450 nt. 4. Non risultano altre critiche al testo: LEVY-RABEL 1929, 34; 1929b, 39.

I frammenti non presentano collegamento diretto con la *translatio iudicii*<sup>174</sup>. Servono tuttavia a completare il quadro delle dinamiche processuali che coinvolgono *cognitor* e *dominus litis*.

Il primo introduce la possibilità di convenire il *dominus litis* in luogo del suo rappresentante, anche nel caso in cui questi sia nominato *in rem suam*. Il punto appare delicato, posto che altrove Ulpiano riferisce, riguardo al *cognitor in rem suam*, una regola opposta<sup>175</sup>. In assenza di elementi ulteriori di chiarimento, sarebbe azzardato proporre una soluzione. Si può tuttavia rilevare che la via indicata dal giurista è presentata come frutto di discussione, di opinione consolidata (*dicendum est*)<sup>176</sup>, in ogni caso non una regola cogente, forse da porre in qualche collegamento con le modificazioni della disciplina attinente *cognitor* e *procurator*, cui prima s'è accennato<sup>177</sup>.

Il secondo frammento, il cui senso complessivo è chiaro<sup>178</sup>, presenta qualche elemento di interesse per noi soprattutto nella prima parte (*Si quis – recusabit*). Ha infatti evidenziato Marrone che l'irritualità della ricusazione da parte del *cognitor* una volta divenuto erede, lascia intendere che il rifiuto non sarebbe stato irrituale nella sua precedente qualità di rappresentante. Secondo lo studioso, il verbo *recusare* esprimerebbe adeguatamente l'idea che il *cognitor* fosse passivamente legittimato all'*actio iudicati*, ma potesse evitarla o respingerla con *denegatio* o *exceptio*<sup>179</sup>. Il che vale per noi come utile elemento di conferma in merito a quanto in precedenza discusso e appena rilevato circa la situazione di fermento giurisprudenziale intorno alla figura del *cognitor*.

---

<sup>174</sup> Lo stesso LENEL 1889, 450 nt. 8, li giudica un'aggiunta.

<sup>175</sup> Ulp. 65 ed. D.3.3.55, L. 1446: [*Procuratore*] <*cognitore*> *in rem suam dato praeferendus non est dominus* [*procuratori*] <*cognitori*> *in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit* (LENEL 1889, 797 ntt. 2, 3). BONIFACIO 1956b, 547 nt. 1, scioglie il nodo ipotizzando un riferimento al caso del *cognitor* insolvente, cui segue l'azione per la garanzia prestata contro il principale. Cfr. altresì ERXLEBEN 2017, 79 nt. 311.

<sup>176</sup> Cfr. *supra*, 67. Vi corrisponde *praeferendus est* in D.3.3.55, testé citato. Su *dicendum est*, in generale, quale segno di verosimile rinvio alla «*disputatio* accademica», nel lessico (anche) di Ulpiano, cfr. FREZZA 1977, 224.

<sup>177</sup> *Supra*, 47 ss.

<sup>178</sup> Per dubbi sulla genuinità della seconda parte (da *hoc si* in poi), cfr. LEVY-RABEL 1929, 34; 1929b, 39. *Cognitor* in luogo di *procurator* è, innanzitutto, congettura di LENEL 1889, II, 450 ntt. 4, 8, perlopiù condivisa.

<sup>179</sup> MARRONE 2010, 335 s.; cfr. anche BONIFACIO 1956b, 547 nt. 1.



CAPITOLO III

*TRANSLATIO IUDICII:*  
ALTRE IPOTESI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Filius*. – 3. *Statuliber* e persona coinvolta in una *causa liberalis*. – 4. *Heres*. – 5. *Infamia*. – 6. Riflessioni di sintesi sulla *translatio iudicii*.

1. *Introduzione*

L'esame della disciplina relativa ai sostituti processuali ha evidenziato le linee di funzionamento della *translatio iudicii* applicata a un preciso settore del diritto. La presenza, altamente verosimile se non certa, di una clausola edittale ha fissato il fondamento giuridico dello strumento traslativo. L'opera di commento della giurisprudenza ne ha definito il perimetro e i contenuti. Non abbiamo notizia di altre situazioni per le quali il pretore avesse disposto allo stesso modo, né i commentari a noi pervenuti hanno conservato traccia di riflessioni *ex professo* intorno alla *translatio iudicii* in ipotesi diverse da quelle cognitorie e procuratorie.

Disponiamo, invece, di un certo numero di fonti inerenti a casi nei quali la *translatio iudicii* fu impiegata quale mezzo risolutivo di una determinata problematica. Frammenti che attestano, per così dire, una casistica dello strumento 'traslativo', testimoniando indirettamente o dell'esistenza di altre puntuali previsioni edittali (delle quali però non abbiamo notizia) o di un'operazione di estensione dell'impiego di esso. O, ancora, della preesistenza di un meccanismo generale per il trasferimento del *iudicium*, quando necessario, poi esteso dal pretore al *cognitor*. Quale sia la soluzione preferibile e l'ordine logico e cronologico che lega le molteplici declinazioni della *translatio iudicii* non è possibile dire.

Anche in questo caso, muoveremo dalle fonti, rinviando il tentativo di cogliere un disegno unitario, o anche solo delle linee comuni, al paragrafo conclusivo. In sede introduttiva, mi limiterò a dare conto della scelta relativa alla modalità di esposizione dei testi, precisando che essa è retta dal criterio di facilitare l'esposizione e comprensione, non da intenti tassonomici o sistematizzanti. Capita così che alcuni passi contengano elementi

che avrebbero potuto giustificare anche una diversa collocazione: la mia scelta è caduta, però, sul tratto che appare centrale nella discussione o che può considerarsi preferibile, nel contesto di un'esposizione che intende comunque essere lineare, evitando duplicazioni o ripetizioni.

Il primo criterio espositivo è soggettivo: i frammenti saranno raccolti intorno alle figure del *filius familias*, dello *statuliber* e della persona su cui gravi una *causa liberalis*, dell'erede (§§ 2-4). Il secondo è un criterio oggettivo e discende dal fatto che presenta un certo interesse l'intreccio fra *translatio iudicii* e *infamia*, nel cui novero si incontreranno anche casi coinvolgenti *servi* (§ 5). Una sintesi degli elementi raccolti, in questo e nel capitolo precedente, concluderà la disamina della *translatio iudicii* (§ 6).

## 2. Filius

Alcuni testi forniscono notizie in merito alla traslazione del processo nei rapporti tra *pater* e *filius*, anche in situazioni nelle quali questi fosse ancora *alieni iuris*<sup>1</sup>.

Un primo caso è tratto dal commento ulpiano a Sabino:

Ulp. 41 *Sab.* D.5.1.57, L. 2873: Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius verum est. Certe si quasi procurator<sup>2</sup> alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit [*transactio*] <*translatio*><sup>3</sup> vel iudicati datur.

Si può agire contro il *filius* tanto *ex contractu* quanto *ex delicto*, ma se il figlio muoia dopo la *litis contestatio* l'azione è trasferita contro il *pater*, che

<sup>1</sup> Il *filius familias* maturò, nel tempo, la capacità processuale. Cfr., oltre al classico studio di SOLAZZI 1898, 113 ss., PUGLIESE 1963, 282 ss., il quale puntualizza che nel diritto classico «la capacità del *filius familias*, sebbene ampiamente riconosciuta, aveva pur sempre il carattere di una deroga»; ALBANESE 1979, 273 ss. (a 275 nt. 314 cita proprio i passi ora in discussione), che segnala come, in prospettiva generale, il movimento in direzione del riconoscimento di una «vera capacità giuridica patrimoniale» dei *fili* è registrato «fin da epoca risalente».

<sup>2</sup> *Cognitor* secondo SECKEL 1907, 366 nt. 2; DUQUESNE 1910, 207 (208) nt. 1 i.f., 211 nt. 4; perplesso KOSCHAKER 1905, 107 s.

<sup>3</sup> *Translatio* secondo LENEL 1889, II, 1167 nt. 2. Fermo restando l'accordo sul fatto che *transactio* sia frutto di alterazione e che il testo originario dovesse fare riferimento alla *translatio iudicii*, le opinioni divergono su quale sia la migliore restituzione del testo (in particolare quanto all'eventuale ulteriore introduzione del termine *actio* prima di *iudicati*: ... [*translatio*] vel [*actio*] *iudicati datur*): cfr. LEVY-RABEL 1929, 69 ad h.l.; conferma in Bas. 7.5.56 (SCHEL. A. I, 341 = HEIM. 1, 281); KOSCHAKER 1905, 106, 171 ss.; SECKEL 1907, 366 nt. 2; DUQUESNE 1910, 207 (208) nt. 1 i.f.; WLASSAK 1924, 167 e nt. 31; BONIFACIO 1956, 103 nt. 1. Su *translationem dare, infra*, 162 nt. 30.

tuttavia risponde nei limiti del peculio e dell'arricchimento<sup>4</sup>. Se d'altro canto il figlio abbia accettato il processo per conto d'altri, assumendo il ruolo di *cognitor*, dopo la sua morte l'azione in corso o quella esecutiva si trasferisce a colui che egli stava difendendo.

La genuinità del testo è discussa<sup>5</sup> e una precisa ricostruzione è ostacolata dal fatto che il frammento non presenta un ragionamento compiuto, ma è con ogni evidenza estrapolato da un discorso più ampio. Lenel ha ritenuto di individuare in altri due passi tratti dal medesimo libro del commentario di Ulpiano a Sabino – D.9.4.35 e D.13.1.4 – i tasselli per la restituzione di un testo più ordinato, che, nel complesso, consentirebbe una migliore comprensione della riflessione del giurista, collocandola nell'alveo della trattazione del furto compiuto dal servo o dal figlio e dei connessi rimedi processuali. Ritengo utile alla comprensione riportarlo integralmente:

Ulp. 41 *Sab.* L. 2873<sup>6</sup>: [Ulp. 41 *Sab.* D.13.1.4] Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest. [Ulp. 41 *Sab.* D.5.1.57, prima parte]. Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: [Ulp. 41 *Sab.* D.9.4.35] et si condemnatus fuerit, filius iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio. Quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri. [Ulp. 41 *Sab.* D.5.1.57, seconda parte] Sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. Certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit [transactio] <translatio> vel iudicati datur<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Così anche secondo ALBANESE 1979, 276 nt. 318, il quale (254 e nt. 221) legge in questo passo un indizio della decadenza, già in età classica, della *noxae deditio* dei sottoposti liberi.

<sup>5</sup> Cfr. LEVY-RABEL 1929, 69; 1929b, 87 s. Le censure cadono in particolare sul riferimento ai *delicta*. Il tema della responsabilità *ex delicto* del *filius* in età classica è discusso e tendenzialmente risolto in senso negativo: cfr. KOSCHAKER 1905, 172 ss.; BIONDI 1925, 42 ss. (spec. 48 ss. sui passi ora in esame); BONIFACIO 1956, 104 ss.; PUGLIESE 1963, 283 ss. (proprio a partire da D.5.1.57); ma v. ALBANESE 1979, 275 e nt. 314, con articolata discussione a favore di una responsabilità ampia del *filius* per i delitti contro terzi, che l'autore giudica in linea «con il progressivo riconoscimento della capacità giuridica dei *fili*». Tuttavia, con riferimento al caso di specie, va tenuto presente che «i debiti del *filius* da atto illecito – per cui il *pater* è tenuto in via nossale, in diritto pregiustiniano – non possono dar luogo a responsabilità *de peculio et de in rem verso* del *pater*» (275 s. nt. 317). Cfr. KASER-HACKL 1996, 206 e nt. 12.

<sup>6</sup> LENEL 1889, II, 1167.

<sup>7</sup> Sulla ricomposizione dell'insieme è cauto SOLAZZI 1898, 143 s., soprattutto in merito a «che cosa e quanto sia stato soppresso dai compilatori tra l'una e l'altra legge». La correlazione tra D.9.4.35 e D.5.1.57 è generalmente accettata: cfr. KOSCHAKER 1905, 172 s.; SECKEL 1907, 366 nt. 2; DUQUESNE 1910, 207 nt. 1. Quanto a D.13.1.4, la correlazione è sostenuta con decisione da BIONDI 1925, 48 ss. e accolta come pacifica da ALBANESE 1979, 254 nt.

Senza entrare nel merito della discussione sull'intero complesso testuale, possiamo tuttavia definire la collocazione del passo che più da vicino ci interessa, ragionando sulla struttura d'insieme. Il giurista muove (*Si servus – potest*) dal caso del furto commesso dal figlio o dal servo e prevede la concessione della *condictio ex causa furtiva* contro il *dominus*. Quindi focalizza l'attenzione sul figlio, che può essere convenuto direttamente<sup>8</sup> e si sofferma su due situazioni (*Tam – actio*). Quella della condanna del *filius*, per affermare che egli è vincolato dal *iudicatum*, ma che anche il padre può essere convenuto con *actio iudicati de peculio (et si – conveniri)*<sup>9</sup>. Quella della morte del figlio *post litem contestatam*, che conduce alla *translatio iudicii*. Il quadro è completato dalla precisazione circa l'eventuale assunzione di difesa, da parte del figlio, in qualità di *procurator* di un terzo, nel qual caso la *translatio* opererà verso quest'ultimo e non verso il *pater*<sup>10</sup>.

La scelta pretoria di concedere la *translatio iudicii* si inserisce bene, a mio avviso, nel contesto di «progressiva evoluzione della capacità giuridica dei *fili in potestate*»<sup>11</sup>, che condusse, tra l'altro, a concedere loro l'autonomia assunzione di debito, del quale rispondevano essi stessi e che pure poteva coesistere con debito paterno perseguibile con azione adiettizia<sup>12</sup>. Sembra altresì provato che l'eventuale *actio iudicati* conseguente alla condanna potesse essere intentata, a scelta dell'attore, contro il *filius* o contro il *pater*<sup>13</sup>.

---

221; mentre è meno sicura secondo BONIFACIO 1956, 104 nt. 3; ERXLEBEN 2017, 238 (ove, a nt. 43, altra bibliografia).

<sup>8</sup> Cfr. ALBANESE 1979, 274 s.

<sup>9</sup> Ancorché, secondo BONIFACIO 1956, 114 s. non nel senso di una «soggezione del *filius* all'azione esecutiva immediata, ma solo una volta divenuto *sui iuris*». Per un quadro più articolato, cfr. PUGLIESE 1963, 286 ss. Sull'*actio iudicati de peculio* il testo chiave è Ulp. 29 ed. D.15.1.3.11, L. 851; cfr. SOLAZZI 1898, 139 ss.; SECKEL 1907, 326 ss.; LA ROSA 1963, 188 ss.; PUGLIESE 1963, 284, ove in particolare nt. 17; ALBANESE 1979, 276 e nt. 320; altra bibliografia in KASER-HACKL 1996, 354 nt. 34.

<sup>10</sup> Il cenno, nella parte finale, all'*actio iudicati* conferma la connessione con gli altri testi, nel solco di una tematica comune. Si coglie infatti un parallelismo con l'ultima parte di D.9.4.35, dove appunto si accenna all'azione esecutiva contro il padre. Osserva ASTOLFI 2001, 256 nt. 269, che l'ampliamento del discorso «sino al punto da indicare in via generale con quali azioni può essere convenuto il *filius familias*» segnala un approfondimento proprio di un commento, riducendo così la parte attribuita a Sabino, contro la diversa opinione di SCHULZ 1906, 81.

<sup>11</sup> ALBANESE 1979, 269.

<sup>12</sup> ALBANESE 1979, 275 s. e nt. 317.

<sup>13</sup> ALBANESE 1979, 276 s. La simmetria che sembra di potersi riscontrare tra soluzione adottabile dopo la condanna (con l'*actio iudicati*) e prima di essa (con la *translatio iudicii*) viene colta da BONIFACIO 1956, 117, come indizio del fatto che «la soggezione all'*actio iudicati* giustifica la soggezione alla *translatio iudicii*». Ulteriore conferma sarebbe da individuarsi in Ulp. 29 ed. D.15.3.10.3, L. 856: *Quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem: cuius sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante con-*

Ebbene, se tale è il contesto che si venne a delineare, almeno dall'epoca di Giuliano<sup>14</sup>, la *translatio iudicii* non fa che rispondere all'esigenza di sanare una frattura verificatasi in corso di causa con la morte del *filius*, rimettendo il processo, per così dire, sui binari ordinari. Poiché il *pater* – vuoi in prima battuta con azione adiettizia, vuoi in un secondo momento con *actio iudicati de peculio* – avrebbe potuto essere chiamato direttamente in causa, appare rispondente a esigenze equitative e di economia processuale che, nel momento in cui il *filius* muoia *post litem contestatam*, egli venga inserito nel procedimento in corso con la posizione adiettizia che gli competeva<sup>15</sup>.

Di particolare interesse l'ultima frase, che riporta il discorso nell'alveo della rappresentanza. Che il *filius* abbia capacità di stare in giudizio per altri è attestato, né sembra porre particolari problemi, considerato che il rapporto sostanziale ricadeva su un'altra persona<sup>16</sup>. Problematico è semmai l'intreccio tra il rapporto rappresentante/*dominus litis* e quello *filius/pater*, nel momento in cui rappresentante (di un estraneo, s'intende) sia il *filius*, che, per regola generale, acquistava al *pater*: a questi dunque sarebbe spettata l'*actio iudicati*, con evidente pregiudizio della relazione tra *filius* e *dominus litis*.

Il nodo è stato oggetto della riflessione di Pugliese, il quale – pur registrando l'assenza di riscontri nelle fonti – ipotizza una soluzione in via pratica, se il figlio fosse stato *cognitor*: avrebbe operato la regola pretoria del trasferimento dell'azione esecutiva al *dominus litis*. Quanto alla funzione di *procurator*, lo studioso prospetta due soluzioni: l'impossibilità che il *filius* fosse «scelto come *procurator ad agendum* da un estraneo o che si

---

*demnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto* (sul quale, ampia discussione di ERXLEBEN 2017, 244 ss.). È innegabile che anche questo frammento riveli una sintonia tra la soluzione adottata *post condemnationem* e quella applicata *ante condemnationem* (mediante *translatio*, che l'a. presuppone ipotizzando la morte del figlio, contro DUQUESNE 1910, 208 s. nt. 1, che assume invece la possibilità di una *translatio iudicii vivo filio*). Non saprei dire se esso rafforzi o meno la tesi di Bonifacio, ma mi sembra evidente la conferma di quanto stiamo dicendo in testo, ossia che, in sede di *translatio iudicii*, si tendesse ad applicare la soluzione preferibile rispetto al caso concreto e in linea con quella che sarebbe stata la soluzione adottata anche al di fuori della situazione straordinaria da cui la *translatio* stessa scaturisce.

<sup>14</sup> ALBANESE 1979, 274.

<sup>15</sup> È opportuno altresì ricordare un altro testo dal quale emerge l'opinione di Marcello e Ulpiano in merito al fatto che «come per i contratti conclusi dal *filius* si dava contro il *pater* l'*actio de peculio*, così la *litis contestatio* da lui compiuta determinava (...) una responsabilità del *pater* in sede esecutiva nei limiti del peculio, anche se il rapporto sostanziale fatto valere (*origo iudicii*) non implicava tale responsabilità» (PUGLIESE 1953, 377). Il frammento in discorso è Ulp. 29 ed. D.15.1.3.11, L. 851, altrimenti noto perché attesterebbe l'equiparazione tra *litis contestatio* e *contrahere*.

<sup>16</sup> Cfr. Ulp. 8 ed. D.3.3.8 pr., L. 305; PUGLIESE 1963, 290 ss.

facesse, nel caso, eccezione al principio dell'acquisto al *pater*»<sup>17</sup>. Mi sembra che il passo in esame offra un significativo indizio in tale direzione: con la *translatio iudicii* il pretore corregge la rotta intrapresa dal processo con la morte del *filius quasi procurator*, preferendo al *pater* il *dominus litis*. Va precisato che Pugliese si riferisce all'esito del processo e all'*actio iudicati*. È chiaro che le condizioni di operatività della *translatio iudicii* (ovvero: l'essere il processo in corso) introducono un elemento differenziale significativo. Non vi è infatti nulla di 'consolidato' (come la sentenza), ma ragioni di natura logica inducono a ritenere che quanto valeva per il processo concluso dovesse essere fatto valere altresì per il processo in corso<sup>18</sup>. Solo così, infatti, si ravviserebbe un elemento di ragionevolezza che avrebbe potuto formare oggetto di valutazione in sede di *causae cognitio* pretoria. Tale è, a mio avviso, la linea di pensiero che anche nel presente caso ha guidato la scelta del pretore: autorizzando la *translatio iudicii*, più che derogare alle regole ordinarie, ha scelto tra due discipline concorrenti – una civile, relativa al *filius*; l'altra pretoria, relativa al *procurator*<sup>19</sup> –, a favore di quella che realizzava la migliore regolamentazione degli interessi in gioco.

In un secondo caso, il *filius* subentra al *pater* in posizione di attore:

Ulp. 57 *ed. D.* 47.10.17.14, L. 1363: Sed si pater lite contestata coeperit abesse vel etiam neclegere executionem pater vilis, dicendum est causa cognita translationem filio competere. Idem et si emancipatus filius esse proponatur.

Se il padre si assenti dopo la *litis contestatio* di una lite, o per viltà non la prosegua, il processo, in base a valutazione del pretore, può essere traslato sul figlio. Allo stesso modo si procede quando questi sia stato emancipato<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> In analogia a «quanto si era già fatto in materia di *adstipulatio* (Gai. 3.114)»: PUGLIESE 1963, 291, la cui riflessione riguarda l'*actio iudicati* e dunque il momento successivo alla sentenza.

<sup>18</sup> *Translatio iudicii* e concessione dell'*actio iudicati* sono figure diverse, ma è buona congettura di BONIFACIO 1956, 89 s. e nt. 41 (sulle cui ragioni, *supra*, nt. 13), ipotizzare che quanto valesse per l'azione esecutiva in caso di decesso dopo la sentenza, dovesse essere fatto valere anche per il processo, se la morte sopravveniva prima della sentenza, ma *post litem contestatam*.

<sup>19</sup> Natura pretoria, infatti, aveva la regola che spostava a favore e contro il *dominus litis* l'*actio iudicati* a seguito di processo condotto mediante *cognitor*. Evidentemente, inoltre, si fa riferimento a un'epoca in cui tale principio si era esteso al *procurator*: Papin. 2 *resp. Vat. fr.* 331, L. 411. Cfr. *supra*, 32 s., 52.

<sup>20</sup> Il testo, salvo il riferimento al *pater vilis* e la proposta di correggere *competere* in *dandam* (su questo cfr. *infra*, 162 nt. 30), è giudicato genuino e certamente lo è la sostanza di ciò che più interessa in questa sede: cfr. LEVY-RABEL 1935, 519 *ad l.* Quanto alla posizione dell'*emancipatus*, di cui nella chiusa, dirò più avanti, in testo.

Il contenuto non sembra problematico<sup>21</sup> e non sarebbe necessario soffermarvisi oltre, se non fosse per la ferma critica di Bonifacio, che esclude che si facesse realmente riferimento alla *translatio iudicii* e, anzi, è convinto che le affermazioni di Ulpiano fossero di segno opposto. Per comprendere il senso della critica di questo autore, è necessario estendere la riflessione a un altro paragrafo del medesimo frammento:

Ulp. 57 *ed. D.*47.10.17.22, L. 1365: Idem<sup>22</sup> ait filio familias iniuriarum nomine actionem dari, quotiens nemo est, qui patris nomine experiatur, et hoc casu quasi patrem familiae constitui. Quare sive emancipatus sit sive ex parte heres scriptus fuerit vel etiam exheredatus sive paterna hereditate abstinerit, executionem litis ei dandam: esse enim perabsurdum, quem praetor manente patria potestate ad actionem admittendum probaverit, ei patri familias ultionem iniuriarum suarum eripi et transferri ad patrem, qui eum, quantum in ipso est, omiserit, aut, quod est indignius, ad heredes patris, ad quos non pertinere iniuriam filio familias factam procul dubio est<sup>23</sup>.

Nel prosieguito del suo lungo discorso, sul quale torneremo a breve, Ulpiano ricorda l'opinione di Giuliano<sup>24</sup> in merito al caso del figlio cui si concede di agire ogniqualvolta manchi qualcuno che agisca *patris nomine*. In tale situazione, qualora sopravvenga l'emancipazione (o l'istituzione ad erede parziale, o sia stato diseredato o ancora si sia astenuto dall'eredità paterna: ipotesi che qui interessano meno), si deve permettere al figlio di proseguire il processo (*executionem litis ei dandam*), poiché sarebbe *perabsurdum* trasferire il processo a un padre che abbia avuto un comportamento omissivo (o agli eredi del padre, quanto ad altre ipotesi)<sup>25</sup>.

Il punto di collegamento tra i due passi è dato dalla *emancipatio*. In particolare, sul § 22 si è appuntata la critica di Lavaggi, il quale è convinto che in esso la menzione dell'emancipazione sia frutto di interpolazione e, dal rigetto di questo passo, fa discendere (per deduzione logica)<sup>26</sup> il di-

<sup>21</sup> Lineare, ad esempio, la lettura di ALBANESE 1979, 334 nt. 55.

<sup>22</sup> Giuliano, citato al § 19 e richiamato già una prima volta con *idem ait* nel § 20. Cfr. ERXLEBEN 2017, 259 nt. 138.

<sup>23</sup> Sul testo, cfr. LEVY-RABEL 1935, 519 *ad l.* e LAVAGGI 1947, 194 s. Il passo è accolto come genuino da SOLAZZI 1898, 171 s., oltre che da KOSCHAKER 1905, 227 ss. e DUQUESNE 1910, 204 ss., i quali tuttavia sembrano avere travisato i termini della questione, assumendo che ad agire sia stato il padre, mentre in realtà è il figlio: cfr. LAVAGGI 1947, 194 e nt. 212, seguito da BONIFACIO 1956, 135 nt. 46.

<sup>24</sup> Al quale già si era rifatto, su queste tematiche, in Ulp. 8 *ed. D.*3.3.8 pr., L. 305, come segnala MOMMSEN-KRÜGER 1963, 834 nt. 16 *ad l.*

<sup>25</sup> BONIFACIO 1956, 135, contesta come non classica «la motivazione moraleggiante e retorica», ma non la sostanza, che giudica genuina.

<sup>26</sup> LAVAGGI 1947, 197 s. (ma v. altresì 185 ss.), scrive infatti di non rilevare «indizi esteriori dell'alterazione».

scredito dell'ultima parte del § 14, nella cui versione originale non si farebbe alcun riferimento all'*emancipatus*<sup>27</sup>.

Accogliendo come premessa il ragionamento di Lavaggi, Bonifacio trae spunto dall'*idem et* del § 14 (che fissa un'equazione tra assenza ed emancipazione) per giungere a una conclusione parzialmente diversa. L'intervento interpolatorio avrebbe introdotto non tanto l'*emancipatio* dove non c'era, quanto piuttosto un cambio di segno nel ragionamento di Ulpiano<sup>28</sup>. Bonifacio conclude che, come la *translatio* non era consentita nell'ipotesi di emancipazione (secondo la lettura del § 22 proposta da Lavaggi), così non lo fosse nemmeno nella prima, ovvero l'assenza del *pater*: i compilatori, in altre parole, sarebbero intervenuti per trasformare «in positive le due decisioni negative di Ulpiano»<sup>29</sup>. L'esito è tuttavia incongruo, per implicita ammissione dello stesso Bonifacio, che conclude, senza tuttavia provare a darne ragione, per una disparità di trattamento – tra il caso di assenza del padre e quello di emancipazione del figlio –, a seconda che fosse o meno intervenuta la *litis contestatio*<sup>30</sup>. La conclusione non persuade, non solo per una debolezza evidente, ma anche perché trascura completamente il contesto da cui sono tratti i passi. Al quale invece ritengo opportuno volgere lo sguardo.

Il frammento in discussione (D.47.10.17.14) si apre con una avversativa

---

<sup>27</sup> Non è il caso di soffermarsi in testo sulla ricostruzione di Lavaggi, le cui linee, tuttavia, è bene almeno sunteggiare qui, per rendere più chiaro il ragionamento. Lo studioso è convinto, alla luce di un articolato ragionamento sul § 22, che anche la frase finale *idem et – proponatur* del § 14 sia un'inserzione dei compilatori e che in età classica l'emancipazione non potesse condurre alla *translatio iudicii*. Il cuore della critica ruota attorno ai due assunti che (a) l'emancipazione solo in età giustiniana avrebbe assunto rilevanza ai fini della trasmissione dei profitti dell'*actio iniuriarum* al figlio (LAVAGGI 1947, 193 ss., spec. 198; cfr. anche ALBANESE 1979, 246) e che (b) normalmente in età classica la *litis contestatio*, avente «efficacia creativa di obbligazione» (182) avrebbe radicato in capo al *pater* la pretesa da questi azionata: su queste basi lo studioso trascina nel dubbio la chiusa del § 14. Quanto al § 22, la situazione è in parte diversa, perché si parte dal presupposto che sia il *filius* ad agire, causa inazione del *pater*, e il nodo concerne il destino di tale processo una volta che, per emancipazione (o altre ragioni lì indicate), il *filius* esca dalla potestà paterna. Nel qual caso, secondo le premesse di Lavaggi, è evidente che l'*actio iniuriarum* avrebbe generato un vincolo civile destinato a realizzare un profitto pecuniario rientrante nella sfera patrimoniale del *pater*. Cosa che, nella sua lettura, avrebbe indotto i classici a consentire, anziché negare, al *pater* (e ai suoi eredi) di subentrare al *filius* uscito di potestà. Di qui l'idea, con riferimento al § 14, che anche in una situazione eccezionale in cui si concede al figlio di azionare la pretesa, questa fosse sempre intesa come pertinente alla sfera paterna e ad essa potesse essere riportata se l'attore fosse uscito dalla potestà.

<sup>28</sup> BONIFACIO 1956, 135 s.

<sup>29</sup> BONIFACIO 1956, 136 nt. 51, che precisa di non ritenere interpolata la frase *Idem et – proponatur*. Critico MARTINI 1960, 121 s.

<sup>30</sup> BONIFACIO 1956, 136: «L'assenza del padre e l'emancipazione del figlio nel corso del processo non producono quegli effetti che, rispettivamente *iure praetorio* e *iure civili*, si verificherebbero ove la lite non fosse stata contestata».

(*sed*) e questo segnala un discorso troncato e un collegamento con quanto precede. Il quadro di riferimento è quello dell'*iniuria*, per la quale il pretore aveva stabilito la concessione dell'azione direttamente al *filius*, previa *causae cognitio*, nel caso in cui l'avente potestà fosse assente e non vi fosse nemmeno un *procurator*. Ulpiano sta svolgendo un articolato commento alla clausola edittale *Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*, che troviamo al § 10: *SI EI, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ERIT, INIURIA FACTA ESSE DICETUR ET NEQUE IS, CUIUS IN POTESTATE EST, PRAESENS ERIT NEQUE PROCURATOR QUISQUAM EXISTAT, QUI EO NOMINE AGAT: CAUSA COGNITA IPSI, QUI INIURIAM ACCEPISSE DICETUR, IUDICIUM DABO*<sup>31</sup>. Il commento prende la parte restante del frammento, D.47.10.17.11-22. Il giurista espone dapprima riflessioni proprie (§§ 11-17), quindi quelle di Giuliano (§§ 18-22)<sup>32</sup>. Nei primi paragrafi che seguono la trascrizione della clausola (§§ 11-13) il giurista lavora, in senso intensivo ed estensivo, sul significato del concetto di 'assenza' – attorno al quale ruota la concessione o meno dell'azione –: quali situazioni possano esservi parificate e se talune forme di inazione siano ad essa assimilabili.

Nel § 14, che direttamente ci interessa, Ulpiano mantiene al centro della riflessione l'assenza, considerandone però un diverso profilo: non più le modalità in cui possa concretarsi, ma il momento in cui si realizzi, con particolare riguardo al verificarsi di essa *post litem contestatam*<sup>33</sup>. Ora, secondo la previsione edittale, il *filius* sarebbe stato titolare in prima persona dell'*actio iniuriarum*<sup>34</sup>, ma solo nel caso specifico dell'assenza dell'avente potestà o di un procuratore (*NEQUE IS, CUIUS IN POTESTATE EST, PRAESENS ERIT NEQUE PROCURATOR QUISQUAM EXISTAT, QUI EO NOMINE AGAT*). D'altro canto, la regola generale, in caso di *iniuria* contro il *filius*, consentiva al *pater* di agire tanto *nomine suo*, quanto *nomine filii*<sup>35</sup>, e va da sé che l'ac-

<sup>31</sup> Ulp. 57 *ed.* D.47.10.17.10, L. 1362. Cfr. SOLAZZI 1898, 167 ss.; LENEL 1927, 402 s.

<sup>32</sup> Sembra di cogliere qui lo schema del commento edittale e della 'produzione' di diritto onorario rilevato da MANTOVANI 1998, 167, sia a proposito delle opinioni dei giuristi come «punto di riferimento (o un limite)» della discrezionalità pretoria, sia nel ricorso all'*auctoritas* di giuristi precedenti come elemento di rafforzamento o legittimazione di quanto si sta sostenendo (166 e nt. 105, 168 nt. 110). Per altro verso, tale atteggiamento è rivelatore, su un piano più generale, del «peculiare continuismo della scienza giuridica romana» e della relazione «fra tecnica del commento e ricerca della verità, come proiezione del nesso fra statuizione e durata, fra norma e tempo: insomma, il magnetismo del passato» (SCHIAVONE 2017, 529 s. nt. 79). A proposito dello stretto legame tra pretore e giuristi, cfr.: SCHULZ 1953, 102 ss.; GUARINO 1980, 304.

<sup>33</sup> Ciò vale, a mio avviso, che si accolga o meno come genuino il paragrafo precedente, Ulp. 57 *ed.* D.47.10.17.13, L. 1363, rigettato *in toto* da alcuni: SOLAZZI 1898, 168 s.; ALBERTARIO 1912, 130 (133) nt. 5; LEVY-RABEL 1935, 519 *ad l.*

<sup>34</sup> LAVAGGI 1947, 190. Indicativo il potere di *dare cognitorem*: cfr. Ulp. 8 *ed.* D.3.3.8 pr., L. 305; Ulp. 57 *ed.* D.47.10.17.19-20, L. 1365.

<sup>35</sup> Cfr. BONIFACIO 1956, 131, il quale afferma che la peculiarità di tale azione consisteva nel fatto che il figlio, se emancipato prima della *litis contestatio*, avrebbe acquisito la competenza a intentare l'azione; ALBANESE 1979, 253.

cettazione del *iudicium* avrebbe consumato l'azione<sup>36</sup>.

È allora evidente l'emersione di una 'zona grigia' tra disciplina generale e previsione edittale, proprio per il caso in cui l'assenza o il disinteresse del *pater* sopravvenisse a causa già in corso, incardinata in capo al *pater*. In tal caso, a stretto rigore, la clausola edittale non avrebbe potuto essere invocata, con l'effetto non solo di frustrare le aspettative di giustizia, ma altresì di rendere la *litis contestatio* elemento discriminante. A sanare questo *vulnus* potenziale, la *translatio iudicii* interviene mettendo il figlio nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato nel caso in cui l'assenza si fosse realizzata 'prima' dell'apertura del processo e del suo radicamento in capo al *pater*.

Nel § 22 vediamo operare una dinamica diversa. Qui l'azione è concessa a un *filius* a tutela del quale non agisca nessuno<sup>37</sup>, dunque regolarmente *ex edicto*, ma si pone il problema dell'intervento della *emancipatio* a causa in corso: la soluzione, già di Giuliano, muove nel senso di mantenere la titolarità del processo in capo al *filius* che è anche il diretto interessato dall'offesa.

Si contemplano pertanto situazioni non pienamente collimanti con la previsione edittale: nel § 14 manca inizialmente il requisito dell'*absentia* o del 'disinteresse' all'azione, che sopravviene; nel § 22 viene a mancare la condizione di soggetto *in potestate*. In entrambi i casi, tuttavia, le soluzioni – pur conducendo a esiti opposti: prima si concede la *translatio* al *filius*; poi si nega la *translatio* al *pater* – convergono nel perseguire quello il medesimo fine sostanziale, la tutela della posizione del principale interessato dall'offesa. Entro tale logica, l'estensione della soluzione prospettata nel § 14 anche al caso dell'*emancipatus post litem contestatam* assume i contorni di un corollario<sup>38</sup>.

Tutte le situazioni esaminate sono accomunate dall'intento di favorire chi si trovi privo di difesa e, per converso, di non avvantaggiare chi se ne sia, da o fino a un certo momento, disinteressato. La previsione della *causae cognitio* punta alla valorizzazione di tali profili, mentre la *translatio iudicii*, nel caso di 'ostacolo' formale frapposto dalla *litis contestatio*, serve ad aggirarlo, recuperando situazioni 'anormali' alla disciplina ordinaria.

Il terzo caso di *translatio iudicii* a favore del figlio si trova in ambito successorio, a proposito delle modalità di trasmissione *post mortem* del credito alle *operae*<sup>39</sup>, di cui è titolare il patrono:

<sup>36</sup> LAVAGGI 1947, 197.

<sup>37</sup> L'inciso *quasi patrem familiae constitui* depone nel senso che il figlio agisca *iure proprio*: BONIFACIO 1956, 133, con critica della dottrina contraria (nt. 39).

<sup>38</sup> Diversamente ERXLEBEN 2017, 258, proponendo una lettura mirata sul testo in sé, rileva che – a mente di Papin. 12 *resp. Vat. fr.* 260, L. 694 – il *filius* non potrebbe *lites peculiares prosequi* (salvo essere *cognitor in rem suam* o in base a *delegationes*) e giustifica la presente eccezione col fatto che, solitamente, il *filius* non era titolare di autonomo diritto di azione, come invece nel caso di specie.

<sup>39</sup> Precisamente, secondo VOCI 1967, 355, dalla trattazione sulla «vendita dei beni del fal-

Ulp. 64 *ed. D.* 38.1.29, L. 1443: Si operarum iudicio actum fuerit cum liberto et patronus decesserit, convenit translationem heredi extraneo non<sup>40</sup> esse dandam: filio autem et si heres non extat et si lis contestata non fuerat, tamen omnimodo competit, nisi exheredatus sit.

Se il patrono agisce con l'*actio operarum* contro il liberto e muore dopo la *litis contestatio*, si conviene (*convenit*) di non ammettere la *translatio* del processo all'erede estraneo. L'azione spetta invece in ogni modo al figlio del patrono, anche se erede non risulti (*heres non extat*)<sup>41</sup> e la lite non fosse stata contestata dal *pater*, salvo il caso di diseredazione.

Lungi dal presentare le difficoltà «insuperabili» cui accenna Bonifacio<sup>42</sup>, il testo appare genuino e lineare a Voci<sup>43</sup>, il quale ritiene che esso attesti, da un lato, la disapplicazione del principio generale della *perpetuatio iurisdictionis*, che dovrebbe operare nel momento in cui sia stata superata la *litis contestatio*, rendendo in tal modo trasmissibile ciò che non lo era<sup>44</sup>. Il credito delle *operae liberti*, infatti, all'estraneo non spettava<sup>45</sup>, ma, una volta intervenuta la *litis contestatio* nell'*actio operarum* intentata dal *patronus*, se questi fosse deceduto, per il predetto principio della *perpetuatio obligationis*, gli eredi (anche gli estranei, chiaramente) sarebbero subentrati nelle cause in corso e, conseguentemente, nel credito originario. Si sarebbe pertanto realizzato, per via processuale, un risultato che ordinariamente era espressamente precluso. Di qui la decisione di non ammettere la traslazione del *iudicium* a favore di coloro che, in una situazione, per così dire, ordinaria, non vi avrebbero avuto diritto<sup>46</sup>. Il quadro è completato dalla seconda parte, con l'ammissione implicita della *translatio iudicii* a favore del figlio, al quale invero (*autem*) l'azione sarebbe spettata anche nel caso in cui la lite non fosse stata iniziata e anche nel caso in cui egli si fos-

---

lito e dei suoi effetti», seguendo la collocazione di LENEL 1889, II, 794 s. sotto la rubrica «*De serviana actione*».

<sup>40</sup> Il *non* è sospetto secondo gran parte della dottrina: LEVY-RABEL 1935, 55; ma vedi le precisazioni di ERXLEBEN 2017, 255 nt. 120. Va registrato che la negazione è presente anche in Bas. 49.3.28 (SCHEL. A. VI, 2290 = HEIM. V, 16).

<sup>41</sup> Lascio volutamente nel vago il senso dell'espressione, della quale segnala VOCI 1967, 355 nt. 81, che «in sé (...) può riferirsi tanto a chi non ha titolo di delazione, quanto a chi non ne usa» e traduce: «anche se si astiene, se *suus*, o non accetta l'eredità, se emancipato».

<sup>42</sup> BONIFACIO 1956, 53.

<sup>43</sup> VOCI 1967, 355 nt. 82.

<sup>44</sup> VOCI 1967, 355, ma v. anche 314.

<sup>45</sup> Cfr. Ulp. 61 *ed. D.* 29.2.20.2, L. 1401; VOCI 1967, 356; ALBANESE 1979, 80.

<sup>46</sup> VOCI 1967, 355, legge nel verbo *convenit* l'espressione di un accordo, evidentemente – aggiungo – al di fuori dei principi che regolavano il processo. Pur difendendo la genuinità del testo, propone invece un percorso diverso LAVAGGI 1945, 255 ss., muovendo dalla tesi in base alla quale, posto che l'*obligatio operarum* «non passa mai in diritto classico all'*heres extraneus*; nemmeno la *litis contestatio* può in questo verso mutarvi alcunché» (256).

se astenuto o non avesse accettato l'eredità. Che è come dire: nel caso in cui si fosse trovato escluso dal novero degli eredi cui le cause già in corso sarebbero passate in via ordinaria; salvo il caso, chiaramente, di diseredazione (*nisi exheredatus sit*). A maggior ragione<sup>47</sup>, pertanto, egli può subentrare a causa in corso, mercé impiego della *translatio iudicii*.

Ancora una volta, lo strumento traslativo interviene a 'disattivare' le regole ordinarie, non per introdurre un'eccezione, bensì per realizzare l'assetto che – se non si fosse nella 'terra di mezzo' tra la *litis contestatio* e la decisione del giudice – si sarebbe realizzato naturalmente.

### 3. Statuliber e persona coinvolta in una causa liberalis

Uno solo testo intreccia *statulibertas* e *translatio iudicii*:

Gai. 6 *ed. prov.* D.9.4.15, L. 130: Praetor decernere debet translationem iudicii in statuliberum fieri: si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant tradendo<sup>48</sup> servum, quia toto suo iure cederet<sup>49</sup>: quod et verum est.

Il pretore deve decretare la *translatio* del processo allo *statuliber*. Se tuttavia (*vero*)<sup>50</sup> al momento della sentenza la libertà disposta fosse ancora in sospeso, secondo l'opinione di Sabino e Cassio – che Gaio esplicitamente condivide (*quod et verum est*) – l'erede si sarebbe liberato consegnando il servo, poiché avrebbe ceduto ogni diritto<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Così VOCI 1967, 355.

<sup>48</sup> Si sarebbe trattato di una *mancipatio*, secondo LENEL 1889, I, 199 nt. 4, recepito da KOSCHAKER 1905, 200; BESELER 1926, 111. Per altri, il verbo *tradere* avrebbe sostituito l'espressione *in iure cedere*: cfr., su tutto, LEVY-RABEL 1929, 119 *a. l.*; 1929b, 161 *ad l.* Propende invece per la genuinità di *tradendo* BIONDI 1925, 307, in linea e, anzi, a conferma della tesi sulla sufficienza dell'abbandono del colpevole da parte del *dominus*, senza necessità di trasferimento della proprietà, per liberarsi dalla responsabilità. *Contra* LENEL 1927, 162 nt. 4 e, più diffusamente, in 1927b, 12 ss. (replica di BIONDI 1928, 115-121). La *mancipatio* è necessaria secondo BETTI 1947, 304 s.

<sup>49</sup> La frase *quia – cederet* è considerata insiticia da BESELER 1926, 111, seguito, pur con cautela, da DONATUTI 1940, 171. Il profilo della genuinità assume particolare rilievo rispetto alla tesi di BIONDI 1925, 284, per il quale, per la *noxae deditio*, sarebbe stato sufficiente l'abbandono dello schiavo: in tal caso una notazione sulla *cessio* del *totum ius* sarebbe inutile.

<sup>50</sup> Per la sfumatura avversativa e rafforzativa di *vero*, cfr. LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR 1997, 494 s.

<sup>51</sup> La sostanza è efficacemente compendiata in Bas. 60.5.15 (SCHEL. A. VIII, 2778): Ἐὰν ἐν τῷ καιρῷ τῆς ψήφου ἤρτηται τῆς ἐλευθερίας ἢ αἵρεσις, ἐκδιδοὺς αὐτὸν ἐλευθεροῦμαι· πρὸ δὲ ψήφου τῆς αἵρέσεως ἐξιούσης μεταφέρεται τὸ δικαστήριον εἰς αὐτόν (= HEIMB. V, 348: *Si sententiae tempore pendeat conditio libertatis, noxae dando eum liberabor: sed si ante sententiam existat conditio, transfertur iudicium in eum*).

L'uso del verbo *decerno* indirizza verso l'emanazione di un *decretum* e offre un prezioso elemento relativo alla forma assunta dallo strumento giuridico<sup>52</sup>. La *translatio iudicii* è prevista nei confronti dello *statuliber*, o più precisamente e verosimilmente, dell'*ex statuliber*<sup>53</sup>, giacché fino a quando non sia stato manomesso, egli si trova in condizione servile e può senz'altro essere oggetto di *noxae deditio*<sup>54</sup>. La lettura trova conferma interna al testo, nel riferimento all'ipotesi diversa del perdurare della *statulibertas* fin oltre l'emanazione della sentenza: il criterio di fondo è quello della cessazione della condizione di semilibertà. D'altro canto, se la libertà sopravvenisse prima della *litis contestatio*, non vi sarebbe motivo di agire in via nossale, ma andrebbe chiesta l'azione diretta<sup>55</sup>. E dunque, il senso del frammento è chiaro: il pretore deve traslare il processo sullo *statuliber* che abbia acquistato la libertà *post litem contestatam* e prima della sentenza.

Alcuni dettagli tecnico-processuali possono fare luce sulle finalità perseguite, nel caso di specie, con la *translatio*. Da un lato, nel momento in cui lo *statuliber* viene *deditus* all'attore, l'azione si estingue, almeno secondo l'opinione sabiniana seguita da Gaio<sup>56</sup>, il che significa che, quando lo *statuliber deditus* acquisterà la libertà presso l'attore<sup>57</sup>, l'azione non rivivrà e

<sup>52</sup> Forma decretale, peraltro, avevano i provvedimenti conclusivi di una *causae cognitio*: cfr., per tutti, LEVY-BRUHL 1924, 417 s.; LUZZATTO 1965, 56 nt. 10. Su questo, *infra*, *Conclusioni*, § 3.

<sup>53</sup> Ciò va presupposto, secondo KOSCHAKER 1905, 201 (e sarebbe un indizio del fatto che Gaio trattasse anche l'ipotesi diversa, considerata invece in Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14.1, L. 620, fonte complementare a questa, secondo parte della dottrina: vi torneremo a breve, in testo); BESELER 1926, 111; ERXLEBEN 2017, 205. Nella ricostruzione di BIONDI 1925, 192 ss., solo con Giustiniano si ammise la concessione dell'azione *ex delicto* diretta contro lo schiavo, abolendo l'*actio noxalis* corrispondente. Così inteso anche in Bas. 60.5.15 (SCHEL. A. VIII, 2778 = HEIM. V, 348) e nello *sch. Διὰ (3) ad l.* (SCHEL. B. VIII, 3199 = HEIMB. 5, 349).

<sup>54</sup> Ulp. 28 *Sab.* D.40.7.9 pr., L. 2701 (testo *infra*, nt. 57). Cfr. BIONDI 1925 185 nt. 4, ove altra bibliografia; DONATUTI 1940, 170 e 199 ss. sull'incapacità di stare in giudizio, salvo «casi eccezionali ed a partire dall'impero».

<sup>55</sup> Come noto, le azioni nossali seguono l'individuo e sono dunque rivolte contro colui che, al momento attuale, esercita la potestà su figlio o servo (*noxia caput sequitur*: Ulp. 41 *Sab.* D.47.2.41.2, L. 2868; cfr. BIONDI 1925, 186); se questi diviene giuridicamente autonomo vi è azione diretta contro di lui, mentre è preclusa l'azione nossale: cfr. Gai. 4.77, in merito al quale BETTI 1947, 304 nt. 90 afferma: «Quando, poi, lo schiavo venga manomesso, è logico che, in virtù di una conversione del rapporto giuridico, la responsabilità nossale si trasformi in una responsabilità personale di lui», richiamando Ulp. 7 *disp.* D.44.7.14, L. 128. Altro punto importante: il passaggio dell'autore dell'offesa, giuridicamente incapace, sotto la potestà della vittima, estingue l'azione, che – secondo Gaio, nel solco della dottrina sabiniana – non rivive nel caso in cui l'offensore esca, per ulteriore successivo trasferimento o acquisto di capacità giuridica, dalla sfera potestativa di quella. Cfr. Gai. 4.78, che ricorda come invece, per i proculiani, essa rimanga quiescente; vedi però BIONDI 1925, 186 s., 320 ss.; nel solco di Gaio, BONIFACIO 1956, 122 nt. 5.

<sup>56</sup> Gai. 4.78. Cfr. BIONDI 1925, 186.

<sup>57</sup> Giacché la *noxae deditio* non spegne la speranza di ottenere la libertà, secondo quanto scrive Ulp. 28 *Sab.* D.40.7.9 pr., L. 2701: *Statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est qui ignorare debeat: eapropter noxae dedi poterit. Sed deditus sperare adhuc liberta-*

questi vedrà di fatto vanificato il proprio diritto. Dall'altro, va tenuta presente l'esclusione del cumulo tra azione nossale e penale<sup>58</sup>. La conseguenza sarebbe una situazione di iniquità per l'offeso e, da questo punto di vista, la *translatio iudicii* vi porrebbe rimedio<sup>59</sup>.

Sul frammento nel complesso, è possibile che, oltre ad alcuni rimaneggiamenti, il testo abbia subito un accorciamento, al fine forse di renderlo complementare a Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14.1, L. 620, che lo precede nella compilazione<sup>60</sup>. Il testo, per come si presenta, contiene informazioni non pienamente congruenti. Il *si vero* che apre la seconda frase segna una contrapposizione tra quanto segue e ciò che precede, ma assegnare un senso compiuto alla prima frase (*Praetor – fieri*) non è facile. Non si andrà probabilmente lontano dal vero nel supporre che rappresenti l'apodosi di un periodo la cui protasi avrà indicato uno o più casi o situazioni al verificarsi delle quali il pretore avrebbe dovuto, appunto, *decernere translationem iudicii in statuliberum fieri*<sup>61</sup>.

Alcune letture colgono un'autonomia concettuale tra prima e seconda parte del frammento, esito forse anche del possibile rimaneggiamento: prima si considera lo *statuliber*, cui il giudizio sarà traslato nel caso in cui maturi la condizione di libertà anteriormente alla sentenza; quindi il *dominus* convenuto, che, ove la sentenza sopraggiunga prima dell'acquisto del-

---

*tem poterit: nec enim deditio spem illi adimit libertatis.* Restava aperta la questione se toccasse la liberazione a colui che lo aveva dato a nozza, risolta da Ottaviano in senso affermativo (cfr. Ulp. 28 *Sab.* D.40.7.9.2, L. 2701; KOSCHAKER 1905, 206; BIONDI 1925, 325). Ciò significherebbe, secondo DONATUTI 1940, 170, che i giuristi del I secolo d.C. avessero affrontato il problema, posto che, in questa condizione, la *noxae deditio* non avrebbe comportato un trasferimento di proprietà irrevocabile, per l'inevitabile sopravvenire, ad un certo momento, della libertà in capo allo *statuliber*.

<sup>58</sup> Paul. 54 *ed.* D.47.8.3, L. 677. BIONDI 1925, 242 ss., ma v. anche 186 ss., 236 ss.; DONATUTI 1940, 173.

<sup>59</sup> DONATUTI 1940, 173. Benché non esplicitato, resta inteso che, in tal caso, dobbiamo immaginare una 'conversione' dell'azione nossale nella corrispondente da delitto.

<sup>60</sup> In questa direzione KOSCHAKER 1905, 199 ss., secondo il quale Gaio e Ulpiano, nei rispettivi originali, avrebbero ciascuno preso in considerazione entrambi i casi. Inoltre (202 e nt. 3), quello nei confronti dell'*ex statuliber* sarebbe un *novum iudicium*, poiché la sentenza assolutoria nei confronti dell'erede non consentirebbe in nessun modo che vi sia un trasferimento di alcunché e proprio per questo non si può parlare di *translatio iudicii* in senso stretto. Cfr. DUQUESNE 1910, 197 ss.; BIONDI 1925, 240 nt. 4, 323. La palinogenesi leneliana non offre elementi complementari, purtroppo, salvo confermare, nei pochi altri frammenti tratti dal VI libro *ad edictum provinciale* attinenti alle azioni nossali [LENEL 1889, I, 199 s.: Gai 6 *ed. prov.* D.2.9.4, L. 129; Gai 6 *ed. prov.* D.9.4.23, 25, 27, 29, L. 131-134], un andamento fortemente casistico del ragionamento. Tracce di intervento sul testo rilevano in particolare KOSCHAKER 1905, 200 ss.; BONIFACIO 1956, 121 ntt. 1, 2; KASER 1968, 112 nt. 3. La sostanza, in ogni modo, non è messa in discussione: cfr. da ultimo D'ANGELO 2017, 294 nt. 11.

<sup>61</sup> Carattere generale ha l'apodosi premessa al testo da BESELER 1926, 111: «Wenn während des Noxalprozesses die Bedingung der *statuta libertas* eintritt».

la libertà, sarà comunque libero consegnando il servo<sup>62</sup>.

La distinzione è suggerita altresì dalla presenza di testi nei quali il sopravvenire della libertà in capo allo *statuliber* è affrontato e risolto in termini di *absolutio* per il *dominus*-convenuto<sup>63</sup>. Il punto merita una pur breve digressione, nei limiti in cui possa offrire elementi utili per valutare la collocazione della *translatio iudicii* nel contesto del processo.

I testi in questione sono due:

Afric. 8 *quaest.* D.47.2.62.9, L. 110: Statuliberum, qui, si decem dederit, liber esse iussus erat, heres noxali iudicio defenderat: pendente iudicio servus datis decem heredi ad libertatem pervenit: quaeritur, an non aliter absolutio fieri debeat, quam si decem, quae accepisset, heres actori dedisset. Referre existimavit, unde ea pecunia data esset, ut, si quidem aliunde quam ex peculio, haec saltem praestet, quoniam quidem si nondum ad libertatem servus pervenisset, noxae deditus ei, cui deditus esset, daturus fuerit: si vero ex peculio, quia nummos heredis dederit, quos utique is passurus eum non fuerit ei dare, contra statuendum.

L'erede difende in giudizio uno *statuliber*, la cui liberazione era condizionata dalla dazione di una somma (*si decem dederit*). Durante la pendenza del giudizio il servo paga la somma e viene liberato. Si chiede se per l'assoluzione del *dominus*-convenuto sia necessario che questi consegni la somma ricevuta all'attore<sup>64</sup>. La risposta passa dall'interrogativo sulla provenienza del denaro utilizzato dal servo: se non provenga dal *peculium*, essa dev'essere consegnata, perché così sarebbe stato nel caso in cui lo *statuliber* fosse stato *noxae deditus* prima di acquistare la libertà. L'espressione *haec saltem praestet* sembra suggerire che la ragione risiedesse nell'intento di garantire 'almeno' un ristoro minimo all'attore<sup>65</sup>. Se, invece, il denaro

---

<sup>62</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 199 s., BONIFACIO 1956, 122, con riferimento a Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14.1, L. 620; ERXLEBEN 2017, 205, con riferimento ad Afric. 8 *quaest.* D.47.2.62.9, L. 110. I due frammenti sono discussi subito appresso, in testo.

<sup>63</sup> Il contrasto tra i testi ora in esame è registrato anche da KASER-HACKL 1996, 354 nt. 35. Circa il fondamento giuridico-processuale dell'*absolutio*, cfr. KASER 1968, 165 ss., sul quale *infra*, nt. 65.

<sup>64</sup> Per la ricostruzione della dinamica relativa al collegamento tra provenienza della somma e assoluzione, cfr. DONATUTI 1940, 174. Sul piano dei contenuti, un conto è ragionare sulla dazione o meno del denaro ricevuto per realizzare la condizione di libertà, rispetto all'assoluzione o meno del convenuto: si comprende, anche dalle argomentazioni svolte, che viene dato rilievo alla condotta del *dominus* convenuto al fine di deciderne o meno l'assoluzione. Un altro sarebbe subordinare alla dazione pecuniaria la concessione o meno della *translatio* (*infra*, testo e nt.): se dirimente per la concessione della stessa fosse la dazione del denaro ricevuto (quando esso non provenga dal *peculio*) si giungerebbe alla situazione per cui l'attore subito incamerebbe la somma per la liberazione, mentre in un secondo momento potrebbe ricevere la somma a titolo di condanna, se il liberto fosse condannato nel *iudicium translatum*.

<sup>65</sup> Proprio con riferimento a questo passo va dato conto della tesi di KASER 1968, 168, che subordina la pronuncia assolutoria all'applicazione della «restituere-Regel», di cui il

provenisse dal peculio, appartenendo questo all'erede, il quale non avrebbe permesso che fosse dato, si sarebbe dovuto decidere nel senso che per l'assoluzione la consegna del denaro non fosse necessaria<sup>66</sup>.

Il tentativo di superare i dubbi che il passo solleva sul rapporto tra assoluzione e traslazione, ipotizzando che i compilatori abbiano emendato *translatio* in *absolutio* (nel passaggio *quaeritur, an non aliter absolutio fieri debeat*) si scontrano con argomenti che non ne consentono l'accoglimento<sup>67</sup>.

L'altro frammento da tenere in considerazione proviene da Ulpiano:

Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14.1, L. 620: Sed et si statuliber sit et ante deditionem existerit condicio vel fideicommissa libertas fuerit ante praestita vel existente condicione legati dominium fuerit translatum, arbitrio iudicis absolvi eum oportet: et officii iudicis hoc quoque erit, ut caveatur ei cui deditur ob evictionem ob suum factum contingentem<sup>68</sup>.

Anche se l'autore dell'illecito fosse *statuliber* e la condizione si fosse verificata prima della *noxae deditio* o fosse stata data prima la libertà fideicommissaria o fosse stata trasferita la proprietà in seguito all'avveramento della condizione del legato, bisogna che il convenuto sia assolto secondo la valutazione del giudice. Nel cui ufficio rientra anche il compito di imporre una *cautio* per evizione derivante da fatto proprio, a favore di colui che riceve il *deditus*.

Il passo di Ulpiano va collocato nel contesto che presumibilmente gli è proprio, quello delle azioni nossali in base al capo I della *lex Aquilia*<sup>69</sup>. Il giurista sta considerando in quali situazioni il *dominus* sia o meno gravato dall'azione nossale. Il frammento palinogenetico che precede (Ulp. L.

---

frammento rappresenterebbe un'attestazione: l'assoluzione segue alla dazione della somma consegnata al *dominus*-convenuto dallo schiavo per la liberazione, solo nel caso in cui il denaro non provenisse dal *peculium* e dunque si trattasse di somma che l'attore avrebbe a sua volta ricevuto, se la condizione di libertà si fosse verificata dopo la *noxae deditio*, quando lo schiavo sarebbe stato in sua potestà.

<sup>66</sup> Il testo presenta una costruzione un po' involuta, ma è considerato sostanzialmente genuino: LEVY-RABEL 1935, 498 *ad l.*; BIONDI 1925, 240 nt. 4 suggerisce la correzione di *absolutio* con *translatio iudicij*; LENEL 1931, 49 nt. 1, corregge *dare* in *dari*; a favore della genuinità KASER 1968, 168 nt. 1. Più chiara mi sembra la lettura di DONATUTI 1940, 175, che scioglie la parte finale nel senso che «se la somma proviene da quel peculio, l'erede può trattenerla per sé, in quanto che egli, se avesse effettuato subito la *noxae deditio*, non avrebbe con lo statulibero consegnato certamente anche il peculio». Non senza precisare (nt. 2) che anche privato del peculio lo statulibero avrebbe comunque conseguito la libertà in ragione dell'impedimento frapposto dall'erede all'adempimento della condizione.

<sup>67</sup> Si veda in particolare l'articolato ragionamento di BIONDI 1925, 240 nt. 4, contro il quale KASER 1968, 166 ss.; ERXLEBEN 2017, 208 ss.

<sup>68</sup> LEVY-RABEL 1929, 199 *ad l.*; 1929b, 161 *ad l.* Secondo KOSCHAKER 1905, 201 nt. 1, *sed et si statuliber sit* è sospetto.

<sup>69</sup> LENEL 1889, II, 522 ss., spec. 526 s.

619) svolge un lungo ragionamento in tal senso e si conclude con l'estensione di responsabilità al servo manomesso<sup>70</sup>. Il frammento L. 620 presenta il medesimo andamento: nel *principium* Ulpiano si interessa di colui che sia stato citato in giudizio da più persone per il fatto delittuoso del medesimo servo e risolve nel senso di denegare l'*actio iudicati* a coloro che, pur avendo vinto il giudizio, siano giunti a sentenza dopo il primo<sup>71</sup>; quindi (§ 1, in discussione ora) si conclude con l'ipotesi dello *statuliber* (insieme ad altre ipotesi di fuoriuscita dalla potestà), per affermare che in tal caso dovrà valutarsi l'*absolutio*. Un ruolo chiave gioca l'inciso *arbitrio iudicis* che definisce *absolvi oportet*<sup>72</sup>, introducendovi uno spazio deliberativo discrezionale.

L'unico vero elemento di collegamento tra i tre frammenti è la figura dello *statuliber* coinvolto in un procedimento nossale, e che in un caso è destinatario di una *translatio iudicii*, mentre negli altri no. Intorno al nodo dell'alternativa *translatio* o *absolutio*, la dottrina ha cercato di individuare una soluzione, seguendo più vie<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Il frammento palinogenetico Ulp. L. 619 è composto da (Ulp. 18 *ed.*) D.9.4.2 e D.9.4.6.

<sup>71</sup> Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14 pr., L. 620: *Si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. Quid ergo est, si a pluribus conveniatur? Si quidem unus occupavit, an melior sit condicio, ut ipsi soli dedatur? An vero vel omnibus dedi debeat vel cavere debeat defensu iri adversus ceteros? Et verius est occupantis meliorem esse condicionem. ei itaque dedetur non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit: et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati.*

<sup>72</sup> Fermo restando i dubbi su un possibile rimaneggiamento complessivo (*supra*, nt. 68), l'espressione *arbitrio iudicis* è contestata come insiticia, nel rigetto complessivo di tutta la parte da qui alla fine, solo da BIONDI 1925, 323. DONATUTI 1940, 175 nt. 3, rinvia per il testo a BESELER 1926, 111, che non critica questa parte, salvo suggerire la correzione di *eum* (che, in effetti, parrebbe senza riferimento: BIONDI 1925, 323) in <r>*eum*. Quanto alla sostanza, cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 39 s.v. *arbitrium* (n. 1): «Gutdünken, Willkür»; in VIR 1, 487 s.v. *arbitrium*, l'espressione *arbitrio iudicis* è collocata sotto la nozione «arbitrio *ferre* = ex arbitrio». Cfr. LEVY 1915, 15 s., 16 nt. 1; DÜLL 1931, 27, 41, 76, 83 ss.; PENNITZ 2009, 864. Sulla clausola *arbitrio iudicis*, pur con riferimento a un diverso contesto, si leggano altresì le notazioni di PUGLIESE 1963, 190 nt. 96.

<sup>73</sup> DUQUESNE 1910, 200 s., ha ipotizzato che si trattasse di soluzioni autonome e non cumulabili, cui conduceva la scelta di proseguire il giudizio contro il *dominus* (*absolutio*) o di rivolgere la pretesa contro l'offensore divenuto libero, chiedendo la *translatio iudicii*. Egli lascia tuttavia aperto l'interrogativo su quale convenienza vi fosse nel proseguire il procedimento contro il *dominus*, nel momento in cui l'esito sarebbe stato assolutorio: «Certes, il dut être rare en pratique que le demandeur continuât le procès contre l'*heres*, lorsque la jurisprudence eût décidé que l'*heres* devrait, en pareil cas, être normalement absous» (nt. 2). Il suo ragionamento è inoltre condizionato dalla tesi principale, che prevede l'intervento di una *litis contestatio repetita die* (201 s.). BIONDI 1925, 240 s. e nt. 4, 269, che pure ragiona in termini di rescissione dell'*obligatio ex litis contestatione*, ha sostenuto che anche questo passo si occupasse di *translatio iudicii*, mentre il riferimento all'*absolutio* sarebbe compilatorio. Non propone però una diversa ricostruzione testuale, ma (323 e già 240 nt. 4) semplicemente elimina come compilatoria tutta la parte *arbitrio* – *contingentem*. L'opinione, pur accolta

Quella che appare più feconda – benché sia più persuasiva che stringente a livello sistematico<sup>74</sup> – è la ricostruzione di Donatuti, il quale inquadra la *translatio iudicii* «come espediente per realizzare l'*aequitas*» e, ricordando che essa è concessa *causa cognita*, assume come possibile «che per le medesime ragioni di *aequitas* in qualche caso non vi si debba ricorrere»<sup>75</sup>. Ciò rende «naturale», secondo lo studioso, l'interesse dei giuristi per gli esiti del giudizio nell'ipotesi che, negata la *translatio*, questo continuasse contro il *dominus* convenuto con azione nossale<sup>76</sup>. In questo contesto Donatuti recupera i due frammenti sopra discussi – Afric. 8 *quaest.* D.47.2.62.9, L. 110 e Ulp. 18 *ed.* D.9.4.14.1, L. 620 – cogliendovi tracce di valutazione discrezionale anche in merito all'esito assolutorio. La discussione registrata da Africano circa la rilevanza della provenienza della somma versata dallo *statuliber* all'erede *dominus* (se tratta dal peculio o meno), così come la precisazione di Ulpiano che all'assoluzione si pervenga *arbitrio iudicis*, sono intese da Donatuti quali indizi di una via non necessitata verso l'*absolutio*, ma filtrata da una valutazione delle circostanze<sup>77</sup>.

Lo studioso legge la problematica dell'*absolutio* dell'*ex dominus* sullo sfondo del principio sabiniano *omnia iudicia absolutoria esse* e valuta la si-

---

da LENEL 1931, 48 nt. 3 è rimasta isolata: *contra* KASER 1968, 167 nt. 1; DE VISSCHER 1947, 305 s. nt. 1; BONIFACIO 1956, 125 s., individua nelle fonti l'espressione di punti di vista diversi: da un lato, quello dell'attore offeso (Gaio); dall'altro, quello del convenuto *dominus* (Africano e Ulpiano); essa non risolve però il problema sul versante interno, ovvero di come le divergenti soluzioni proposte dai giuristi potessero conciliarsi. Una soluzione in chiave diacronica ha proposto, in anni più recenti, PENNITZ 2009, 864 ss., la cui lettura sembra però non avere raccolto unanimi consensi: cfr. ERXLEBEN 2017, 208; D'ANGELO 2017, 294 nt. 13.

<sup>74</sup> Nel medesimo solco, come si vedrà, ma con maggiore rigore si colloca la lettura di BETTI 1947, 322 nt. 18, secondo il quale la *translatio iudicii* rappresenta «un espediente equitativo consigliato da taluni giuristi in luogo della soluzione più rigorosa, che era quella dell'*absolutio* per sopravvenuta estinzione del rapporto litigioso, ossia – come oggi si direbbe – per cessazione della materia del contendere».

<sup>75</sup> Cfr. DONATUTI 1940, 173, il quale considera il tema dell'assoluzione connesso alla natura del vincolo che grava sul *dominus*/convenuto – obbligazione semplice con facoltà alternativa (critico DUQUESNE 1910, 200 nt. 3) –, sicché l'obbligo è imperniato sul *noxae dedere*, mentre è in facoltà del solo convenuto decidere per un adempimento mediante pagamento della composizione legale. Ciò significa che, se mancipa lo *statuliber* egli è sciolto dall'obbligo per sovrappiù impossibilità della prestazione (p. 171). Tutto ciò se la libertà giunge prima della *litis contestatio*. Se invece giunge dopo, non può più essere dato a nosa e, venuta meno la situazione necessaria per la condanna, il convenuto deve essere assolto. A questo punto la *translatio iudicii* risponde all'esigenza di evitare una situazione di iniquità. Qui il punto si fa interessante, perché lo studioso fa leva sulla necessaria *causae cognitio*, per sostenere che non sempre e necessariamente la *translatio* intervenisse (per esempio, poteva non essere conveniente, alla luce della situazione economica dello *statuliber*: p. 173), il che spiegherebbe l'interesse dei giuristi anche per il tema della continuazione del giudizio contro l'*ex dominus*.

<sup>76</sup> DONATUTI 1940, 173 s.

<sup>77</sup> DONATUTI 1940, 175: «Se, dunque, qualora non si faccia luogo a *translatio iudicii*, l'assoluzione del *dominus* risulta condizionata all'esame di alcune circostanze di fatto, non possiamo meravigliarci dell'affermazione di Ulpiano (...) e cioè che *arbitrio iudicis absolvi eum oportet*».

tuazione secondo una prospettiva meno formalistica<sup>78</sup>. Elementi di tecnica procedurale sono intrecciati ad altri di natura sostanziale, pratica ed equitativa. La tesi di Donatuti ha il pregio di conciliare elementi che non potrebbero coesistere, in punto di stretto diritto, nella medesima situazione, suggerendo che la riflessione dei giuristi avrebbe potuto, da un lato, percorrere la via della *translatio iudicii*, quale strumento pretorio con una fondamentale finalità equitativa; dall'altro, concentrarsi sulla possibilità di assoluzione del convenuto, quando, in assenza di *translatio*, ve ne fossero stati i presupposti. D'altro canto, le fonti che ci informano sulla *absolutio* sembrano presentare la soluzione a una problematica discussa, non riferire una regola pacifica: Kaser coglie nella menzione di Sabino e Cassio da parte di Gaio il segno del fatto che la decisione indicata non fosse approvata dai loro avversari<sup>79</sup>.

Una linea ricostruttiva diversa sarebbe forse percorribile se si potessero collocare i testi discussi sullo sfondo delle riflessioni di Pugliese in materia di azioni nossali. Egli individua l'effetto liberatorio della *noxae deditio* «nel fatto che il vincolo del convenuto si fondava sulla proprietà dello schiavo: privandosi di essa, era naturale che il *dominus* facesse venir meno il suo vincolo»<sup>80</sup>. Tale ragionamento tiene conto della possibilità di un'incidenza della *litis contestatio*, almeno «in un primo tempo», nel senso che una volta intervenuta, il convenuto, che avesse accettato la difesa «rimanesse vincolato come se fosse stato lui stesso il colpevole». Se ciò non significa che la *noxae deditio* non fosse più consentita dopo la *litis contestatio*<sup>81</sup>, essa può continuare a sussistere come *facultas solutionis*<sup>82</sup>, ma – è il punto che maggiormente ci interessa – la liberazione del *dominus* o *pater*, che si verificava quando questi cessava il potere sul colpevole, mediante alienazione o atto simile, non si verificava «se i fatti menzionati sopravvenivano dopo la *litis contestatio*», poiché le modifiche «sopravvenute erano in massima irrilevanti»<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. Gai. 114; DONATUTI 1940, 174. Nella medesima direzione si era mosso KOSCHAKER 1905, 208 ss., tentando la ricostruzione del percorso seguito dalla giurisprudenza, attraverso l'applicazione in via analogica sulle regole relative al *servus fructuarius*. Così anche DUQUESNE 1910, 200 nt. 3 («Il faut voir dans cette absolution du détenteur de la puissance un tempérament apporté par la jurisprudence aux règles du droit strict»), dove peraltro critica il ragionamento di Koschaker. Sul principio 'assolutorio', cfr. KASER 1968, 106 ss.; KASER-HACKL 1996, 297 s. e nt. 17, 300 e ntt. 35, 36.

<sup>79</sup> KASER 1968, 112. Altra bibliografia in D'ANGELO 2017, 294 nt. 13.

<sup>80</sup> PUGLIESE 1950, 145.

<sup>81</sup> Lo è, come noto, fino all'*actio iudicati*: Ulp. 15 ed. D.5.3.20.5, L. 517; cfr., *ex multis*, BIONDI 1925, 270 ss.; BONIFACIO 1956, 129 nt. 24; sulle ragioni, GRÖSCHLER 2010, 217 s.

<sup>82</sup> Cfr. PUGLIESE 1953, 262. Il ragionamento è articolato. Per Pugliese lo schema più adeguato a definire la *noxae deditio* sarebbe quello dell'obbligazione *propter rem*, ma la struttura della «obbligazione semplice (...) mitigata da una *facultas solutionis* (di *noxae dedere*)» poteva «convenire forse alla fase successiva alla *litis contestatio*».

<sup>83</sup> PUGLIESE 1953, 266. Cfr. altresì GIRARD 1887, 435 s.

Posta sullo sfondo di tale ultima ricostruzione, la *translatio iudicii* cui rimanda Gaio in D.9.4.15, troverebbe una collocazione ottimale. Quando la cessazione della potestà sopravvenisse alla *litis contestatio* e consistesse, come nel caso dello *statuliber*, nell'acquisto della piena capacità giuridica, il trasferimento sul colpevole – ora giuridicamente capace – apparirebbe come la soluzione più adatta al contemperamento di tutti gli interessi in gioco. La stessa seconda frase del frammento – col ribadire la facoltà per il *dominus* condannato, mentre era *in suspensio* la *statuta libertas*, di liberarsi consegnando il servo – assumerebbe un significato più pieno, confermando il quadro di riferimento.

Una situazione simile viene presentata da Paolo con riferimento a una persona che si trovi coinvolta in una *causa liberalis*:

Paul. 51 *ed.* D.40.12.24.4, L. 646: Si is, qui in libertatem proclamat, furti aut damni iniuria ab aliquo arguatur, Mela ait interim eum cavere debere iudicio se sisti, ne melioris condicionis sit qui dubiae libertatis est, quam qui certae: sed sustinendum iudicium, ne praeiudicium libertati fiat. Aequae si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem proclamaverit, sustinendum iudicium, ut, si liber iudicatus sit, in ipsum transferatur iudicium: et, si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam.

Il giurista Mela afferma che l'individuo di cui si asserisce (*proclamat*)<sup>84</sup> la condizione di libero, ove sia convenuto con azione di furto o di *damnum iniuria datum* deve nel frattempo garantire la propria presenza nel giudizio<sup>85</sup>, così che non sia migliore la condizione di colui la cui libertà sia dubbia, rispetto a quella di chi sia certamente libero<sup>86</sup>. Si deve tuttavia sospendere il giudizio<sup>87</sup>, perché non ne derivi pregiudizio alla libertà. Allo stesso modo si procede quando si agisca per furto contro il possessore di uno schiavo del quale in un secondo momento si reclami la libertà<sup>88</sup>, in modo che, ove sia giudicato libero, si operi la *translatio iudicii*, mentre, se

---

<sup>84</sup> LENEL 1889, I, 1062 ntt. 1 e 3 propone la sostituzione di *proclamat*, e del successivo *proclamaverit*, rispettivamente con *adseritur* e *adsertus sit*. Lo registrano, con riferimento a tutte le occorrenze dell'espressione *proclamare ad libertatem*, HEUMANN-SECKEL 1926, 462 s.v. *proclamare* (n. 3), segnalando l'opposta opinione di Wlassak e Schlossman.

<sup>85</sup> LENEL 1889, I, 1062 nt. 2 sostituisce *cavere debere iudicio se sisti* con *vadimonium facere debere*. Ma cfr., per una diversa indicazione e altra bibliografia, KASER-HACKL 1996, 573 nt. 29.

<sup>86</sup> Sulla *cautio vadimonium sisti*, cfr., per tutti, WENGER 1938, 276 ss.; PUGLIESE 1963, 398 ss. (ma anche 1962, 266 ss.); LUZZATTO 1965, 220 ss.; KASER-HACKL 1996, 226 ss.

<sup>87</sup> *Sustinere iudicium* equivale a *differre iudicium*: cfr. HACKL 1976, 139 nt. 5; KASER-HACKL 1996, 248 e nt. 49; HEUMANN-SECKEL 1926, 575, s.v. *sustinere* (n. 7).

<sup>88</sup> Afferma la natura compilatoria della *proclamatio in libertatem* FRANCIOSI 1961, 244 nt. 183 (con rinvio a 181 ss., per l'esposizione delle ragioni).

nel primo giudizio sia stata emessa una condanna, si conceda di preferenza (*potius*)<sup>89</sup> contro quest'ultimo *l'actio iudicati*.

Il passo, nonostante i dubbi espressi relativamente a più punti<sup>90</sup>, nella sostanza risulta chiaro. Attesta la necessità di sospendere un giudizio nossale in corso, quando se ne apra uno avente ad oggetto lo *status* del servo, perché l'esito di quello potrebbe pregiudicare la *causa liberalis*<sup>91</sup>. L'andamento è molto piano e ordinato, contempla tre ipotesi di intreccio tra processo nossale e *causa liberalis*, segnalando per ciascuna un aspetto peculiare.

Il principio della sospensione opera tanto se il giudizio nossale sopravvenga alla *causa liberalis*, quanto nel caso opposto, in cui il giudizio nossale fosse già avviato e sopravvenga una *causa liberalis*<sup>92</sup>. Nel primo caso, la sospensione scatta subito dopo la dazione di garanzia sulla presenza in giudizio (*vadimonium*). Nel secondo, opera il meccanismo tralazio del processo nossale, poiché la lite è già stata contestata. La terza ipotesi riguarda il caso in cui il processo nossale giunga a conclusione e sia emessa una condanna: in tal caso, spiega Paolo, è preferibile dare *l'actio iudicati* contro colui di cui sia stata dichiarata la libertà.

L'ultima opzione ha suscitato alcune perplessità. Biondi la giudica non classica, perché se effettivamente si potesse rivolgere contro colui che è giudicato libero l'azione esecutiva, non vi sarebbe necessità alcuna di sospendere il giudizio<sup>93</sup>. Tuttavia, benché il periodare sia un po' ellittico, mi pare non si debba presumere necessariamente che il giurista si stia ancora riferendo al tema della sospensione del giudizio, ma che il suo pensiero prosegua su un aspetto logicamente contiguo, ma distinto da essa.

Il frammento, nel complesso, tratta delle cause di libertà e della posizione del *dominus* in diverse situazioni<sup>94</sup>. Nello specifico del paragrafo ora in

---

<sup>89</sup> Cfr. OLD 2005, 1419, s.v. *potius*; meno utile HEUMANN-SECKEL 1926, 444, s.v. *potior*. L'avverbio rappresenta un indizio di un intervento pretorio connotato da ponderazione e discrezionalità, retto da valutazioni di equità nell'individuazione di una soluzione tra più possibili. Lo esplicita la Gl. *potius* ad D.40.12.24.4: «quam in possessorem quemdam». Esempio, inoltre, mi pare il caso di Ulp. 23 *ed.* D.9.3.5.2, L. 688: *Interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel exedra deiectum est, licet plures in eodem cenaculo habitent: quod si ex mediano cenaculi quid deiectum sit, verius est omnes teneri*; dove il ruolo fondativo dell'*aequitas* rispetto alla 'preferibilità' di una soluzione emerge esplicitamente.

<sup>90</sup> Cfr. LEVY-RABEL 1929, 154 *ad l.* BESELER 1931, 77, censura fermamente la frase di chiusura.

<sup>91</sup> Pregiudizio di mero fatto, secondo MARRONE 1955, 343 ss.; *contra* FRANCIOSI 1961, 243 ss. Cfr. anche LAMBERTI 1993, 164 s.; KASER-HACKL 1996, 348 nt. 42.

<sup>92</sup> Sulla sospensione cfr. KASER-HACKL 1996, 294 e nt. 57.

<sup>93</sup> BIONDI 1925, 242; *contra* BONIFACIO 1956, 128.

<sup>94</sup> Paul. 51 *ed.* D.40.12.24 pr.-3, L. 646: *Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non*

esame, il filo conduttore mi pare sia quello del momento in cui giudizio nossale e processo di libertà si intrecciano e dei riflessi che di volta in volta ne derivano: se il processo nossale si avvia dopo, subito è sospeso, tranne per la *cautio vadimonium sisti*; se il processo nossale è già in corso, si sospende in vista dell'eventuale *translatio iudicii*<sup>95</sup>; infine, se il processo nossale è concluso, la pervenuta libertà conduce alla concessione dell'*actio iudicati* contro l'autore dell'illecito, ora libero. La scansione è perfettamente cronologica e segue la partizione 'prima', 'durante' e 'dopo'.

La situazione, sul versante sostanziale, è simile a quella precedentemente esaminata. In questo caso non si tratta di attendere o verificare l'avveramento della condizione di libertà dello *statuliber*, quanto di anteporre il giudizio di libertà a quello nossale, così da consentire, in caso di esito positivo del primo, lo spostamento del processo relativo al danno commesso sull'autore. In via diretta, se il processo nossale sia stato aperto e subito sospeso. A mezzo *translatio iudicii*, se fosse già giunto oltre la *litis contestatio*.

Ancora una volta la *translatio iudicii* è strumento del pretore per 'correggere' la via intrapresa dal processo<sup>96</sup>. L'ipotesi di chiusura (la concessione dell'*actio iudicati* contro colui che sia stato dichiarato libero, dopo la sentenza di condanna nel procedimento parallelo) conferma questa dinamica, giacché postula un intervento del magistrato per 'dirottare' su persona diversa dal *condemnatus* l'azione esecutiva.

Anche rispetto alla soluzione proposta in quest'ultimo frammento da Paolo, peraltro, non sono mancati dubbi, sollevati da un testo di Ulpiano, che propone un esito diverso:

Ulp. 37 *ed. D.9.4.42 pr.*, L. 1050: Si ad libertatem proclamaverit is cuius nomine noxale iudicium susceptum est, sustineri debet id iudicium, quoad de statu eius iudicetur: et sic, si quidem servus fuerit pronuntiatus, noxale iudicium exercebitur, si liber, inutile videbitur.

---

*denegentur, quascumque intendere velit: quid enim si quae tales sint, ut tempore aut morte intereant? Quare non concedatur ei litem contestando in tutum eas redigere? (1) Quin etiam Servius ait in actionibus annuis ex eo tempore annum cedere, ex quo lis ordinata sit. (2) Sed si cum aliis experiri velit, non est quaerendum, an lis ordinata sit, ne inveniatur ratio, quemadmodum subiecto aliquo, qui libertati controversiam moveat, interim actiones excludantur: aequae enim ex eventu iudicii liberalis aut utilis aut inanis actio eius efficietur. (3) Sed si quas actiones inferat dominus, quaeritur, an compellendus sit suscipere iudicium. Et plerique existimant, si in personam agat, suscipere ipsum ad litem contestationem, sed sustinendum iudicium, donec de libertate iudicetur: nec videri praeiudicium libertati fieri aut voluntate domini in libertate eum morari: nam ordinato liberali iudicio interim pro libero habetur, et sicut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest. Ceterum ex eventu aut utile iudicium erit aut nullum, si contra libertatem pronuntiatum fuerit.*

<sup>95</sup> BETTI 1947, 322 nt. 18, inserisce il passo accanto al già discusso Gai 6 *ed. prov. D.9.4.15*, L. 130, sottolineando che «non è da credere che essa [scil. la *translatio iudicii*] fosse l'unica soluzione possibile sul terreno del processo formulare classico».

<sup>96</sup> Anche in questo caso dovrà immaginarsi un intervento di 'modifica' dell'azione nossale, nella corrispondente da delitto (cfr. *supra*, nt. 59).

La situazione è la medesima: nella concomitanza tra *vindicatio in libertatem* e giudizio nossale, il secondo va sospeso fino all'esito del primo; se sarà dichiarato lo stato servile, si proseguirà col giudizio nossale; in caso contrario, questo sarà giudicato inutile<sup>97</sup>.

Tra le diverse opinioni espresse in dottrina, scaturite in particolare dall'aggettivo *inutilis*<sup>98</sup>, ritengo preferibile la lettura proposta da Betti. Quanto al frammento paolino, egli ritiene che la soluzione ivi proposta «presuppone evidentemente che la dichiarazione di libertà pronunciata nella causa di stato non abbia effetto retroattivo, ma soltanto attuale (*ex nunc*) sul rapporto d'azione nossale tra il derubato e il padrone dell'apparente schiavo. Così che l'accertamento della condizione di libero avrebbe in questo rapporto un effetto analogo a quello d'una manomissione fatta prima della *litis contestatio* con l'azione nossale»<sup>99</sup>.

Anche più interessanti, ai nostri fini, due notazioni correlate. La prima in merito al probabile ragionamento compiuto da Paolo: «quasi che l'*homo* dichiarato libero fosse – quanto al rapporto nossale – una persona, di cui il possessore avesse assunto la sostituzione processuale». La seconda, circa la natura delle opposte soluzioni, da spiegarsi quale «divergenza di vedute»<sup>100</sup>.

In sintesi, il ragionamento che siamo venuti svolgendo finora trova una conferma nella lettura che Betti propone e negli argomenti con cui la sostiene. Non vi è una regola univoca, ma una discussione aperta nella quale i giuristi esprimono un punto di vista e indicano possibili soluzioni. Altresì, la *translatio iudicii* assume i contorni di uno strumento rimediabile, in cui il rigore cede il passo al contemperamento di varie esigenze, pur sempre nel perimetro delle linee generali dell'ordinamento.

Conclusa la lunga parentesi che ha messo in evidenza come l'apparente inconciliabilità di prospettive possa essere superata e assuma contorni diversi, quando la si osservi nell'ottica di una fisiologica dialettica tra prospettive diverse, nel solco delle dinamiche della giurisprudenza, dobbiamo infine soffermarci su un ultimo caso.

<sup>97</sup> *Proclamaverit* va corretto con *in libertatem adseratur*, secondo LENEL 1889, II, 678 nt. 1.

<sup>98</sup> KOSCHAKER 1905, 220 ss., che vi coglie evidentemente ulteriore conferma della propria tesi; PISSARD 1907, 171 ss.; DUQUESNE 1910, 203; BIONDI 1925, 240 s. nt. 4; BONIFACIO 1956, 128 ss. (129 nt. 26 per ragguglio bibliografico), il quale segue Duquesne e critica Biondi; SPENGLER 1994, 117; ERXLEBEN 2017, 220 ss.

<sup>99</sup> BETTI 1922, 505. Quanto alla soluzione di Ulpiano, lo studioso ritiene che sia quella più rigorosa: «il giudizio nossale cade nel nulla, nel senso che deve terminare con l'assoluzione del convenuto, perché l'*actio noxalis* in esso esperita viene a manifestarsi *ex postfacto*, e quindi retroattivamente, inesistente sin dall'origine, in modo analogo come l'azione nossale esperita a causa d'uno schiavo morto prima della *litis contestatio*» (504). Il riferimento è qui all'ipotesi contemplata subito appresso dal giurista: Ulp. 37 *ed.* D.9.4.42.1, L. 1050: *Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere*.

<sup>100</sup> BETTI 1922, 504 s.

Si tratta di un frammento che presenta alcune peculiarità, ma che possiamo collocare comunque in questo gruppo di testi:

Ulp. 77 *ad ed.* D.46.1.33, L. 1706: Si eum hominem, quem a Titio petieram, pro quo satis de lite acceperam, Titius liberum heredemque reliquerit: si quidem re vera ipsius fuit, dicendum est iudicium in eum transferri et, si non patiatur id fieri, committi stipulationem: si autem meus petitoris fuit neque iussu meo hereditatem adierit, fideiussores tenebuntur ob rem non defensam: si autem adierit me iubente, stipulatio evanescit. Plane si meus fuerit et idcirco differam aditionem, ut, cum vicerò, tunc eum iubeam adire et interim ob rem non defensam agere velim, non committitur stipulatio, quia vir bonus non arbitratur.

Si considera l'ipotesi in cui un servo che sia oggetto di rivendica venga liberato e istituito erede da Tizio, possessore convenuto. La causa era altresì garantita da *cautio*<sup>101</sup> e questo sembra essere il tema centrale del frammento. Le opzioni considerate sono due, ciascuna delle quali, a propria volta, apre a due sottoipotesi. Si considera, in primo luogo, la possibilità che effettivamente lo schiavo appartenesse a Tizio (*si quidem re vera ipsius fuit*) e, in tal caso, deceduto il *dominus*, o il processo si trasferiva all'ex schiavo, ora liberto erede; oppure, se questo non lo avesse permesso (*si non patiatur id fieri*), si dava corso alla *cautio*, rivolgendosi ai garanti. In secondo luogo, poteva darsi che lo schiavo appartenesse a colui che lo rivendicava (*si autem meus petitoris fuit*) e qui l'attenzione si sposta sull'adizione dell'eredità di Tizio. Lo schiavo – rimasto tale, giacché la liberazione da parte di Tizio sarebbe senza effetto<sup>102</sup> – avrebbe inevitabilmente acquistato a favore del proprio vero *dominus*, attore della *reivindicatio*. Adizione ereditaria che avrebbe potuto darsi o senza autorizzazione del *dominus* (*neque iussu meo ... adierit*)<sup>103</sup>, o con l'assenso di questi (*me iubente*), o,

<sup>101</sup> *Pro preade litis et vindiciarum*, secondo KOSCHAKER 1905, 294, che segnala come di ciò si occupasse Ulpiano nel libro 77 *ad edictum*, mentre solo nel 78 iniziasse a trattare della *cautio iudicatum solvi*. Così anche LENEL 1889, II, 871 nt. 6. Alla *cautio iudicatum solvi* rimanda invece Gl. Casus ad D.46.1.33.

<sup>102</sup> A proposito del fatto che dalla manomissione effettuata da un non *dominus*, ancorché possessore di buona fede, non scaturiscono libertà e cittadinanza, cfr. ALBANESE 1979, 39 ss., spec. nt. 97.

<sup>103</sup> Sul significato di *neque iussu meo hereditatem adierit* ERXLEBEN 130 nt. 79 segnala un contrasto in dottrina, relativo al referente della negazione, se cioè essa si riferisca a *iussum* («abbia adito senza mio ordine») o al verbo («non abbia adito per mio ordine»), accogliendo nel seguito della trattazione la seconda ipotesi (p. 131: «Wenn der Sklave di Erbschaft *iussu meo* nicht antritt»), che sarebbe sostenuta, oltre che da KOSCHAKER 1905, 300, anche da Bas. 26.1.33 (SCHEL. A. IV, 1246 = HEIM. III, 98) e dalla Gl. Casus ad D.46.1.33. Quanto a queste due ultime fonti, indubitabile è il contenuto della prima («εἰ δὲ μὴ κληρονομήσει κελεύσει μου»); qualche perplessità nutro sulla interpretazione della seconda, dove la frase «& adierit hereditatem non meo iussu», mi sembra indirizzi in senso opposto a quello voluto dalla studiosa. Personalmente, a favore di una lettura che colleghi il *non* a *iussum*, riten-

ancora, essere differita in attesa dell'esito della *reivindicatio*, così da impartire l'ordine una volta acclarato lo stato giuridico del servo. In ciascuna di tali sottoipotesi, Ulpiano affronta il punto della misura in cui la tutela cauzionale possa o meno operare, ma la questione, in questa sede, può essere tralasciata.

Il frammento sembra avere una storia testuale travagliata e, in effetti, alcuni profili non convincono<sup>104</sup>. Al di là dei dettagli, limitandoci a quanto qui interessa, la singolarità riguarda non tanto la *translatio iudicii* del processo al liberto erede, nel caso in cui questi fosse del convenuto Tizio – e dunque sia stato ad ogni effetto liberato –, quanto l'oggetto della traslazione: il liberto subentrerebbe come convenuto in un processo di *reivindicatio* il cui oggetto è egli stesso<sup>105</sup>. Koschaker immagina la necessità dell'intervento di un *adsertor* e, in effetti, la proposta sembra convincente, ma presuppone la trasformazione della *rei vindicatio* in una *vindicatio in servitutum*<sup>106</sup>. Laddove infatti la domanda dell'attore avesse successo, ne seguirebbe che il convenuto subentrato fosse privo di legittimazione processuale passiva, in quanto privo di capacità giuridica. D'altro canto, se la causa liberale muove dalla necessità di fare chiarezza sullo *status* di una persona, schiavo o libero che sia, nel caso di specie non si parte da una posizione di incertezza, posto che era fuori di dubbio che, al momento d'avvio della causa, il liberto erede fosse schiavo. L'incertezza concerneva soltanto la spettanza del diritto di proprietà. Si tratterebbe allora di trasformare, senz'altro nei fatti, una *rei vindicatio* in una *vindicatio libertatis in servitutum* e, conseguentemente, di introdurre un'ulteriore figura, del tutto estranea al procedimento originario, l'*adsertor*.

Pur nella situazione incerta e confusa che il frammento restituisce, va detto che una tale lettura colloca decisamente il caso presente fuori dagli schemi traslativi fin qui considerati<sup>107</sup>. Applicando i quali, invece, dovrem-

---

go deponga anche la simmetria col successivo *si autem adierit me iubente*, a conferma del fatto che il tema non è il verificarsi o meno dell'*aditio*, quanto che tale atto sia compiuto con o senza autorizzazione del *dominus*. Aggiungo una ulteriore considerazione, di merito. Se il servo liberato è un *heres necessarius* (cfr. KOSCHAKER 1905, 300 nt. 2; ERXLEBEN 2017, 131) –, ciò significa che siamo in presenza di una eredità dannosa e questo rende conto a maggior ragione del passaggio sull'adizione *sine iussu domini*, che potrebbe essere danneggiato dall'atto del suo servo. Mentre non avrebbe senso riflettere sulla situazione opposta, di non accettazione per ordine del *dominus*: in tal caso, non si comprenderebbe il riferimento alla garanzia. La questione è osservata da Ulpiano sempre sul versante dell'operatività della *cautio*.

<sup>104</sup> Cfr. LEVY-RABEL 1935, 415; KOSCHAKER 1905, 295 ss.

<sup>105</sup> Osserva puntualmente KOSCHAKER 1905, 295: «In unserem Falle ista ber der Erbe zugleich *res litigiosa* des Eigentumsprozesses». Il punto è ripreso e sviluppato nelle diverse implicazioni da ERXLEBEN 2017, 136 ss.

<sup>106</sup> KOSCHAKER 1905, 296 s.

<sup>107</sup> Lo stesso KOSCHAKER 1905, 302 ss., spec. 305, vi coglie un'ipotesi di *translatio iudicii sui generis*, che, però, nel suo caso è funzionale alla conferma della sua teoria.

mo dire che il liberto erede, subentrando nella medesima posizione del *de cuius* non possa e non debba essere guardato altro che come il sostituto di esso, in una ideale prosecuzione del processo da questo a quello.

Una logica di continuità, d'altro canto, è presupposta altresì dalla perdurante validità della *cautio*, della quale infatti si discute il *quando*, ma non l'*an*. Tuttavia, nel caso di specie, una continuità sembra davvero difficile da supporre, posto che, come detto, l'esito della *rei vindicatio* è destinato a incidere direttamente sulla capacità processuale del 'nuovo' convenuto. E il problema minore è dato dalla seconda parte del frammento, dove, assumendosi l'erede come schiavo, la questione si sposta sull'adizione dell'eredità.

Permane, invece, una torsione logica nella prima parte, dove, nel momento in cui si dice che, risultando la proprietà dello schiavo in capo a Tizio, esso può senz'altro giudicarsi libero ed erede e dunque si deve *iudicium in eum transferri*: ma se egli non fosse stato in proprietà di Tizio, non si comprende quale giudizio vi fosse da trasferire, posto che il servo tale rimarrà e non avrà alcuna capacità processuale. Certo non sembra potersi trasferire il processo di *reivindicatio*, la cui conclusione a favore di Tizio costituisce semmai il presupposto della libertà e, dunque, della possibilità di *translatio*<sup>108</sup>.

Il testo non mi pare pertanto possa offrire alcun elemento ulteriore in merito al tema della presente ricerca. Ammesso, peraltro, di considerare le due premesse alla stregua di condizioni per consentire un puro esercizio intellettuale (giacché, come si è detto, in concreto non sarebbe possibile assumere in premessa ciò che dev'essere accertato nel processo che, in tal

---

<sup>108</sup> ERXLEBEN 2917, 138 s., coglie questo aspetto e tenta di superare l'aporia valorizzando al massimo la premessa *si quidem re vera ipsius fuit* e, conseguentemente, tiene fermo che «die Freilassung und Erbeinsetzung des Stichus wirksam sind». La vicenda si incanalerebbe così lungo i binari ordinari, nei quali un *heres necessarius* che continui il processo risponde, quale convenuto di una *rei vindicatio*, anche per la perdita della *res litigiosa*. In questo modo superando le riserve dogmatiche legate invece all'inconcepibilità della posizione di convenuto in un processo avente ad oggetto l'ormai 'inesistente' servo Stico. La clausola *si quidem re vera ipsius fuit* – così come l'altra: *si autem meus petitoris fuit* – assolverebbe dunque la funzione di creare le condizioni per trattare, «ohne dogmatische Bedenken», il problema del vario atteggiarsi dell'operatività delle garanzie e della responsabilità dei garanti (p. 139). Resta tuttavia difficile comprendere, dal mio punto di vista, la necessità di configurare una ricostruzione del pensiero del giurista tanto sofisticata, ma soprattutto il fatto che, anche ammesso che la premessa sia finalizzata a sgombrare il campo da 'ostacoli dommatici', nel caso di specie la condizione di libero dello schiavo è conseguenza, indiretta ma innegabile, dell'accertamento operato con la *reivindicatio* e che, dunque, la premessa stessa dà per assunto ciò che è ancora oggetto di accertamento. A meno di voler supporre, in linea col riferimento al perimento della *res litigiosa*, che la lite si concentri sulla *litis aestimatio*, nel senso che a quel punto lo schiavo passerebbe in proprietà del *decuius* e la liberazione sarebbe valida. Ma ciò implica, per tacer d'altro, l'innesto di una logica retroattiva sulle vicende del procedimento, che diventerebbe 'trasferibile' al liberto erede per il fatto che, al termine del processo di rivendica, egli risulterebbe comunque di proprietà di Tizio, il cui atto di liberazione sarebbe, pertanto, lecito ora per allora.

modo e solo in tal modo, potrebbe proseguire), il frammento potrebbe sembrare una conferma, relativamente alla *translatio iudicii*, di quanto già si è rilevato: non essere cioè, questa, fonte di rinnovazione del processo, né in grado di inficiare la *cautio*. Ma, in tale ipotesi, posto che il liberto è erede unico, altro non avremmo che un'ordinaria prosecuzione del processo in capo all'erede, secondo le regole generali<sup>109</sup>. Laddove, alla luce dei testi che abbiamo esaminato, la successione ereditaria nelle posizioni processuali non è usualmente denominata *translatio*, della quale invece si discorre in situazioni che presentano profili particolari o richiedono deviazioni o correttivi rispetto alla procedura ordinaria.

#### 4. Heres

Nei paragrafi precedenti, il tema della successione ereditaria è già emerso, benché, almeno a mio avviso, non con lineamenti tali da giustificare un'autonoma configurazione della *translatio iudicii hereditaria*. Altri profili o aspetti, di volta in volta rilevati, sono apparsi centrali o prevalenti. In nessun caso, contrariamente all'indirizzo prevalente nella dottrina romanistica<sup>110</sup>, a me è parso che il momento successorio svolgesse un ruolo caratterizzante nella dinamica della *translatio iudicii*, fino a suggerire di farne autonomo tema di discussione. Nel presente paragrafo, raccolgo frammenti accomunati in maniera più marcata dalla figura dell'erede (al centro di operazioni 'traslative'), la lettura dei quali, a mio avviso, potrà confermare tale convinzione.

Seguendo l'ordine cronologico, il primo passo in cui ci si imbatte è di Giavoleno:

Iav. 15 *ex Cass.* D.5.1.34, L. 66: Si is qui Romae iudicium acceperat decesit, heres eius quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet, quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.

Siamo in presenza di un *iudicium* già instaurato, dopo il quale la parte convenuta decede. L'erede subentra nel giudizio e, benché sia residente oltremare, deve comunque difendersi in Roma, in ragione del fatto che subentra al defunto<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> VOCI 1967, 314 ss.

<sup>110</sup> Cfr. in particolare KOSCHAKER 1905, 239 ss., ma si ricordi (13 s.) che la distinzione tematica, in questo autore risponde a esigenze di distribuzione e quantità di notizie nelle fonti. Diversa la posizione di BONIFACIO 1956, 49 ss., che assegna invece alle varie categorie una rilevanza sostanziale.

<sup>111</sup> BONIFACIO 1956, 56, sembra attribuire a *defendi debet* valore di indizio confermativo

Come noto, criterio generale per la definizione della competenza territoriale, era il *domicilium* o il luogo d'origine del convenuto<sup>112</sup>. Il testo non discute di *translatio iudicii* e l'unico profilo per il quale presenta qualche utilità concerne il fatto che il ragionamento in esso proposto presuppone la negazione di qualsivoglia rinnovo della *litis contestatio* – che fungeva da limite estremo, in caso ad esempio di deroghe convenzionali, per il mutamento di volontà<sup>113</sup> – e la piena continuità del procedimento dal sostituito (il *de cuius*) al sostituto (l'erede).

La medesima logica percorre un frammento di Paolo:

Paul. 9 *resp.* D.27.7.8 pr.-1, L. 1535: Heredes eius, qui non iure tutor vel curator datus administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere. (1) Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum. Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.

Il tema riguarda la responsabilità per dolo o colpa dell'erede del tutore o curatore e nel *pr.* si fissa la regola secondo cui, se il defunto non fosse stato rivestito conformemente al diritto (*non iure*) e per questa ragione non si intromise nella amministrazione, la predetta responsabilità non sarebbe passata. Quindi si passa al caso concreto, concernente l'erede di un tutore che accampava quale causa di esonero (*excusatio*) la mancanza dei documenti attestanti la tutela (*instrumenta tutelaria*). La risposta di Paolo è che il giudizio venga trasferito *tale ... quale* il defunto lo accettò, per il fatto che il principio della responsabilità dell'erede anche per dolo del defunto, nell'ambito dei giudizi di buona fede, si applica altresì al caso di azione di tutela<sup>114</sup>. A questo punto il discorso si sposta lungo il filo della *ignorantia heredum*, cui il *non invenisse* consente un rimando, e il giurista ricorda un'apertura a favore degli eredi ad opera di alcune costituzioni imperiali<sup>115</sup>. Subito precisando, però, che ciò vale per il caso di avvio del giu-

---

della necessità che erede e controparte accettino la *formula* modificata. Tuttavia, il passaggio non risulta chiaro.

<sup>112</sup> PUGLIESE 1963, 158 ss. e 167 ss. per le deroghe alla competenza territoriale.

<sup>113</sup> Il che non significa che «solo la *litis contestatio* impedisse un mutamento di volontà»: PUGLIESE 1963, 170, contro la diversa opinione di GIRARD 1913, 334 nt. 1.

<sup>114</sup> Cfr. ALBANESE 1979, 505 ss. ntt. 392, 396.

<sup>115</sup> C.5.53.4 pr.-1 (Gordianus, a. 238): *Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium ceteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat.* (1)

dizio dopo la morte del tutore, non invece se il tutore deceda dopo avere accettato il giudizio (*cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit*)<sup>116</sup>: avvenuta la *litis contestatio* opera il principio della traslazione delle azioni, anche penali, e la perpetuazione di quelle temporanee, secondo quanto affermato altrove dallo stesso Paolo<sup>117</sup>.

Il punto per noi di interesse è quello di apertura del § 1, con la risposta del giurista in merito al passaggio *tale quale* del processo all'erede. Come la dottrina ha sottolineato, esso conferma la continuità del processo in capo all'erede, senza fratture<sup>118</sup>.

Infine, un terzo frammento:

Paul. 12 Sab. D.10.2.48, L. 1841: Si familiae erciscundae vel communi dividendo vel finium regundorum actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine iudicium agatur.

In questo caso, la situazione è abbastanza lineare. Nell'ipotesi in cui deceda una delle parti di un giudizio divisorio, si aprono due opzioni: o tutti gli eredi accettano il *iudicium*, oppure devono dare un *procurator* nei cui confronti si agisca a nome di tutti<sup>119</sup>. La *translatio*, non citata, ma presumibile, riguarda il rapporto tra gli eredi (dell'erede litisconsorte deceduto) e il *procurator* (o *cognitor*)<sup>120</sup> che quelli saranno chiamati a *dare*: essa rientra pertanto nella dinamica tra *dominus litis* e sostituto processuale, discussa nel capitolo precedente<sup>121</sup>.

Il frammento è collegato da Lenel a un passo di Ulpiano, dove però si tratta di un'azione *in personam* e il tema è quello dell'inscindibilità del giudizio, ma la *translatio iudicii* è semmai presupposta e non esplicitata<sup>122</sup>.

*Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem praeses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.*

<sup>116</sup> Sulla responsabilità dell'erede v. VOCI 1967, 240 s. e nt. 127.

<sup>117</sup> Paul. 51 ed. D.50.17.164, L. 647: *Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt*. Cfr., per tutti, VOCI 1967, 314 (fonte a p. 351 nt. 352).

<sup>118</sup> KOSCHAKER 1905, 241; BONIFACIO 1956, 66 ss., il quale però giudica il frammento alterato e ritiene in ogni caso che l'identità del giudizio non derivi dalla *translatio iudicii*; ERXLEBEN 2017, 123 s., ove a nt. 46 altra letteratura.

<sup>119</sup> Sulla legittimazione degli (ulteriori) eredi a subentrare al proprio *de cuius*, che a sua volta in qualità di erede era parte in un giudizio divisorio, cfr. VOCI 1967, 735 s. (a nt. 18 la citazione del frammento in discussione).

<sup>120</sup> BONIFACIO 1956, 74 nt. 66, in base alla correlazione posta da Lenel con D.46.7.5.7 (*infra*, nt. 122), ritiene di poter emendare *procuratorem* in *cognitorem*.

<sup>121</sup> *Supra*, cap. II, *passim*.

<sup>122</sup> LENEL 1889, I, 1285 nt. 1; Ulp. 77 ed. D.46.7.5.7, L. 1705: *Si tamen plures [fideiussores]*

Lo è, invece, in un terzo testo simile:

Paul. 8 *ed.* D.3.3.42.7, L. 167: Reo latitante post litem contestatam ita demum [fideiussores] <sponsores> eum defendere videbuntur, si vel unus ex his eum pro solido defendat, vel omnes vel qui ex his unum dederint in quem iudicium transferetur.

Il convenuto latitante dopo la *litis contestatio*, potrà essere difeso dai suoi garanti<sup>123</sup>, solo nel caso in cui uno intervenga per tutti o intervengano tutti o, infine, individuino tra loro un sostituto processuale sul quale il *iudicium* sia *translatum*.

L'ambito non è ereditario, ma la dinamica ricalca esattamente quella del precedente passo paolino<sup>124</sup>. E, come in quel caso, il tema è semmai quello della *translatio cognitoria* o *procuratoria*<sup>125</sup>.

Concludendo, i frammenti discussi nel presente paragrafo nelle trattazioni tradizionali sono raccolti sotto il cappello della *translatio iudicii hereditaria*. Tuttavia, come mi pare si colga, la successione ereditaria offre nulla più che il contesto, lo sfondo tematico sul quale le situazioni discusse dai giuristi si svolgono<sup>126</sup>. Rispetto alle quali, la *translatio iudicii* rappresenta lo strumento

<sponsores> defendere fuerint parati, videamus, utrum unum defensorem debent dare, an vero sufficiat, ut unusquisque eorum pro parte sua defendat vel defensorem substituat. Et magis est, ut, nisi unum dent [procuratorem] <cognitorem>, desiderante scilicet hoc actore, committatur stipulatio ob rem non defensam: nam et plures heredes rei necesse habebunt unum dare [procuratorem] <cognitorem>, ne defensio per plures scissa incommodo aliquo adficiat actorem. Aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent. BONIFACIO 1956, 74, fissa una differenza di fondamento, pur nel comune principio di inscindibilità dell'azione: nel caso di D.10.2.48, consegue alla natura dell'azione e riflette la necessità del litisconsorzio; in quello di D.46.7.5.7, si tratta invece di una regola di vantaggio per l'attore.

<sup>123</sup> *Sponsores* secondo LENEL 1889, I, 978 nt. 4.

<sup>124</sup> Osserva LENEL 1927, 87 nt. 2, che lo spunto per il frammento è dato dal principio in base al quale il creditore deve sopportare soltanto un *cognitor in solidum*.

<sup>125</sup> BONIFACIO 1956, 44, coglie nel frammento la conferma della *translatio iudicii* quale atto dell'attore, cui spetta il trasferimento del processo al subentrante. Per una discussione approfondita, in connessione con D.46.7.5.7 (*supra*, nt. 121), cfr. ERXLEBEN 2017, 88 ss.

<sup>126</sup> ERXLEBEN 2017, 119 ss., spec. 124 ss., 140 ss., contro la dottrina più risalente e maggioritaria, ritiene che l'erede non succeda *ipso iure* all'ereditando nel ruolo di parte processuale, ma che il subentro sia filtrato attraverso la *translatio iudicii* (da cui anche la necessità di modificazioni della *formula*: p. 159 ss.; cfr. VARVARO 2019, 221). La studiosa, in estrema sintesi, allinea, sul piano logico e cronologico, successione e attività di collaborazione richiesta all'erede, che si manifesterebbe appunto nella *translatio*. Il ragionamento è sorretto dall'accurato esame delle fonti sin qui discusse. Tuttavia, la subordinazione alla (sola?) collaborazione dell'erede mi pare apra al concreto rischio di una vanificazione del processo in corso, quando quest'ultimo non si attivi (rischio tanto più rilevante in caso di *translatio iudicii ex parte rei*). Inoltre, non si può trascurare il fatto che nei frammenti riconducibili alla *translatio iudicii hereditaria* vengono discusse, come si è visto, situazioni particolari, rispetto a ipotesi, per così dire, ordinarie, nelle quali la 'traslazione' sembra maggiormente connessa alle peculiarità del caso, che non alla basilare necessità di successione nel processo. Da ultimo, e soltanto come sug-

tecnico-giuridico di realizzazione del passaggio del processo. Non mi pare, come accennavo in apertura di paragrafo, vi sia margine per la costruzione di una classe a sé stante, con tratti e caratteri peculiari, da collocarsi, quale specie autonoma e distinta, accanto ad altre, parimenti autonome e distinte.

## 5. Infamia

Alcuni testi mettono invece in luce un diverso profilo della *translatio iudicii*, con riferimento alle azioni infamanti.

È ad esempio il caso di:

Ulp. 6 *ed.* D.3.2.6.2, L. 282: Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: et ideo nec <cognitor nec> procurator meus vel defensor vel tutor vel curator vel heres furti vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur, nec ego, si ab initio per <cognitorem vel> procuratorem causa agitata est<sup>127</sup>.

Se qualcuno sia stato condannato *alieno nomine* non è colpito da *infamia* e perciò né (il *cognitor* né) il procuratore, il difensore, il tutore, il curatore o l'erede, qualora condannati per furto o altra fattispecie del genere<sup>128</sup>. E nemmeno il diretto interessato o *dominus litis*, se dall'inizio (*ab initio*)<sup>129</sup> la causa fu condotta tramite (*cognitor* o) procuratore.

La riflessione si colloca sullo sfondo della previsione edittale relativa alle limitazioni del diritto di *postulare pro aliis* per alcune categorie di persone di sesso maschile<sup>130</sup>, da cui scaturiva la sanzione dell'*infamia*<sup>131</sup>. In

---

gestione di fondo, può ricordarsi una generale tendenza ad estendere altresì la possibilità di agire contro gli eredi nel campo delle azioni penali private, evidenziata da SERRAO 1956, 16 ss., spec. 35 ss. Tendenza che mal si concilia, se ho ben compreso, con la sostanziale limitazione della perseguibilità del processo già in corso alla collaborazione dell'erede, escludendo ogni automatismo. Personalmente, preferisco distinguere tra successione, quale titolo del subentro, e *translatio iudicii*, quale mezzo di realizzazione di esso.

<sup>127</sup> Oltre alle integrazioni riportate nel testo e suggerite da LENEL 1889, II, 443 ntt. 1 e 2, dubbi sono stati sollevati su altri elementi di dettaglio: cfr. LEVY-RABEL 1929, 31 *ad l.*; 1929b, 36 *ad l.*

<sup>128</sup> Quanto alla figura del *defensor*, il frammento è citato da PUGLIESE 1953b, 264, tra quelli attestanti tale figura nei termini di «qualunque terzo che, senza essere né *cognitor* né *procurator*, prestasse la *satisfatio iudicatum solvi* o, in certi casi, quella *pro praede litis et vindictiarum*». Cfr. BETTI 1922, 383; WENGER 1938, 85; PUGLIESE 1963, 332 s.

<sup>129</sup> In HEUMANN-SECKEL 1926, 268, s.v. *initium*, nell'espressione *causam agitare ab initio*, l'avverbio è tradotto con «von neuem», ma sono propenso a ritenere che tale accezione valga per lo specifico passo ivi citato (Mod. *sing. enucl. cas.* D.49.1.19, L. 53, ove in effetti il contesto lo impone) e non debba essere generalizzata.

<sup>130</sup> ALBANESE 1979, 409 ss., ma 356 in merito al divieto generale che invece gravava sulle donne.

<sup>131</sup> Cfr. Ulp. 6 *ed.* D.3.1.1.7-8, L. 277; LENEL 1927, 77; PUGLIESE 1963, 307 ss.

particolare, l'attenzione deve soffermarsi sulle due ultime figure: l'erede e il soggetto parlante (*nec ego*) che dichiara di subentrare al proprio 'sostituto'<sup>132</sup>, dunque di fatto un *dominus litis*. Solo in questi casi entra in gioco la *translatio iudicii*. Le figure menzionate nella prima parte, anche se gestiscono dall'inizio alla fine il processo, sono comunque sempre '*alieno nomine*'<sup>133</sup> *condemnatae*.

Diversa, invece, innanzitutto la posizione dell'erede rispetto ai processi per furto *vel ex alia simili specie*, poiché l'*actio furti* (e le azioni penali in genere) sono intrasmissibili fino al compimento della *litis contestatio*. Pertanto, salvo ritenere il passo interpolato<sup>134</sup>, l'unico modo per considerarlo genuino e attribuirgli un significato è ipotizzare che si riferisca a una successione apertasi dopo la *litis contestatio*<sup>135</sup>.

Dal mio punto di vista, sorvolando per ora su un aspetto che riprenderemo a breve, il caso dell'erede interessa nei limiti in cui attesta la presenza di una *translatio iudicii* e ribadisce l'identità tra *iudicium transferendum* e *iudicium translatum*<sup>136</sup>.

Più interessante il profilo del *dominus litis* (nel testo: *ego*), il quale appare a tutti gli effetti essere il reo (di furto o altro), nonché colui che, a seguito di *translatio iudicii*, subisce effettivamente la condanna. Tuttavia, siccome la lite è stata iniziata da un altro (il suo *procurator*), nella descrizione del giurista la condanna è considerata inflitta *alieno nomine*, con la conseguenza che il *dominus litis* evita l'*infamia*<sup>137</sup>. Il giurista si riferisce all'ipotesi di una *translatio* dal *procurator* al *dominus litis*<sup>138</sup>, che subentra *post litem contestatam*: diversamente, avrebbe potuto sostituirlo senza problemi e gestire in prima persona l'intero processo.

<sup>132</sup> Mutuo il termine da PUGLIESE 1963, 318.

<sup>133</sup> Ancorché l'espressione *alieno nomine* non vada presa alla lettera, giacché costoro erano destinatari in prima persona degli effetti della *litis contestatio* e della sentenza. Tuttavia, i romani «dicevano che stavano in giudizio *alieno nomine*», ponendo l'accento sulla funzione di tutela di interessi altrui, come osserva PUGLIESE 1963, 324, cui rinvio per una più articolata riflessione sul punto.

<sup>134</sup> Cfr., anche per indicazioni bibliografiche, BONIFACIO 1956, 63 nt. 39.

<sup>135</sup> A questa ipotesi si è maggiormente dedicata la dottrina più risalente, per le difficoltà connesse al testo della *formula*: si riteneva infatti che l'erede potesse dirsi condannato *alieno nomine* solo nel caso in cui, figurando il suo nome nella *condemnatio*, si mantenesse quello del testatore nell'*intentio*. Cfr. KOSCHAKER 1905, 267 ss.; DUQUESNE 1910, 185 ss., sui quali si vedano le critiche di BONIFACIO 1956, 63 s. (seguito da WATSON 1963, 80); ERXLEBEN 2017, 166 ss.

<sup>136</sup> BONIFACIO 1956, 63 s.

<sup>137</sup> L'ipotesi ha suscitato alcune perplessità, superate dalla ricostruzione di BONIFACIO 1956, 64 s., con riferimento a KOSCHAKER 1905, 270 ss.; DUQUESNE 1910, 186 s. Cfr., da ultimo ERXLEBEN 2017, 166 ss.

<sup>138</sup> Ipotesi contraria in *sch. Sidus alieno* (6) ad Bas. 21.2.6 (SCHEL. B. IV, 1293 = HEIM. II, 438 n. 3), ma anche *sch. Καθ' οὖν* (11) ad l. (SCHEL. B. IV 1294 = HEIM. II, 439 n. 4), su cui ERXLEBEN 2017, 167 nt. 265.

Abbiamo dunque tre situazioni:

- il reo non entra nel processo, che viene gestito integralmente da un sostituto;
- il reo entra nel processo, ma, dopo la *litis contestatio*, decede e gli subentra l'erede;
- il reo non entra nel processo se non dopo la *litis contestatio*.

In tutti i casi, colui che subisce la condanna evita l'*infamia* perché quella è inflitta *alieno nomine*. Vi sono rispecchiate situazioni concrete in cui opera il principio che apre il passo: *si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia*.

Tanto nella prima, quanto nella seconda situazione, la *ratio* della regolamentazione appare evidente: si vuole evitare di colpire con un marchio di disistima sociale una persona diversa da quella che si è materialmente macchiata di un atto ignominioso. Meno chiara invece la ragione sottesa alla terza ipotesi: il condannato, pur essendo l'autore materiale dell'illecito, evita comunque l'*infamia*, perché la condanna è considerata inflitta *alieno nomine*, alla luce del fatto che il processo fu intrapreso tramite procuratore (o *cognitor*). Se nelle prime due ipotesi la chiave di lettura dell'espressione *alieno nomine* sembrava quella sostanziale<sup>139</sup>, qui il quadro si complica, poiché colui che alla fine subisce la condanna (il *dominus litis*) è colui che, sostanzialmente, dovrebbe rispondere della condotta riprovevole.

Non si può, pertanto, che concludere nel senso di un mutamento di prospettiva nel significato attribuito all'espressione *alieno nomine* nel corso del passo. Se infatti, all'inizio, si dice che i sostituti sono condannati *alieno nomine* – ovvero in nome del *dominus litis* –, alla fine del testo si dice che il *dominus (ego)* è esente da *infamia* perché a sua volta condannato *alieno nomine*. Con il che, al minimo, si deve registrare un'ambivalenza nell'uso dell'espressione: prima in senso sostanziale (i sostituti sono condannati *alieno nomine*, ancorché formalmente siano essi a figurare nella *formula*), poi in senso formale (la *litis contestatio* è stata conclusa da un soggetto 'altro' rispetto al *dominus/reo* che, in ragione di *translatio*, alla fine subisce la condanna, ma evita l'*infamia* avvantaggiandosi del fatto che all'inizio in giudizio stava persona diversa).

L'incongruenza si coglie anche ponendo la questione sul piano della struttura formulare. Gaio afferma che chi agisca a nome d'altri, formula la pretesa a nome del *dominus*, ma volge la condanna a proprio nome<sup>140</sup>. Lo

---

<sup>139</sup> Ciò è immediatamente evidente nel caso dei sostituti, meno in quello dell'erede, alla luce dei dubbi sollevati in merito alla struttura della *formula* (*supra*, nt. 135). Esaustiva, tuttavia, la spiegazione di ERXLEBEN 2017, 167 ss., che sposta l'attenzione sul profilo della condotta dell'erede (e dunque sul piano sostanziale), al quale non si può imputare alcun contegno riprovevole.

<sup>140</sup> Gai. 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit,*

stesso vale nel caso in cui il sostituto intervenga in luogo del convenuto, come nel caso in esame: nell'*intentio* di dovrà indicare il *dominus* come destinatario del *dare oportere*, ma nella *condemnatio* sarà indirizzata contro colui che *iudicium accipiat*<sup>141</sup>. Ciò rende, potremmo dire, visivamente percepibile la distinzione tra la controparte autrice del danno o comunque debitrice (il cui nome figura nell'*intentio*) e colui che, nel processo, la sostituisce e si fa carico della condanna (il cui nome figura nella *condemnatio*).

Questo in linea generale e ipotizzando un processo 'statico', per così dire, nel senso che non subisca modifiche in corso di svolgimento. Applicando lo schema alle tre situazioni citate, nelle quali la *translatio iudicii* introduce un elemento dinamico (il cambio di una parte dopo la *litis contestatio*), rispetto alla prima non si pone alcun problema: il sostituto è condannato *alieno nomine* e la cosa finisce lì.

Più delicata la seconda, perché presuppone, con l'intervento dell'erede dopo la *litis contestatio*, una qualche ripercussione sulla *formula*, giacché diversamente non vi sarebbe alcuna differenza, sul profilo soggettivo, tra *intentio* e *condemnatio*, tale da condurre al rilievo che l'erede è *alieno nomine condemnatus*, dunque esente da *infamia*. È importante, ai fini del nostro discorso, perché se attesta inconfutabilmente l'assenza di qualsivoglia *restitutio in integrum*<sup>142</sup>, al contempo suggerisce che una modificazione intervenisse, così da condurre a quella distinzione tra *intentio* e *condemnatio* che consente di qualificare anche in questo caso la condanna come *alieno nomine* inflitta<sup>143</sup>: in altre parole, solo con l'indicazione del nome dell'erede nella *condemnatio*, ad esempio, sarebbe possibile ragionare di *condemnatio alieno nomine*, da cui discende l'esonero dal marchio di *infamia*. Perlomeno, una simile conclusione è necessitata per chi richieda una costante e diretta corrispondenza tra situazione concreta e *formula*. Come noto, di ritocchi o modifiche della *formula* manca ogni traccia. Mi pare invece innegabile che, nella sostanza, dell'impiego dello strumento 'traslativo' si facesse in qualche modo memoria e, per dirla in termini moderni, esso fosse

---

*condemnationem autem in suam personam conuertit. Nam si uerbi gratia L. Titius pro P. Meuius agat, ita formula concipitur: SI PARET N. NEGIDIVM P. MEVIUS SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE, IVDEX, N. NEGIDIVM L. TITIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; in rem quoque si agat, intendit: P. MEVIUS REM ESSE EX IVRE QVIRITIVM, et condemnationem in suam personam conuertit.*

<sup>141</sup> Gai. 4.87: *Ab aduersarii quoque parte si interueniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur dominum DARE OPORTERE, condemnatio autem in eius personam conuertitur, qui iudicium acceperit; (...).*

<sup>142</sup> Si intende: *restitutio in integrum*, assumendo la prospettiva di Koschaker; *litis contestatio repetita die*, secondo quella di Duquesne (cfr. *supra*, cap. I, § 3.3).

<sup>143</sup> Il che potrebbe suggerire o l'ipotesi di un mantenimento del nome del defunto nella *intentio*, oppure un ritorno alla tesi ottocentesca di una *translatio iudicii* comportante unicamente un intervento sulla *condemnatio*. Manca, come già detto, qualunque appiglio e riscontro nelle fonti. Altrettanto fondata, in un simile contesto, potrebbe ritenersi l'ipotesi di una *praescriptio*. Su questi aspetti, cfr. l'articolata riflessione di BONIFACIO 1956, 71 ss.

documentato. Ma su questo torneremo in sede di conclusioni<sup>144</sup>.

Ma è la terza situazione a sorprendere maggiormente: *nec ego, si ab initio per <cognitorem vel> procuratorem causa agitata est*. In essa dobbiamo immaginare che il *dominus litis*, menzionato nell'*intentio*, ma non nella *condemnatio* (dove compare il nome del sostituto processuale), dopo la *translatio iudicii* riprendesse, per così dire, il proprio posto in vista della condanna. Il che esclude l'opzione che la *translatio iudicii* conducesse alla sostituzione del nome inizialmente indicato nella *condemnatio* con quello del subentrante. In tale ipotesi, infatti, verrebbe a esservi coincidenza tra nome indicato nell'*intentio* (il *dominus litis*) e nome indicato nella *condemnatio* (il *cognitor/procurator* che *ab initio agitavit causam*), con buona pace della possibilità di sostenere la presenza di una condanna *alieno nomine*, visto – al termine dell'ipotetico intervento di 'ristrutturazione' della *formula* – i nomi indicati nelle due parti formulari coinciderebbero. Né, d'altro canto, a me pare possa sostenersi che la chiave di lettura sia quella della 'alienità' della condanna sul piano sostanziale (di cui s'è detto poc'anzi): in tale ipotesi non si vedrebbe, infatti, il motivo di non infliggere la sanzione al condannato, nel momento in cui è proprio colui che aveva cagionato l'offesa<sup>145</sup>. Si è pertanto indotti a propendere per un'operatività molto pratica della *translatio iudicii*, nella ricerca di un equilibrio costante tra principi giuridici consolidati (in questo caso l'esclusione dell'*infamia* per gli *alieno nomine condemnati*) ed esigenze concrete.

Una dinamica simile opera anche nel seguente caso:

Paul. 5 *ed.* D.3.2.14, L. 139: Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur: quippe cum initio lis in eum contestata non sit.

Il servo, a nome del quale il *dominus* abbia accettato un giudizio nossale, se venga condannato in quel giudizio, una volta che sia stato liberato e reso erede, non è colpito da *infamia*, poiché la condanna non è stata inflitta *suo nomine*: senza dubbio perché la lite, all'inizio, non è stata contestata nei suoi confronti.

Il primo elemento da rilevare è la chiusa<sup>146</sup>, che richiama fortemente quella del passo precedente: *si ab initio per procuratorem causa agitata est*<sup>147</sup>. *Quippe*, peraltro, attenua la portata apodittica della frase, introducendovi

<sup>144</sup> *Infra*, 155 ss.

<sup>145</sup> Segue un diverso percorso ERXLEBEN 2017, 167 ss., che non si sofferma sul profilo qui evidenziato.

<sup>146</sup> *Quippe – sit* è interpolato secondo BESELER 4, 209; cfr. LEVY-RABEL 1929b, 36.

<sup>147</sup> È appena il caso di rilevare che l'avverbio *initio* conferma il valore puntuale e non durativo del parallelo *ab initio*: v. anche *ThLL*, 1660, s.v. *initium*.

una sfumatura soggettiva: ‘certamente’, ‘senza dubbio’, ‘naturalmente’<sup>148</sup>. Senza voler fare dire troppo a un semplice avverbio, sembra quasi che il giurista, più che ribadire il fondamento di una regola, stesse concludendo una riflessione in merito alla ricerca del fondamento stesso.

Il tema è delicato, perché tecnicamente il *dominus* non agisce *alieno nomine*. Del resto, se il servo avesse capacità processuale (ovvero: fosse stato liberato), l’azione sarebbe diversa, perché contro di lui si agirebbe con azione da delitto. Tenendo presente l’intreccio concettuale tra azione nossale e da delitto, Biondi spiega perché possa comunque dirsi che il *dominus* interviene *servi nomine*, per così dire. Da ciò discende il fatto che il servo non sia colpito da *infamia*, ovvero perché egli subentra in un’azione nossale e non in quella da delitto che gli sarebbe stata rivolta direttamente, se libero<sup>149</sup>.

Paolo, tuttavia, collega la mancata operatività dell’*infamia* alla *translatio iudicii* che evidentemente dev’essere intervenuta, non al tipo di azione intentata: il riferimento alla *litis contestatio* mantiene il discorso sul piano tecnico-processuale. Il polo è di nuovo quello della condanna *alieno nomine* e la chiusa del giurista sembra da ricondurre alla riflessione che attraverso il precedente passo di Ulpiano. Se è così, però, la nostra riflessione deve muovere un ulteriore passo avanti, riprendendo le fila dalla chiusa del paragrafo precedente. In questo caso l’interpretazione sostanziale di *alieno nomine* regge ancora meno, poiché il servo (poi liberto) alla fine del processo subisce la condanna per un’offesa da lui stesso compiuta. Egli, dunque, solo a livello strettamente formale può dirsi condannato ‘in nome altrui’<sup>150</sup>. Pertanto, *alieno nomine* non può che essere inteso in senso stretto e tecnico, con riferimento alla *formula* originaria. Si dovrebbe certo ipotizzare un intervento radicale – anche alla luce delle notazioni di Biondi –, che muti non solo la *formula*, ma la natura stessa dell’azione (da nossale a *ex delicto*), secondo quella ‘trasformazione’ che avviene quando il mutamento di *status* intervenga prima che sia intentata la causa<sup>151</sup>. In assenza di elementi di riscontro, si può solo concludere che la dinamica della *translatio* non fosse riducibile a un mero intervento tecnico, ma portasse con sé nuove valutazioni in sede di giudizio, sui soggetti coinvolti e sulle modifiche alla situazione complessiva.

---

<sup>148</sup> Il significato di *quippe* non è determinabile in modo univoco e per ogni tempo, benché in generale vi si colga un valore asseverativo e rafforzativo: OLD 2005, 1558, s.v. *quippe*; TRAINA-BERTOTTI 2003, 334, 427 s. (unito a *cum*); più diffusamente LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR 1997, 510.

<sup>149</sup> BIONDI 1925, 239.

<sup>150</sup> ERXLEBEN 2017, 168 ss., argomentando da Ulp. 6 ed. D.3.2.6.6, L. 283, segnala la possibilità di condanna *suo nomine* anche in capo all’erede, quando questi si sia mal comportato in un deposito o in un mandato.

<sup>151</sup> Cfr. Gai. 4.77.

Resta sullo sfondo, dal nostro punto di vista, il tema dell'ambivalenza dell'espressione *alieno nomine*. Forse, l'intreccio tra piani distinti (sostanziale e tecnico-processuale) è frutto della ricerca interpretativa dei giuristi. Non va dimenticato che il titolo D.3.2 si apre con le parole dell'editto in merito a chi sia colpito da *infamia* e i frammenti che seguono le commentano in maniera quasi lemmatica<sup>152</sup>. Il passo di Paolo e più ancora quello di Ulpiano presentano questo andamento e i due giuristi riflettono su situazioni concrete confrontandole con la disciplina pretoria<sup>153</sup>.

Da ultimo, soffermiamoci su un passo di Trifonino, benché esso, come si vedrà, possa meno efficacemente offrire un contributo di chiarimento in merito alla disciplina della *translatio iudicii* nel processo formulare. Tuttavia, esso è sempre considerato dalla dottrina in materia e pertanto è opportuno darne conto:

Thryph. 17 *disp.* D.5.2.22.3, L. 63: Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii nec optinero: perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id quod derelictum est: cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.

La situazione appare, a tutta prima, un po' tortuosa<sup>154</sup>. Si discute il caso di un individuo che accolga sotto la propria potestà, tramite *adrogatio*, colui che aveva impugnato come inofficioso il testamento di colui che, in quell'atto, aveva lasciato un legato all'*adrogans*<sup>155</sup>. La lite sarà proseguita da costui *nomine filii* (tale è ora la posizione dell'*adrogatus*), ma, se dovesse concludersi negativamente, l'*adrogans* non perderà il legato per indegnità, né dunque esso sarà sequestrato dal fisco: la lite infatti è stata intentata non *proprio nomine*, ma di colui cui si è subentrati in via successoria (a seguito di *adrogatio*).

La questione, in sostanza, è posta dal punto di vista di colui che abbia ricevuto un legato in base al testamento contestato e, ad un certo punto, faccia *adrogatio* dell'attore della *querela inofficiosi testamenti*. La lite si trasferisce all'*adrogans* e si realizza pertanto la situazione per la quale l'attore 'subentrato' è titolare di una lite che contesta la validità di un testamento dal quale pure ha ricevuto il beneficio di un legato.

Il contesto è quello della *querela inofficiosi testamenti* ed è questo il

---

<sup>152</sup> Iul. 1 *ed.* D.3.2.1: il frammento è attribuito da Lenel a Ulpiano (L. 277), per le ragioni esposte in LENEL 1881, 58 ss. e richiamate in 1889, I, 484 nt. 4; II, 441 nt. 3.

<sup>153</sup> Ulpiano in particolare: si vedano i relativi frammenti, L. 278 ss. nella *Palingenesi*.

<sup>154</sup> Il tratto *non sum – derelictum est* sarebbe triboniano secondo BESELER 1913, 62. Il testo è ritenuto sostanzialmente genuino: i dubbi riguardano di fatto solo il passaggio *non sum – cum*: LEVY-RABEL 1929, 73; 1929b, 91.

<sup>155</sup> Sull'*adrogatio*, per un inquadramento, cfr. ALBANESE 1979, 218 ss.

punto centrale, ai nostri fini<sup>156</sup>. La forma processuale per tale figura giuridica difficilmente poteva essere quella dell'*agere per formulas*<sup>157</sup>. Sarà stata preferibilmente e verosimilmente quella del processo *per legis actiones* davanti ai centumviri o quella della *cognitio extra ordinem*<sup>158</sup>.

Il passo entra nello studio della *translatio iudicii*, perché fornirebbe conferma della continuità del processo tra sostituito e sostituto<sup>159</sup>. Ma, al di là di tale conferma, da accogliere con prudenza, sono troppi i punti deboli e gli elementi di incertezza per attribuire peso rilevante al frammento nell'ambito del discorso che stiamo svolgendo.

---

<sup>156</sup> Per tutti, cfr. MARRONE 1955b, 74 ss.; VOCI 1963, 670 ss.; KASER 1971, 709 ss. La *querela inofficiosi testamenti* è regolata, come noto, dal seguente principio: chi intenti azione *improbe* per fare dichiarare inofficioso il testamento e perda, vede confiscato quanto avesse comunque ricevuto in base a quel testamento e viene colpito da indegnità. È infatti contrario ai doveri di *pietas* del figlio proclamare in tribunale l'ingiustizia compiuta dal testatore ed è per evitare questo che la retorica offrì la via d'uscita dell'*insania* e, proprio per la gravità dell'accusa, si stabilì la sanzione dell'indegnità per colui che non fosse in grado di provarla: cfr. VOCI 1963, 680, 700; Ulp. 14 ed. D.5.2.8.14, L. 498. D'altra parte, poiché il presupposto della *querela inofficiosi testamenti* è una *iniuria* arrecata all'attore, essa è «rigorosamente personale» (VOCI 1963, 702, ma già 680). Quando si consideri il frammento nella sua interezza (ovvero: Tryph. 17 *disp.* D.5.2.22 pr.-2, L. 63), si potrà cogliere che Trifonino esamina alcune situazioni, muovendo dalle lagnanze del figlio avverso il testamento materno azionate processualmente *iure filii* dal *pater*, che per parte propria aveva ricevuto un legato e non aveva motivi di impugnativa. In tutti i casi la soluzione proposta dal giurista gioca sulla distinzione tra attore processuale e individuo offeso, così da consentire la gestione o la prosecuzione del processo, senza gravare di un rischio eccessivo colui che agisce nell'interesse altrui. Seguendo il filo del ragionamento per via di estensione analogica, quello esaminato nel § 3 è solo l'ultimo caso, nel quale si contempla l'opzione di un rapporto di filiazione 'artificiale', quale quello generato dall'*adrogatio*, per ribadire l'applicazione del medesimo principio: la traslazione processuale non incide sull'operatività della regola stabilita, ma si recupera in essa la distinzione di posizioni qualitative (*cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi*): quanto ricevuto in legato non viene intaccato dalla perdita della lite, perché quello pertiene all'*adrogans* nella sua qualità di legatario, mentre nel processo in cui poi è subentrato egli siede *nomine filii*, in qualità di *pater* dell'arrogato. E le ragioni di quest'ultimo non ricadono al di fuori di lui (VOCI 1963, 700).

<sup>157</sup> Lo esclude recisamente MARRONE 1955b, 75 ss. (con rinvio, sulle ragioni, a 1955, 42 ss.); ma vedi anche 104 ss., a proposito dell'incompatibilità tra *iniuria* e *querela centumvirale*. Meno categorico, con riferimento alle cause di valore inferiore a 100.000 sesterzi, KASER 1971, 711 e nt. 10 (anche KASER-HACKL 1996, 54 nt. 23); atteggiamento condiviso, su questa particolare ipotesi, da MARRONE 1994, 661 nt. 167; cenni in ERXLEBEN 2017, 163 nt. 245. Si aggiunga un elemento peculiare del passo, che, nel caso di specie, complica ulteriormente la ricostruzione del quadro: l'*adrogator* poteva succedere all'arrogato, nelle liti attivamente contestate, solo in caso di *iudicium legitimum*: cfr. Gai. 3.83; BONIFACIO 1956, 60 s. ntt. 33, 35.

<sup>158</sup> Cfr. VOCI 1963, 708 ss.: «pochissimo si sa sulla forma processuale della *q.i.t.*»; KASER-HACKL 1996, 458, ove a nt. 62 altra bibliografia.

<sup>159</sup> Cfr. BONIFACIO 1956, 61 ss., 65: «(...) il giudizio è stato instaurato dal dante causa». Lo studioso (1956, 61 nt. 35) è convinto che nel caso di specie, non si tratti di traslazione in senso proprio, poiché in caso di *capitis deminutio*, quale il presente, la lite continuerebbe in via utile contro il convenuto, mediante *restitutio in integrum* e nuova *litis contestatio*. Egli contesta la diversa la posizione di KOSCHAKER 1905, 241 nt. 3; DUQUESNE 1910, 194. Cfr., da ultimo, ERXLEBEN 2017, 163 s.

## 6. Riflessioni di sintesi sulla translatio iudicii

Il presente paragrafo si pone come momento di sintesi non solo del presente capitolo, ma anche di quello precedente. È opportuno raccogliere unitariamente gli elementi emersi nell'analisi sia della disciplina edittale, per come tratteggiata principalmente nel commento ulpiano all'editto, sia della casistica attinta da ambiti diversi e sparsa nel contesto di trattazioni dedicate ad altre figure giuridiche.

Ritengo si possa fissare un primo elemento ordinatorio generale. Se nel capitolo II tutto ruotava intorno a situazioni nelle quali volontariamente il *dominus litis* devolveva il potere di rappresentarlo o sostituirlo processualmente, oppure un terzo (*procurator* o *defensor*) si faceva carico spontaneamente del processo, in questo capitolo III il tema è quello di figure prive di legittimazione processuale, che entrano nel giudizio necessariamente per il tramite dell'avente potestà su di loro<sup>160</sup>. Evocare gli schemi della rappresentanza volontaria e legale, o necessaria, non offre particolari elementi di facilitazione in termini di chiarezza espositiva. Ritengo preferibile individuare l'elemento che unisce, di volta in volta, i soggetti coinvolti in un «rapporto di intimità giuridica»<sup>161</sup>. La *translatio iudicii* si manifesta operante non quale generico strumento di trasferimento del processo a terzi, ma, per così dire, in contesti di stretta relazione tra i soggetti coinvolti, quasi a porre in evidenza una sostanziale identità (forse meglio: continuità) della situazione giuridica oltre – o al di sotto di – una distinzione nella posizione formale e processuale.

Sul piano delle finalità, la *translatio iudicii* risponde all'esigenza di fondo di porre rimedio a situazioni nelle quali l'intervento della *litis contestatio* – quando le parti, sul piano processuale, sono definite una volta per tutte – impedisce quella libertà d'azione che, ove ammessa, avrebbe condotto a scelte diverse, maggiormente in linea con le esigenze concrete e attuali.

Lo si può rilevare nelle situazioni analizzate nel capitolo precedente, dove la *translatio iudicii* permette l'attribuzione di rilevanza a elementi di 'disturbo' della relazione tra *dominus litis* e *cognitor* (cui, come visto, si sono allineati *procurator* e *defensor*). Se la libertà di *mutare cognitorem* è piena *ante litem contestatam*, la *litis contestatio*, fissando i nomi delle parti processuali, la annulla. Conseguentemente, sopraggiunte ragioni, anche molto valide, per la sostituzione (impedimenti personali, malattie, incompatibilità e inimicizie) verrebbero a trovare nel dato processuale un insormon-

---

<sup>160</sup> A parte dovremmo collocare il *filius* che sta in giudizio in prima persona, sul quale *supra*, 78 ss.

<sup>161</sup> Riprendo l'espressione da BETTI 1914, 684 nt. 1. Tale qualificazione, peraltro, ben si adatta anche all'ipotesi di cui alla nt. precedente.

tabile ostacolo, capace di pregiudicare, e in definitiva vanificare, l'interesse di una parte al processo.

Una logica identica regola le situazioni esaminate nel presente capitolo, benché il problema sia diverso nella sostanza: non una impossibilità o incompatibilità sopravvenuta, bensì una carenza di capacità giuridica – che, se sussistente, consentirebbe a un soggetto l'autonoma e diretta gestione di un processo che lo riguarda –, colmata però dopo la *litis contestatio*, mentre il processo è ancora in corso.

In entrambi i contesti, la *translatio iudicii* non annulla la *lis contestata*, ma evita che il superamento di una fase tecnica del processo si trasformi in un ostacolo rispetto alla gestione degli interessi direttamente in capo a coloro che ne sono i reali portatori. Il pretore – interpellato o sollecitato dalle parti – interviene, garantendo sia il rispetto delle forme del processo (la *litis contestatio* rimane intatta), sia il perseguimento della soluzione più aderente alla situazione concreta, agli intenti e ai moventi dei soggetti coinvolti.

Inevitabile, a questo punto, attribuire alla *translatio iudicii* una collocazione e una funzione nitide, ma contenute nel perimetro di situazioni particolari, potremmo dire eccezionali. Il quadro generale del processo formulare non ne esce intaccato, anzi è ulteriormente rafforzato dalla presenza di uno strumento giuridico che, avendo come fine la riduzione delle sbavature e il ripristino dello scorrere 'ordinario', conferma la solidità dell'impianto complessivo, come ricostruito dalla dottrina romanistica.

Altri elementi hanno confermato quanto era già stato rilevato e condiviso pressoché unanimemente in dottrina, ovvero che la *translatio iudicii* è strumento giuridico la cui applicazione coinvolge, oltre al pretore, le parti, vuoi nel promuovere l'istanza relativa, vuoi nel prestare assenso alla sua attuazione: il pretore concede – si ricordi il *permittere* della clausola edittales<sup>162</sup> – qualcosa che le parti chiedono.

La concessione, peraltro, è effettuata *causa cognita*: il pretore vigila non solo sulle ragioni di sostituzione del *cognitor* (o degli altri sostituti processuali), come è detto esplicitamente da Ulpiano nel suo commento<sup>163</sup>, ma più in generale anche in numerose altre situazioni, come la casistica poc'anzi esaminata ha mostrato<sup>164</sup>. In questa attività, il pretore è affiancato dai giuristi, i quali gli indicano «circostanze meritevoli di considerazione»<sup>165</sup>: di ciò fanno prova non solo gli elenchi di situazioni nelle quali è ammessa la *translatio cognitoria*, ma anche i pareri di questo o quel giurista richiamati a favore o contro un'ipotesi di concessione dello strumento 'traslati-

<sup>162</sup> *Vat. fr.* 341, *supra*, 31 ss.

<sup>163</sup> *Supra*, 33 ss.

<sup>164</sup> *Supra*, 82, 85 s., 94.

<sup>165</sup> MARTINI 1994, 230.

vo'. Sembra possibile affermare che la *causae cognitio* fosse un complemento necessario, pur variamente declinato, di tale strumento, attraverso il quale operare un'analisi approfondita e una valutazione discrezionale in merito all'opportunità di concedere la sostituzione<sup>166</sup>. Anche questo mi pare un dato che conferma il carattere limitato e straordinario della *translatio iudicii*. Quanto alla forma, svariati elementi suggeriscono l'impiego del *decretum*, ma su ciò tornerò più avanti<sup>167</sup>.

In conclusione, volendo abbozzare un quadro di sintesi, ritengo che i tratti salienti possano essere i seguenti.

La *translatio iudicii* risponde a una chiara esigenza: superare una situazione di stallo creata dal sopravvenire – rispetto alla *litis contestatio* – di *causae* che possono ostacolare o alterare l'ordinario svolgimento del processo. La scelta di *permittere* la traslazione è fatta dal pretore, in linea generale, prevedendo la sopravvenienza di una *causa translationis*, se così vogliamo chiamarla, ed è, nel caso di specie, subordinata alla sua valutazione discrezionale. Intorno alla quale si coagulano, col tempo, una serie di ipotesi che danno concretezza al generico *causam cognoscere*<sup>168</sup>.

Dal commentario di Ulpiano possiamo trarre ulteriori indicazioni sul ruolo della giurisprudenza (anche) rispetto alla definizione della *translatio iudicii*. Appare infatti abbastanza verosimile che le singole ipotesi – per quanto tendenzialmente ripetitive e dunque sostanzialmente tipiche – non fossero espressamente contemplate nella previsione edittale – diversamente da quanto accade in altri casi, nei quali abbiamo una descrizione circostanziata<sup>169</sup> – e che dunque la definizione del perimetro di valutazione pretoria sia, più che altrove, opera della giurisprudenza. Ciò risponde senz'altro a un *modus procedendi* tipico della logica del diritto romano e dei giuristi. Si registrano altri casi nei quali la disciplina di un settore è la risultante dell'intreccio tra una scarna disposizione edittale e la puntuale riflessione giurisprudenziale: le previsioni edittali del pretore si materializzano e puntualizzano in situazioni concrete, che la giurisprudenza definisce e tramanda, riconoscendole infine come rilevanti e di per sé valide a sostenere l'applicazione della norma pretoria<sup>170</sup>.

La *translatio iudicii* assume, in definitiva, i contorni di uno strumento ausiliario dell'azione del pretore, finalizzato a sanare una situazione critica, la cui disciplina è costruita dai giuristi intorno a una statuizione preto-

<sup>166</sup> Sulla *causae cognitio*, cfr. *supra*, 33 nt. 22.

<sup>167</sup> *Infra*, 162 ss.

<sup>168</sup> Cfr. MARTINI 1994, spec. 230 s.

<sup>169</sup> Cfr., ad esempio, Ulp. 12 *ed.* D.4.6.1.1, L. 425.

<sup>170</sup> Mi riferisco alla tendenza alla tipizzazione dell'attività che contraddistingue l'agire della giurisprudenza, rilevata puntualmente da MANTOVANI 1998, 162 ss., spec. 164.

ria<sup>171</sup>. Appare altresì significativo che tale strumento risulti intrecciato, nella riflessione dei giuristi, a principî e schemi ordinari. Nelle tracce di discussioni, come abbiamo visto, la *translatio iudicii* è ricondotta entro la razionalità del discorso giuridico generale, sorretta da elementi argomentativi che, nel recepirla, la giustificano. Secondo un modo di procedere, anche qui, tipico della giurisprudenza<sup>172</sup>.

Un ultimo punto ritengo debba essere sottolineato.

Le difficoltà indicate in precedenza<sup>173</sup> e le esigenze di sintesi hanno indotto a sacrificare l'impiego di un ordine cronologico puro, nell'esposizione e nell'analisi delle fonti, a favore di un approccio che seguisse l'articolazione della *translatio iudicii* lungo lo svolgimento del processo (nel caso del *cognitor* e del *procurator*) o per ambiti tematici, come nel presente capitolo. Tuttavia, in sede conclusiva, alcune linee di sviluppo storico possono essere recuperate.

Se possiamo convenzionalmente fissare alla fine del III secolo d.C. il momento in cui, dichiarata irrilevante la *litis contestatio* ai fini della *translatio iudicii*, la discussione intorno a questa si fa più sfumata<sup>174</sup>, all'altro capo del filo un primo riferimento può forse trovarsi nell'opinione di Sabino e Cassio, in materia di liberazione dell'erede che consegni il servo *statuliber*<sup>175</sup>.

Tra i due estremi, incontriamo dapprima Nerazio, fugacemente evocato a proposito del rapporto tra *cautio iudicatum solvi* e *translatio*<sup>176</sup>. Meno diretto il coinvolgimento di Giavoleno, anche se la notizia circa la necessità che l'erede domiciliato *trans mare* si difenda a Roma, se il *decuius* abbia già *acceptum iudicium*, non è priva di rilevanza: nell'affermare, implicitamente, la validità della *litis contestatio* precedentemente effettuata, il

<sup>171</sup> Impiego qui 'disciplina' nel significato evidenziato da BRUTTI 2015, 42 ss., ossia quale esito di un percorso che parte dai responsi dei giuristi e passa attraverso le 'soluzioni normative', secondo un movimento di concettualizzazione graduale e crescente.

<sup>172</sup> Sul punto mi limito a rinviare a RAGGI 1968 e, da ultimo, BRUTTI 2017, 17 ss., 37 ss., ove l'immensa problematica sottostante è ampiamente riassunta, discussa e sviluppata.

<sup>173</sup> *Supra*, 29.

<sup>174</sup> C.2.12.20 (Diocletianus et Maximianus, a. 294), *supra*, 49. Per notizie di età successiva, cfr. *supra*, 51 nt. 91. In particolare, possiamo ricordare CTh. 2.12.1 (Iulianus, a. 363), il cui rimando di chiusura ai *veteres iuris conditores* va letto come indizio ulteriore a favore della classicità della disciplina (NÖRR 1963, 28; sul carattere 'relativo' della qualificazione di *veteres*, cfr. MANTOVANI 2017, 257 ss.).

<sup>175</sup> Gai 6 *ed. prov.* D.9.4.15, L. 130, *supra*, 88, la cui opinione potrebbe tuttavia non concernere lo specifico punto della *translatio*, ma essere limitata a un profilo che, nel ragionamento di Gaio, risultava correlato. Nello stesso senso mi pare da leggersi la citazione di Me-la in Paul. 51 *ed.* D.40.12.24.4, L. 646, *supra*, 96, la cui figura ci riporterebbe ancora più indietro: ma anche in questo caso l'opinione per cui è ricordato riguarda un aspetto particolare e potrebbe anche essere incidentale rispetto al discorso svolto da Paolo, che solo alla fine approda alla *translatio iudicii*.

<sup>176</sup> Ulp. 9 *ed.* D.3.3.27.1, L. 317, *supra*, 65, 74.

giurista ci dice che il punto era probabilmente (ancora) oggetto di discussione<sup>177</sup>. E sappiamo che si tratta di un nodo correlato alla *translatio iudicii*.

Tra i giuristi del II secolo d.C., Marcello e Giuliano si sono interessati alla *cautio iudicatum solvi* in relazione alla *translatio*: li troviamo citati da Ulpiano accanto a Nerazio, nel frammento ora ricordato. Giuliano compare poi una seconda volta, quale autore dell'opinione a favore della concessione della legittimazione ad agire al *filius* nel caso in cui manchi chi agisca *patris nomine*, benché in questo caso egli non sia citato da Ulpiano sul punto specifico della *translatio iudicii*<sup>178</sup>. Il suo discepolo, Africano, si occupa invece, con riferimento allo *statuliber*, del nodo dell'*absolutio*, sullo sfondo di una discussione che, come si ricorderà, contrapponeva questa soluzione all'impiego dello strumento 'traslativo'<sup>179</sup>.

Come si coglie da questa cursoria rassegna retrospettiva, si tratta di informazioni perlopiù indirette e troppo frammentarie perché la discussione potesse svolgersi in dettaglio lungo la linea cronologica che solo a distanza si riesce a intravedere. Lunghi dall'offrire la ricostruzione dello sviluppo complessivo della *translatio iudicii*, esse non avrebbero offerto nemmeno la possibilità di fare luce su porzioni di essa, come i singoli problemi di cui ciascuna si occupa.

Giunti a questo punto, tuttavia, e osservandole nel complesso, a me pare di intravedere tracce di una linea di svolgimento e di cogliere soprattutto il riproporsi, anche rispetto al tema in oggetto, della dinamica tradizionale e consueta del diritto romano, quella di uno sviluppo graduale e costante – ancorché non sempre lineare, ma sovente segnato dal contrasto delle opinioni –, attraverso la discussione e il commento.

Le tracce della riflessione di Gaio, seguita da quelle di Paolo e Ulpiano completano il quadro storico. Sul loro contributo nella discussione sulla *translatio iudicii* non ci soffermiamo nuovamente; né sul loro peso nella ricostruzione del percorso: basti sottolineare che sono loro la fonte di cognizione del pensiero di quasi tutti i giuristi appena ricordati. È invece il caso di evidenziare, quanto ad Ulpiano, che anche in quest'ambito egli ha svolto il ruolo di 'sistematore', raccogliendo e ordinando opinioni della giurisprudenza ed elementi normativi<sup>180</sup>: penso, in particolare, al lungo

---

<sup>177</sup> Iav. *ex Cass.* D.5.1.34, L. 66, *supra*, 103. La discussione poteva anche risalire al tempo del suo maestro Cassio, considerando il carattere dell'opera da cui il frammento è tratto: cfr. SCHULZ 1953, 386.

<sup>178</sup> Ulp. 57 *ed.* D.47.10.17.22, L. 1365: Ulpiano si occupa della *translatio* in precedenza, nel § 14 (*supra*, 82).

<sup>179</sup> Afric. 8 *quaest.* D.47.2.62.9, L. 110, *supra*, 91.

<sup>180</sup> Mutuo la qualifica di 'sistematore' da SCHIAVONE 2017, 377 ss., che parla di 'grande sistemazione' con riferimento all'età e al ruolo di Ulpiano. Nel programma di questo giurista rientrava anche un nuovo rapporto con la giurisprudenza precedente, che egli trattava «nel-

stralcio sul mutamento del *cognitor* al centro del capitolo precedente; ma anche in tema di *mutatio iudicis* vedremo qualcosa di simile<sup>181</sup>.

La *translatio iudicii*, figura minore nel panorama del processo formulare, si mostra presente nel dibattito dell'età classica lungo un ampio arco di tempo, durante il quale i suoi contorni sono stati progressivamente definiti e fissati. Essa appare quasi un contraltare necessario alla *litis contestatio*, valvola di sfogo rispetto ai rischi e agli inconvenienti che l'inevitabile rigidità di quella poteva produrre, in direzione di un diritto in definitiva non meno stabile, ma più aderente alla realtà.

---

lo stesso modo in cui Adriano e Giuliano avevano trattato l'editto pretorio: cercando cioè di realizzare una cristallizzazione e un consolidamento che era il vero punto d'arrivo di una tradizione» (397 s.).

<sup>181</sup> *Infra*, 147 ss.

## CAPITOLO IV

### *MUTATIO IUDICIS*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Mutatio iudicis* e continuità del processo. – 3. Sostituzione per *insania* o impedimento d'altro genere. – 4. *Excusationes* e *mutatio iudicis*. – 5. Riflessioni di sintesi sulla *mutatio iudicis*.

#### 1. *Introduzione*

Il primo problema che si presenta quando si affronti il tema della *mutatio iudicis* è quello della possibilità o meno di includerla nella *translatio iudicii*, facendo assurgere quest'ultima al rango di categoria di genere<sup>1</sup>. Il punto è già stato accennato all'inizio del lavoro e, come si ricorderà, le opinioni in merito sono diverse. Mi limito a ricordare che l'ipotesi di una considerazione distinta è stata avanzata da Bethmann-Hollweg, ma concettualizzata e fondata dogmaticamente solo con Koschaker. Egli poneva al centro della problematica 'traslativa' (qui nel senso ampio, chiarito in apertura) l'obbligazione processuale («Prozessobligation») e dal fatto che questa riguardasse le parti, non il giudice, faceva discendere la diversa natura della *mutatio iudicis* e la non assimilabilità alla *translatio iudicii*<sup>2</sup>. In seguito la qualificazione proposta è stata perlopiù accolta, pur registrando qualche voce discorde, mentre oggi sembra pacificamente recepita l'opinione contraria, almeno nella manualistica, nel senso di includere la *mutatio iudicis* nel più ampio schema della *translatio iudicii*<sup>3</sup>. Una prospettiva più avanzata mi pare offra in anni recentissimi Erxleben, che la colloca accanto alla *translatio iudicii* nell'alveo dell'*officium praetoris*<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. KOSCHAKER 1905, 307 ss.; DUQUESNE 1910, 221 ss., ripreso in 1969, 403 s.; KASER 1937, 2160 ss.; BONIFACIO 1956, 136 ss.; BROGGINI 1959, 313 ss.; ERXLEBEN 2017, 263 ss.

<sup>2</sup> Sulle diverse posizioni, cfr. *supra*, cap. I.

<sup>3</sup> PUGLIESE 1986, 356; GUARINO 1988, 226; TALAMANCA 1990, 352; KASER-HACKL 1996, 354.

<sup>4</sup> ERXLEBEN 2017, 267. Nella prospettiva dell'a. tale inquadramento è agevolato dal porre come linea guida dell'indagine sul fenomeno del *transfere iudicium* la presenza di una *iusta causa translationis*, che senza dubbio accomuna entrambe le figure giuridiche.

Una descrizione della disciplina per la sostituzione manca, così come una trattazione *ex professo*. È possibile soltanto il tentativo di una ricostruzione frammentaria e di riflesso. Ho distribuito il materiale in gruppi, attorno ad alcuni temi, in modo da mettere in evidenza aspetti diversi: la continuità del processo, pur attraverso la *mutatio iudicis* (§ 2); l'impedimento a giudicare, di natura fisica o legale, che offre una casistica, pur minima, in merito (§ 3); le linee disciplinari in materia di *excusationes* e *mutatio iudicis*, dove l'attenzione si sposta sul versante ordinativo della figura giuridica (§ 4).

## 2. Mutatio iudicis e continuità del processo

Il gruppo più nutrito di testi riguarda quella che possiamo considerare la tematica più importante: la continuità (o meno) del processo nel quale sia intervenuta una *mutatio iudicis*. Sono fonti di varia provenienza ed epoca: le discuteremo, tendenzialmente, seguendo l'ordine cronologico.

Un passo di Festo sembra offrire la notizia più risalente, ove si accolga la proposta di Bona, che ne attribuisce i contenuti a Elio Gallo o Servio Sulpicio Rufo<sup>5</sup>:

Fest. s.v. *Subditus* 462 L: Subdit<us ... mor>tui in demortui[s] iu<dicis ... > datur his, qui eum hab<uerant iudicem, dumta>xat in eandem rem <vel litem>.

Festo definisce, in termini di sicura connotazione giuridica<sup>6</sup>, la figura del *subditus* come colui che subentra a un giudice deceduto nella medesima controversia (*in eandem rem vel litem*)<sup>7</sup>. Lo stato lacunoso del frammento ha sovente indotto gli storici del diritto a citare di preferenza la restituzione di Paolo Diacono, che non presenta lacune<sup>8</sup>:

Paul. (Fest.) s.v. *Subditus*, 463 L: Subditus iudex dicitur, qui loco mortui datur is, qui eum habuerant iudicem in aliqua re vel lite.

È detto *iudex subditus* colui che viene *datus*, in luogo del deceduto, a coloro che avevano quest'ultimo come giudice in una controversia. Il signifi-

<sup>5</sup> BONA 1964, 153; cfr. MANTOVANI 2010, 15 nt. 43. La figura del *iudex subditus* è in ogni caso certamente nota nel I secolo a.C., come attesta Cic. *domo* 32.85: *Quis in meum locum iudicem subdidit?*

<sup>6</sup> BONA 1964, 69, 79, 118 ss., 142.

<sup>7</sup> Si tratta, in realtà, di una delle plurime accezioni del termine: cfr. OLD 2005, s.v. *subdo* (n.7), 1837; anche ERNOUT-MEILLET 2001, 179 s., ma anche 109 s., rispettivamente s.vv. *do* e *cedo* (spec. *succedo*).

<sup>8</sup> Così KOSCHAKER 1905, 319; BROGGINI 1959, 324 nt. 42.

cato sostanziale emerge in maniera più sicura e conforta sul contenuto della glossa festina, dal testo meno limpido. La restituzione di Paolo Diacono, tuttavia, trascura un elemento importante, che invece risalta nella versione più antica e la cui rilevanza sta nel fatto di non essere frutto di congettura: le parole *in eandem rem*. Si coglie nitidamente, pur in controtuce rispetto alla complessa ricostruzione della definizione, la correlazione tra il passaggio da un giudice all'altro e la continuità del processo. La definizione di Paolo Diacono si chiude con un riferimento ad *aliqua re vel lite*, generico e pleonastico: è infatti evidente che il rapporto tra il giudice deceduto e le parti non poteva che reggersi sul fatto che quello fosse stato 'dato' in relazione a una 'qualche' controversia, al punto che il significato risulterebbe chiaro anche senza queste parole. Nella definizione di Festo, invece, la chiusa contribuisce a illuminare il quadro generale e aggiunge un'informazione essenziale: la sostituzione non intacca la *res*, la controversia giudiziaria, che prosegue identica davanti al secondo giudice<sup>9</sup>.

Ulteriore indizio – se la restituzione del lemma è corretta – l'avverbio *dumtaxat*, il cui valore limitativo risponde all'esigenza di 'contenere' l'azione del *subditus* entro i confini della *res* affidata al predecessore<sup>10</sup>. Come a dire: 'né più né meno sulla medesima *res*'. Il raggio d'azione del *iudex subditus* è contenuto entro i limiti della controversia già in essere.

Un frammento di Paolo presenta quasi un calco della glossa festina:

Paul. 14 *Sab.* D.5.1.60, L. 1865: Mortuo iudice quod eum iudicare oportuerat, idem eum qui subditus est sequi oportet.

Morto un giudice, ciò su cui quello doveva giudicare passa al successore.

La *mutatio iudicis* viene soltanto evocata ed è assunta come data, mentre l'attenzione del giurista si concentra – per quanto un frammento così breve consenta di congetturare – su un aspetto concettualmente successivo: il destino del procedimento di merito.

L'accostamento dei due testi è certo azzardato, dal punto di vista cronologico. Il fatto, peraltro, che Paolo stia commentando Sabino non prova nulla, sotto questo profilo. Tuttavia, alcuni deboli elementi suggeriscono, quanto meno, la possibilità di ricondurre la riflessione sull'inquadramento della

<sup>9</sup> Per l'accezione di *res* come 'controversia giudiziaria', «Rechtsstreit», cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 511, sv. *res*, lett. e.; ma, più diffusamente, THOMAS 1976, 159 ss.

<sup>10</sup> WALDE-HOFMANN 1982, 380 s., sv. *dum*, lo indicano come termine del linguaggio giuridico, di impiego abbastanza risalente, ancorché, nelle formule arcaiche, attestato nella forma separata *dum ... taxat*. L'avverbio ha funzione delimitativa, originariamente di numero o quantità e indica il limite dello scopo di un'azione, introduce una clausola o una condizione limitativa o ancora l'ambito minimo di applicazione di una affermazione. Cfr. LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR 1997, 618; ERNOUT-MEILLET 2001, 187, sv. *dum-taxat*; OLD 2005, 579 s., sv. *dumtaxat*; CALONGHI 1989, 921, sv. *dumtaxat*.

posizione del giudice subentrante all'ultimo secolo della repubblica<sup>11</sup>.

*Subditus* indica colui che subentra nella funzione di giudice. Il significato esatto di *sequi* è stato oggetto di discussione da parte di Wlassak, a parere del quale solo il nuovo *iussum iudicandi* emesso dal magistrato avrebbe definito il perimetro d'azione del subentrante. Una traduzione che individuasse in *sequi oportet* un dovere di 'seguire esattamente' ciò che il primo giudice avrebbe dovuto considerare per la sentenza non sarebbe pertanto corretta. Wlassak preferisce invertire – rispetto alla lettura che appare come prima e spontanea – la funzione delle componenti della seconda frase, assegnando a *idem* la posizione di soggetto, a *eum* di complemento di termine, mentre a *sequi* il significato di 'spettare a': «muß unverändert (*idem*) auf den Ersatzrichter übergehen (ihm 'zufallen')»<sup>12</sup>.

Quale che sia la lettura grammaticalmente corretta, la riflessione di Wlassak denuncia la preoccupazione di attribuire un valore descrittivo al testo ed escluderne al contempo uno prescrittivo. Nella sostanza tuttavia lo stesso significato è rinvenibile anche in una traduzione che segua la costruzione sintattica più immediata, assegnando a *sequi* il significato principale di 'seguire' o di 'conformarsi a', 'attenersi'<sup>13</sup>: il *subditus* deve attenersi a ciò su cui il predecessore era stato chiamato a giudicare<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Ne diamo brevemente conto in nota. Pochi elementi, meno che indiziari, sono a disposizione, come il fatto che Paolo stia commentando i *libri iuris civilis* di Sabino. La dottrina non ha affrontato il punto anche se a lungo ha accostato il passo ad Alf. 6 *dig.* D.5.1.76, L. 23 (*infra*, in testo), in ragione della corrispondenza tra *idem ... sequi oportet* del primo e *rem eandem ... permanere* del secondo: in entrambe le espressioni si coglieva un'attestazione di continuità del processo. Muovendo da tale correlazione LENEL 1889, I, 1288 nt. 1, si chiede se lo si possa collegare altresì a Paul. 14 *Sab.* D.41.1.26 pr., L. 1868 (celebre per la *media sententia* in tema di specificazione), dove, in effetti, discutendo di trasformazione della materia e permanenza della cosa, si ritrova anche l'esempio della nave, ma, soprattutto, viene citato Servio. Nel passo alfeniano e nel combinato dei due paolini, in sostanza, si ripeterebbe la compresenza di riflessioni su identità del processo (considerandone, però, profili diversi) e identità delle *res* (nella specie, della nave), tutte riconducibili alla tradizione serviana. Ma D.41.1.26 pr. è molto discusso e presenta troppi punti di incertezza per poter concludere qualcosa sia sulla datazione, sia in merito a una connessione con D.5.1.60: cfr., per un inquadramento, DE MARTINO 1937, 63 ss. (parzialmente ripubblicato, proprio per la parte che qui interessa, in DE MARTINO 1954, 297-307); GUARINO 1946, 515 ss.; WIEACKER 1954, 269 ss.; BEHREND 1995, 233 ss.; SCHERMAIER 1992, 206 ss.; BRETONE 1999, 254 ss.; MIGLIETTA 2010, 323 ss.; SCHIAVONE 2017, 260, 505 nt. 82.

<sup>12</sup> WLASSAK 1921, 61 nt. 4, mentre si occupa delle eventuali lacune dello *iussum iudicandi* e delle misure per colmarle, valuta in un primo momento come pertinente a tale tematica anche il presente frammento, sulla scorta del fatto che è stato collocato dai compilatori subito dopo Ulp. 51 *ad Sab.* D.5.1.59, L. 2985, ove si menziona lo *iussum iudicandi*. Ma tale profilo è subito scartato. Sulla traduzione di *sequor* con 'spettare a', vd. OLD 2005, 1741, sv. *sequor* (n. 5.b).

<sup>13</sup> Cfr. CALONGHI 1989, s.v. *sequor*, 2512 s.; OLD 2005, 1741 s., s.v. *sequor*, spec. n. 10: 'to act in accordance with'; n. 14: 'to go with'.

<sup>14</sup> Cfr. la traduzione di SCHIPANI 2005, II, 20 *ad l.*: «Morto un giudice, ciò che egli avrebbe dovuto giudicare lo deve proseguire chi gli subentra».

Abbiamo già incontrato questa preoccupazione ‘delimitativa’ nel frammento precedente, denotata dall’avverbio *dumtaxat*. Nei limiti di ciò che due soli documenti consentano di ipotizzare, va registrata l’attenzione dei giuristi alla continuazione del processo presso il nuovo giudice e, per così dire, la necessità che il *subditus* non valichi il perimetro già assegnato al predecessore. Se ciò possa significare l’assenza di un nuovo *iussum iudicandi* è impossibile dire. Certo se il *iussum iudicandi* fosse consistito in un atto autonomo che definiva e descriveva l’incarico del giudice, suonerebbe strana una riflessione come la presente, tesa a definire l’ambito d’azione del subentrato<sup>15</sup>. Ove così fosse stato, il perimetro di giudizio del *subditus* sarebbe stato definito in modo adeguato nel nuovo decreto di incarico e non avrebbe dovuto esservi spazio di dubbio o necessità di chiarimento, cui invece i frammenti in esame sembrano rimandare. In ciò la preoccupazione di Wlassak è assolutamente condivisibile. Quello che mi pare fuori discussione è invece la possibilità di un rinnovo della *litis contestatio*, rispetto alla quale davvero difficile sarebbe discutere di *eadem res*<sup>16</sup>.

A lungo, negli studi in materia, l’analisi dei passi di Festo e Paolo è stata completata da un celebre frammento di Alfeno:

Alf. 6 dig. D.5.1.76, L. 23: Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio [eandem rem]<sup>17</sup> an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus: nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent: et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret: itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilo minus eandem navem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuisset, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore

<sup>15</sup> Cfr. *infra*, 137 ss.

<sup>16</sup> Sulla *litis contestatio* come fase che definisce la *res in iudicium deducta*, consentendo di valutare se una successiva azione fosse *de eadem re*, cfr., per tutti, MARRONE 1998, 427 ss.; 1998b, 47 ss.

<sup>17</sup> La genuinità della locuzione è contestata da LENEL 1918, 148; LEVY-RABEL 1929b, 88; DE SARLO 1940, 43; SCHULZ 1953, 159 e nt. 1, il quale va oltre, giudicando «assolutamente inadatto» *eandem rem* anche nell’occorrenza successiva; dubbioso ORESTANO 1959, 101 (v. anche ORESTANO 1968, 128 nt. 44). In tempi recenti, propende per l’espunzione MANTOVANI 2010, 8 nt. 17, con puntuali argomentazioni sui profili sintattici. Sul testo in generale, cfr. inoltre BESELER 1925, 188 s. (discute il frammento senza eccepirne alcuna interpolazione); 1929, 132 ss. (espunge alcuni sintagmi o piccoli gruppi di parole, salvandone il complesso); 1931, 18 (giudica interpolato da *quod si quis* alla fine e rigetta la *reductio ad absurdum*).

decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

Alcuni giudici, quando la trattazione della causa è già avviata, se non conclusa (*causa audita*), adducono fondate ragioni di esonero dal procedimento (*excusatos esse*) e vengono sostituiti (*alios esse sumptos*). Il giurista chiede se il mutamento di singoli giudici (*singulorum iudicium mutatio*) renda diverso il collegio (*aliud iudicium fecisset*). La risposta è negativa: il collegio rimane identico (*idem quod antea fuisset permanere*) non solo se il mutamento è parziale, ma quand'anche fosse totale (*non modo ..., sed et si omnes iudices mutati essent*). Tralascio di soffermarmi sull'articolata argomentazione retorico-filosofica che occupa tutta la seconda parte del passo, perché, in questa sede, non interessa<sup>18</sup>.

Dirimente, per giudicare la pertinenza del passo rispetto ai testi di Festo e Paolo, il significato che si attribuisca a *iudicium*: 'processo' – anche nel significato più ristretto di 'formula'–, oppure 'collegio giudicante'<sup>19</sup>. Solo nel primo caso, infatti, le tre fonti presentano una sintonia di contenuto<sup>20</sup>. Anzi, in quell'ottica era scontato l'accostamento dell'espressione *rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere* a quella *idem eum (...) sequi oportet* del frammento di Paolo<sup>21</sup>. Fu di fatto Wlassak a mutare la prospettiva di lettura, collocando il frammento nel contesto di un discorso sulla sostituzione del giudice e individuandovi un'ipotesi di mutamento interno a un tribunale collegiale (*iudicium* nel secondo significato)<sup>22</sup>. Così stando le cose, è evidente che la collocazione del passo

<sup>18</sup> La parte *neque in hoc solum – existimari*, proprio a causa della marcata impronta retorico-filosofica, per molto tempo è stata giudicata non genuina: su questo, cfr., da ultimo, TURELLI 2019, 61 ss. (anche per un ragguaglio bibliografico); 2020, 215 ss., per la discussione di altri aspetti.

<sup>19</sup> Sui significati di *iudicium*, in generale, cfr. *supra*, 7 s.; con riferimento all'accezione di 'collegio giudicante' in questo frammento, cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 296, sv. *iudicium*, n. 5; SAVIGNY 1840, 237 s., 244 nt. a, (= 1888, 241 s., 247 nt. a); ORESTANO 1959, 101; BREONE 1984, 93; ROTH 1999, 174. Sul piano strettamente linguistico, non vanno tuttavia trascurate le cautele evidenziate da MANTOVANI 2010, 14 s. e ntt. 41-43.

<sup>20</sup> La convinzione nasceva con ogni probabilità dalla contiguità *iudicium/eadem res*, che, reiterata nel corpo del frammento, induceva una sorta di concentrazione semantica, quasi si trattasse di un'endiadi, su *eadem res*, intesa come riferimento alla controversia. Da ciò il coinvolgimento del passo alfeniano nelle discussioni intorno alla continuità del processo (*iudicium* nel primo significato segnalato poc'anzi), pur nel mutare del *iudex*, come se il giurista si interrogasse sull'identità della *res*/processo: ZIMMERN 1829, 363, 392 («obgleich übrighens das Judicium dadurch, dass ein neuer Judex eintritt, keine Veränderung erleidet»); RUDORFF 1859, 249 e nt. 30; BETHMANN-HOLLWEG 1865, 462 e nt. 36; KELLER 1827, 141; KELLER 1883, 350 e nt. 811; BUONAMICI 1886, 278; BERTOLINI 1914, 193 ss.

<sup>21</sup> Avvalorata dal rilievo di LENEL 1889, I, 1288 nt. 1 (*supra*, nt. 11).

<sup>22</sup> WLASSAK 1921, 235 («das Gericht»), ma anche 196 nt. 26, 230 nt. 106. Egli non fu il primo, ma mi pare possa attribuirsi a questo autore un più deciso passo nel superare l'altra

a questo punto del discorso non ha più, oggi, la forza di un tempo.

Tuttavia, esso non perde di interesse, sia, su un piano generalissimo, quale testimonianza sostanzialmente coeva alle precedenti (pur con le cautele di cui s'è detto), che permette di avvalorare ulteriormente il dato di una discussione aperta sulla figura del giudice nel processo. Sia, in seconda battuta, perché i temi della continuità della *res in iudicium deducta*, in caso di mutamento di giudice, e della permanenza del tribunale collegiale, in caso di sostituzione di alcuni giudici, ruotano entrambi intorno al quesito dei destini del procedimento in senso lato. Sia, in terza battuta, per il lessico della *quaestio*, estremamente tecnico-giuridico: l'impiego esplicito del termine *mutatio*, il riferimento a *iudices dati*<sup>23</sup>, l'espressione *causa audita*, i verbi *excusare* e *sumere* sono tutti elementi che collocano la situazione in un preciso contesto processuale, quello della valutazione pretoria delle cause di esonero dal *munus iudicandi*, sul quale torneremo più avanti<sup>24</sup>.

Infine, ancora un altro punto di contatto può forse essere rilevato, nel passaggio: *et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere*. Pur nella varietà di proposte ricostruttive del testo, poc'anzi ricordate, il sintagma *rem eandem*, che torna più volte nel testo, ha qui suscitato meno perplessità, al punto che pare, in definitiva, accettabile<sup>25</sup>. Se così fosse, è lecito allora chiedersi quale significato abbia.

La riflessione di Alfeno, non solo in questa prima parte, ma nel complesso dell'intero frammento, si colloca, a mio avviso, sullo sfondo di un'operazione di elaborazione di un lessico e di uno strumentario concettuale, ed è portata avanti con una ricca e solida argomentazione filosofica. Anzi, l'uso retorico degli argomenti filosofici costituirebbe non un ornamento, ma un solido strumento di costruzione del ragionamento giuridico<sup>26</sup>. Egli potrebbe pertanto avere inserito il riferimento a un dato correlato e già assodato – la 'continuità del processo' era forse già stata affrontata ai tempi

---

lettura. Cfr. EISELE 1889, 60; LENEL 1918, 148, che argomenta per la soppressione del primo *eandem rem* proprio sulla base del fatto che qui non si tratta di valutare la permanenza della *res*, ma del *iudicium*: «Es konnte wohl gefragt werden, ob die Veränderung *aliud iudicium*, nicht aber, ob sie *eandem rem* mache»; ripreso alla lettera da SCHULZ 1953, 159 e nt. 1.

<sup>23</sup> Non è chiaro a quale collegio si riferisse il testo originario. Maggiore credito sembra riscuotere l'ipotesi che si trattasse dei *centumviri*: cfr. EISELE 1889, 60; WLASSAK 1921, 196 nt. 26, 230 nt. 106, 235; da ultimo, MANTOVANI 2018, §§ 16-17, ntt. 30-32.

<sup>24</sup> *Infra*, 146 ss.

<sup>25</sup> Ma si ponga mente alla cautela cui invita MANTOVANI 2010, 8 nt. 17, quando segnala che, come Lenel criticava il primo *eandem rem*, giudicandolo ricavato «dal seguito del testo stesso», altrettanto potrebbe dirsi di questa locuzione, che potrebbe essere stata «ricavata dal seguito *neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur*»; per non dire del fatto che la locuzione è «facilmente suggerita dall'uso tipico di *eadem res* a indicare il rapporto fra giudizi».

<sup>26</sup> Non mi soffermo sulle ragioni a sostegno di tale conclusione, per le quali mi permetto di rinviare a TURELLI 2019, spec. 89.

del suo maestro Servio, come abbiamo visto poco fa –, come a dire: ‘nel mutare dei giudici restano identici sia il processo sia il collegio’. La sua attenzione, a questo punto, si sarebbe però concentrata sul tema del collegio, che era quanto gli interessava in questa sede. Il primo riferimento resterebbe invece sullo sfondo, apparentemente incidentale, pur senza esserlo, in quanto elemento già noto del dibattito giuridico, cui Alfeno si appoggerebbe, quale ausilio argomentativo, e dal quale muoverebbe per inoltrarsi poi nella riflessione sulla natura del collegio giudicante. Se tale lettura potesse accogliersi, allora si manterrebbe – pur se a un livello di minore intensità – la connessione coi documenti di Festo e Paolo: la linea della continuità del processo, attraverso la *mutatio iudicis*, li percorrerebbe tutti e tre, benché il taglio del discorso sia, di volta in volta, diverso.

Del resto, se il tema è quello della continuità del collegio giudicante, ciò depone, anche solo indirettamente, in direzione della continuità del processo anche in occasione di una sostituzione parziale (quella di cui tratta la *quaestio*). Mi parrebbe difficile affermare che il collegio rimanesse il medesimo, ove la sostituzione implicasse un rinnovo della causa o anche solo un nuovo *iussum iudicandi* che rinominasse il collegio. In tal caso, pur nella identità fisica di alcuni giudici (quelli non sostituiti), dovrebbe comunque dirsi che il collegio è formalmente e giuridicamente ‘altro’.

Un più rilevante valore indiziario potrebbe essere offerto da un frammento ulpiano:

Ulp. 1 *de off. cons.* D.5.1.32, L. 2048: Si iudex, cui certa tempora praestita erant, decesserit et alius in locum eius datus fuerit, tanta ex integro tempora in persona eius praestituta intellegemus, quamvis [magistratus] <consul> nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen ut [legitimum tempus] <imperii annum><sup>27</sup> non excedat.

In caso di decesso di un giudice cui fosse stato fissato un tempo per decidere, al successore va concesso integralmente il medesimo arco di tempo (*tanta ex integro tempora in persona eius praestituta*), anche ove ciò non sia stato esplicitamente stabilito dal magistrato nella nuova nomina, a condizione che non venga superato il termine massimo fissato per legge (*legitimum tempus non excedat*).

Il tema della sostituzione del giudice deceduto è già stato affrontato in Paul. 14 *ad Sab.* D.5.1.60, L. 1865, discusso poc’anzi, ma mentre là il punto era la continuazione del processo, qui l’attenzione è focalizzata su un aspetto procedurale, ovvero il rapporto tra il tempo concesso al singolo giudice e quello complessivo entro cui il procedimento va concluso.

<sup>27</sup> La correzione è proposta in forma dubitativa da LENEL 1889, II, 951 nt. 3.

A parte alcuni dubbi sul testo<sup>28</sup>, un dato va preliminarmente evidenziato e riguarda la forma di processo cui Ulpiano si riferisce. Se possiamo considerare maggioritaria la dottrina che, nel solco di Keller, riconduce la fonte al processo formulare – e ha interpretato il riferimento al *legitimum tempus* nel senso dei diciotto mesi fissati dalla *lex Iulia*<sup>29</sup> –, vanno senz'altro segnalate – per l'autorevolezza dei proponenti – alcune voci che, invece, propendono per la *cognitio extra ordinem*: Koschaker e Wlassak<sup>30</sup>. Ciò non vale ad escludere il frammento dalla discussione, ma quale invito alla cautela nell'attribuirgli un peso più o meno rilevante.

È chiaro che la prima opzione (il contesto formulare), che in questa sede accogliamo, offre un significativo contributo al problema in discussione. Se si colloca il testo sullo sfondo della correlazione tra *litis contestatio* e decorso del tempo *ex lege Iulia*, esso evidentemente assume peso fondamentale a favore della piena continuità del processo e dell'assenza di una nuova *litis contestatio*. Preso alla lettera, avrebbe un inequivoco significato rispetto al quesito posto, confermando che non vi dovesse essere alcun rinnovo della *litis contestatio*, giacché, ove così fosse stato, il *tempus legitimum* avrebbe ricominciato a scorrere dall'inizio.

---

<sup>28</sup> Cfr. LEVY-RABEL 1929, 68; 1929b, 86: nel complesso, con varianti e distinguo, i dubbi cadono sulla parte finale, da *quamvis* in poi.

<sup>29</sup> KELLER 1827, 139 ss.; 1883, 227, 348; ZIMMERN 1829, 391 nt. 4, 392 nt. 8; BETHMANN-HOLLWEG 1865, 108 nt. 68, 109 nt. 77, 462 nt. 35; BUONAMICI 1886, I, 329 nt. 6; DE RUGGIERO 1905, 174 (in forma dubitativa); SAMTER 1911, 130 (131) nt. 1 (il ragionamento è completato col rinvio a 116 nt. 1); BERTOLINI 1914, 196 e nt. 3, il quale registra l'opinione a favore della procedura straordinaria, ma conclude nel senso che «nel concetto suo generale questo passo può valere anche per il procedimento ordinario formulare». In tempi più recenti, tale lettura è recepita o almeno presupposta in BROGGINI 1959, 325 nt. 45; KRAFFT 1980, 266; MANTOVANI 2010, 12 nt. 34; TURELLI 2019, 78 s. Sul termine di diciotto mesi fissato dalla *lex Iulia* (Gai. 4.104), il cui decorso inizia dalla *litis contestatio*, cfr. per tutti KASER-HACKL 1996, 162, 352.

<sup>30</sup> KOSCHAKER 1905, 27 e nt. 1, assume tutto sommato un atteggiamento di apertura: segnala il frammento come riferito alla *cognitio*, ma quando, discutendo l'opinione di Keller, puntualizza la possibilità di una interpolazione del testo, chiosa infine: «In diesem Falle wäre die Stelle auf das Kognitionsverfahren zu beziehen und würde nur besagen, dass der konsul über di Zeit seines Amtsjahres hinaus keinen iudex delegieren dürfe» (315 nt. 2, che si rifa al rilievo di LENEL 1889, II, 951 nt. 3). La scelta del modo verbale condizionale mi sembra indizio di una opzione non nettamente esclusa. È ferma invece la posizione di WLASSAK 1921, 61 s., che, accanto alle ragioni testuali (relative ai termini *magistratus* e *nominatim*), segnala due profili di merito. Il primo è il titolo dell'opera ulpiana da cui il testo è stato estrapolato, *de officio consulis*, indizio sicuro che il contesto sia quello del processo cognitorio (sull'omonima opera di Ulpiano, cfr. DELL'ORO 1960, 31 ss., spec. 34 sul passo in esame). Il secondo è legato al contenuto: Wlassak riconosce fondati i rilievi già espressi nella tradizione romanistica circa la natura compilatoria della chiusa (*ita – excedat*) e condivide, quale elemento di chiarificazione, il richiamo a una costituzione giustiniana [C.3.1.13.8a (Iustinianus, a. 530)] in cui si fissa il termine di durata massima dei processi. In tal caso è evidente che il frammento in esame non presenterebbe utilità alcuna in questa sede. Significativa l'adesione di KASER-HACKL 1996, 354 nt. 37, 462 nt. 20.

Al contempo, esso, sia pure indirettamente, suggerisce che il pretore dovesse formalizzare in qualche modo le indicazioni al nuovo *iudex*<sup>31</sup>. La *mutatio*, in altre parole, difficilmente poteva risolversi nel solo cambio di nome nella *formula*. Il procedimento doveva essere, nei fatti, più articolato.

Sintetizzando gli esiti delle fonti sinora discusse, la continuità del processo sembra, nel complesso, fuori discussione. Il giudice, quando necessario (sulle *causae* di *mutatio*, diverse dal decesso, torneremo nei paragrafi seguenti), viene sostituito ad opera del pretore e ciò non intacca la *res in iudicium deducta*.

L'esito può venire indirettamente rafforzato dall'esame di un frammento che, secondo alcuni, deporrebbe invece nel senso dell'intervento della *restitutio in integrum* in caso di sostituzione del giudice. Se così fosse, con ogni evidenza, il risultato sul quale ci siamo appena attestati verrebbe incrinato.

È un passo di Papiniano:

Papin. 2 *resp.* D.27.7.6, L. 420: Pupillus contra tutores eorumque fideiussores iudicem accepit: iudice defuncto, priusquam ad eum iretur, contra solos fideiussores alter iudex datus est. Officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint et administratio non dispar, sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Un pupillo aveva accettato (*accepit*)<sup>32</sup> la nomina di un *iudex* in una causa contro tutori e fideiussori (o *sponsores*)<sup>33</sup>, ma, deceduto il giudice, il sostituto era stato nominato soltanto contro i fideiussori. Tuttavia, secondo l'opinione del giurista, rientra nell'*officium* di chi conosce della causa – ove i tutori siano solvibili e l'amministrazione non sia stata diversificata, ovvero essi abbiano gerito *simul* – ammettere il calcolo della porzione di ciascuno facendo riferimento alla persona del tutore<sup>34</sup>.

Sul testo si addensano vari sospetti di rimaneggiamenti, ma il profilo

<sup>31</sup> Poteva trattarsi di un nuovo *iussum iudicandi*, secondo MANTOVANI 2010, 12 nt. 34.

<sup>32</sup> *Accipere* indicherebbe un atto di sottomissione, non di volontà, secondo SOLAZZI 1929, 261 nt. 1, ma, in particolare su *accipere iudicium*, cfr., per tutti, PUGLIESE 1953, 363 ss.

<sup>33</sup> Cfr. VOCI 1969 325 nt. 46, ove altra bibliografia. La figura dei *fideiussores* è quella maggiormente oggetto di critica, preferendo alcuni la lezione *tutores* (cfr. LEVY-RABEL 1929, 168 *ad l.*). SOLAZZI 1929, 256 ss. argomenta a favore di *sponsores* e affronta altresì (257 ss.) i problemi dell'effettiva possibilità di convenire più garanti e della correlazione tra responsabilità di questi e solvibilità dei tutori. Una soluzione limpida è proposta da VOCI 1969, 314 ss., come accennato *infra*, nt. 39.

<sup>34</sup> Maggiori dettagli in VOCI 1969, 324 ss. Nel merito, il testo presenterebbe un contrasto con Papin. 12 *quaest.* D.46.6.12, L. 205: lo registrano KELLER 1827, 570 s. e nt. 17 (che lascia aperto il dubbio) e SOLAZZI 1929, 258 ss. (che attribuisce la contraddizione al rifacimento di D.27.7.6 in sede compilatoria, senza soffermarsi oltre).

che a noi interessa non sembra messo in discussione<sup>35</sup>. La nostra attenzione si concentra, infatti, sulla prima frase: si tratta di comprendere se il poco che viene detto in merito alla nomina di un nuovo giudice possa offrire elementi rilevanti. Alcuni studiosi sono convinti che esso dimostri l'intervento di una *restitutio in integrum* per procedere alla *mutatio iudicis*<sup>36</sup>, benché l'ipotesi sia oggi decisamente minoritaria<sup>37</sup>. Non si vedrebbe, altrimenti, come dalla sostituzione di un giudice deceduto potrebbe derivare un'azione rivolta soltanto contro alcune delle parti previste in un primo momento. Il ragionamento appare corretto e, a prima vista, condivisibile. Alcuni elementi che riguardano la problematica centrale del testo, tuttavia, possono offrire spunti per una lettura diversa: l'attenzione del giurista è volta all'ambito di estensione dell'*officium cognoscentis* o forse al tema del *beneficium divisionis* in relazione alla solvibilità dei tutori<sup>38</sup>. In ogni caso, non al mutamento del giudice, che si presenta invece quale dato acquisito della fattispecie. Gli esiti di una lettura più accurata, però, possono tornare utili anche rispetto alla *mutatio iudicis*.

Per un verso – come ha rilevato Voci –, il passo presenta alcune criticità, che avrebbero condotto a interpretazioni erronee. La stessa ricostruzione della *quaestio* si presenta non facile e impone alcune integrazioni per via logica: senza entrare nei dettagli<sup>39</sup>, ciò significa che il quadro manca di parecchi elementi, il che dovrebbe invitare alla cautela, quando si voglia impiegare il frammento quale argomento in discussioni attinenti a tematiche marginali rispetto al contenuto principale.

---

<sup>35</sup> Cfr. SOLAZZI 1913, 51; 1929, 263; inoltre LEVY-RABEL 1929, 168 *ad l.*; LUZZATTO 1965, 74 nt. 42; VOCI 1969, 324 nt. 44. I dubbi riguardano, essenzialmente, la sostituzione con *fideiussores* dell'originale *sponsores*, come segnalato poc'anzi.

<sup>36</sup> LEVY 1916, 80 nt. 6; VOCI 1969, 326 nt. 52, che adduce due argomenti. Uno di natura logica, quando osserva che «una *restitutio* in esso è presupposta», non essendo possibile impostare una seconda volta il giudizio, escludendo alcune persone presenti nella prima versione, «con una sola *litis contestatio*». L'altro fondato sulla *sedes materiae*: «Per l'intercorrere di una *restitutio* prova la *sedes* del responso, tolto, come si è detto, da un contesto in tema di *restitutio*». Ma tale precedente affermazione cui l'a. rinvia (325 e nt. 45) poggia solo sulla scelta compiuta da Lenel, altamente autorevole, ma tuttavia non conclusiva.

<sup>37</sup> Cfr., per bibliografia, KASER-HACKL 1996, 354 nt. 36. VOCI 1969, 326 nt. 52, registrava la posizione di Kaser (e della dottrina da lui citata) nella prima edizione del *Römische Zivilprozessrecht*, ma rilevava che il testo in esame non è considerato. Nella seconda edizione, edita nel 1996, la lacuna è colmata: il passo è citato a p. 354 nt. 37, ma semplicemente tra gli esempi di situazioni da cui sarebbe scaturita la *mutatio iudicis*, senza entrarvi nel merito.

<sup>38</sup> VOCI 1969, 327.

<sup>39</sup> VOCI 1969, 327. Lo studioso ipotizza la situazione di un minore che, finita la tutela, venga in giudizio insieme tutori e garanti, considerando sia l'opzione del processo formulare sia quella della *cognitio*. Ritiene inoltre che le fideiussioni fossero collegate a *causae* separate, che – in caso di processo formulare – ciascun tutore fosse convenuto col proprio garante, ma che tutti fossero mandati dinanzi al medesimo giudice. Infine, il processo formulare avrebbe implicato «adattamenti formali» (VOCI 1969, 325 nt. 50) non necessari per il processo cognitorio, ove la convenibilità *apud eundem iudicem* sarebbe ammessa.

Per altro verso, il frammento troverebbe elementi di chiarimento in un rescritto di Alessandro Severo, ove si stabilisce l'impossibilità di agire, *in solidum* e al contempo, contro tutori, curatori (o eredi di questi) e i loro garanti, mentre è ammissibile agire per l'intero, a scelta, contro gli uni o gli altri, oppure dividere l'azione<sup>40</sup>. Alla luce di tale disciplina, il passo di Papiniano appare chiaramente disallineato al piano normativo generale, nel momento in cui presenta un giudizio avviato contro tutori e fideiussori insieme, contravvenendo dunque al rescritto.

Nella lettura di Solazzi – questo il punto di interesse per noi –, con l'occasione della seconda *datio iudicis*, l'azione si sarebbe concentrata sui soli fideiussori, per superare la precedente inosservanza della norma<sup>41</sup>. L'operazione sarebbe stata compiuta mediante *restitutio in integrum* ed è comprensibile che da questo si sia fatta discendere, quale conseguenza, la necessità che, in ogni caso, la *mutatio iudicis* si compisse mediante lo strumento restitutorio. Tuttavia, se non vi sono elementi a favore di una validità generale di tale conclusione (che anzi si scontra con gli indizi di segno opposto fin qui raccolti), il contesto specifico non esclude che la ragione della (eventuale) *restitutio in integrum* possa ravvisarsi nella volontà di rimediare a un errore (sia pure approfittando del decesso del giudice), non nella *mutatio iudicis*.

Il punto della corretta interpretazione del passo non appare risolvibile. In questa sede non è però necessario ricercare la soluzione definitiva, essendo sufficiente prendere atto dell'impossibilità di addurre il responso di Papiniano quale prova della 'necessità' di una *restitutio in integrum* per attuare la *mutatio iudicis*<sup>42</sup>.

Un'ultima osservazione, di natura testuale.

Si è detto poco fa che la nomina del (secondo) giudice contro alcune soltanto delle parti originarie è parte del fatto (*Pupillus contra – datus est*) da cui scaturiscono la *quaestio* (che è inespressa, ma desumibile dalla so-

---

<sup>40</sup> C.5.57.1 (Alexander Severus, a. 224): *Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus heredibusve eorum an cum his, qui pro eis se obligaverunt, agere debeas vel, si ita malis, dividere actionem. Nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.* Sul passo, cfr. SEGRÈ 1934, 523.

<sup>41</sup> SOLAZZI 1913, 60; anche 1929, 263, ove sostiene trattarsi di processo *extra ordinem* (elemento indiziario sarebbe proprio il venire meno di alcuni litisconsorti originari), argomentando che, in sede formulare, «morto il giudice, sarebbe stata necessaria la *translatio* e, in qualunque maniera fosse dal diritto classico attuata, il nuovo giudice avrebbe dovuto essere investito del potere di giudicare contro tutte le parti in causa». L'opzione della *cognitio* discendeva dalla tesi – da alcuni un tempo sostenuta – dell'incompatibilità del litisconsorzio necessario in sede formulare, ammesso invece *extra ordinem*: cfr. KASER-HACKL 1996, 208 e nt. 37, dove invece si propende per la compatibilità.

<sup>42</sup> Non dovrebbe, d'altro canto, preoccupare la possibilità di una pluralità di soluzioni diverse, legate alla peculiarità delle situazioni o ad approcci diversi al medesimo problema, come si è registrato, ad esempio, in merito all'alternativa *absolutio/translatio*: *supra*, 91 ss.

luzione proposta) e il *responsum* (*Officio – tutorum*). Tuttavia, proprio la *quaestio* presenta un dato peculiare: l'incidentale *priusquam ad eum iretur*<sup>43</sup>. L'ipotesi è ben definita: l'errore nella *datio* del nuovo *iudex* è commesso in un caso nel quale il decesso ha avuto luogo 'prima' che le parti si presentassero davanti al giudice originario.

L'incidentale implica un riferimento all'intervallo di tempo intercorrente tra la *litis contestatio* e la presentazione delle parti al giudice: evoca in effetti l'altra, molto simile, impiegata da Gaio per definire il *dies comperendinus*, ovvero il giorno *ut ad iudicem venirent*<sup>44</sup>. Se così è, ci si riferisce a un momento preciso, quasi un momento di stallo all'interno dello svolgimento del processo, prima della *causae coniectio*<sup>45</sup>. Salvo non sia meramente esornativa, essa fissa una correlazione tra gli elementi della fattispecie, come se la *datio iudicis* contro i soli fideiussori fosse in qualche modo legata al fatto che il giudice precedente era deceduto 'prima che le parti si presentassero davanti a lui'.

Ci muoviamo, com'è evidente, sul piano delle congetture (quasi delle suggestioni), ma volendo attribuire un significato alla frase nel suo complesso, si potrebbe leggersi un'allusione al fatto che, in una simile ipotesi, fosse ammissibile una modificazione senza attivare la *mutatio iudicis* (che, alla luce delle informazioni raccolte, avrebbe comportato la conservazione dell'*eadem res*, senza dunque possibilità di modificazione delle parti), poiché non inficiava il percorso procedurale *apud iudicem*, per la semplice ragione che davanti al giudice non ci si era ancora presentati. Non saprei dire se ciò significasse o meno il ricorso alla *restitutio in integrum*. Il processo, in certa misura, avrebbe potuto essere considerato non ancora pienamente incardinato – se possiamo usare un'espressione moderna –, permettendo una soluzione – eminentemente pratica, mi rendo conto – con la quale si attuava anche la correzione dell'errore commesso inizialmente.

Sul tema dell'avvio della causa davanti al giudice, torneremo più avanti<sup>46</sup>. Per ora, possiamo chiudere la riflessione sul passo di Papiniano registrando, quale risultato minimo, la seria difficoltà nel fondarvi la tesi che la *mutatio iudicis* si realizzasse mediante *restitutio in integrum*.

---

<sup>43</sup> ERXLEBEN 2017, 263 ntt. 4 e 10, rileva il passaggio come dato di collocazione temporale della nuova *datio*, ma senza commentarlo.

<sup>44</sup> Gai 4.15: *Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breve coactio*. Dopo la scoperta della *lex Irnitana*, il tema si è intrecciato con quello sul significato dell'*intertium*: cfr. LAMBERTI 1993, 185 ss.; KASER-HACKL 1996, 355 ss.; METZGER 1997, 77 ss.

<sup>45</sup> Cfr. per un quadro generale, WLISSAK 1900b, 882 ss.; da ultimo METZGER 1997, 109 s., ove altra bibliografia.

<sup>46</sup> *Infra*, 152 ss.

Proseguendo il discorso, altri due argomenti potenzialmente critici vanno presi in esame.

Uno riguarda il rapporto tra *iudicis nominatio* e *formula*: nello specifico, «se nella *formula* (concreta) comparisse effettivamente il nome del giudice»<sup>47</sup>. L'altro attiene al rapporto tra *iussum iudicandi* e *dare iudicium*. Rispetto al tema della presente ricerca, non sono, in fondo, che due facce della medesima medaglia, avente ad oggetto la possibilità o meno di separare la nomina del giudice dall'intesa tra le parti e, in definitiva, dalla *formula*, con la conseguenza di rendere la *mutatio iudicis* un atto compiuto dal pretore in autonomia e soprattutto privo di ripercussioni sulla *litis contestatio*.

Quanto al primo problema, è oggi superato, nel senso di ritenere che la *iudicis nominatio* fosse compresa nella *formula* e l'indicazione concreta del giudice ne facesse parte<sup>48</sup>. Tuttavia, vi accenniamo qui brevemente, perché va tenuta presente la discussione del passato al fine di valutare le elaborazioni coeve<sup>49</sup>.

Possiamo seguire cursoriamente il ragionamento svolto da Pugliese, a favore del superamento di quella vecchia concezione. Una delle più risalenti testimonianze, benché meramente indiziaria, proviene da Cicerone:

Cic. *Verr.* 2.2.17.42: Interea sane perturbatus et ipse et eius amici et consiliarii moleste ferre coeperunt Heraclium profugisse; putabant absentis damnationem, praesertim tantae pecuniae, multo invidiosiore fore quam si praesens damnatus esset. Eo accedebat quod iudices e lege Rupilia dati non erant; multo etiam rem turpiorem fore et iniquiorem visum iri intellegebant. Itaque hoc dum corrigere vult, apertior eius cupiditas improbitasque facta est. Nam illis quinque iudicibus uti se negat; iubet, id quod initio lege Rupilia fieri oportuerat, citari Heraclium et eos qui dicam scripserant; ait se iudices ex lege velle sortiri. Quod ab eo pridie, cum multis lacrimis cum oraret atque obsecraret, Heraclius impetrare non potuerat, id ei postridie venit in mentem, ex lege Rupilia sortiri dicas oportere. Educit ex urna tris; bis ut absentem Heraclium condemnent imperat; itaque condemnant.

Cicerone segnala la vicenda di Eraclio, ai danni del quale Verre avrebbe tramato per deprederne il patrimonio. Avviato pretestuosamente un processo a tal fine, Verre nomina i giudici senza ottemperare alle regole poste dalla *lex Rupilia*<sup>50</sup>. Tuttavia, la fuga di Eraclio suscita apprensione tra Verre e i suoi sodali, poiché – secondo la ricostruzione ciceroniana – una condanna

<sup>47</sup> CANNATA 1982, 73.

<sup>48</sup> Cfr. *ex multis* PUGLIESE 1963, 235, 239; CANNATA 1982, 72 s.; KASER-HACKL 1996, 286; MANTOVANI 1999, 25. Contrario METZGER 1997, 74 s.

<sup>49</sup> Esempio, per l'articolata e accurata ricostruzione della problematica, la posizione di MAZEAUD 1933, 133 ss.

<sup>50</sup> Cfr. ROTONDI 1912, 489; KASER-HACKL 1996, 167 s.

già ingiusta assumerebbe contorni addirittura scandalosi. Il governatore della Sicilia decide pertanto di rimediare quantomeno alla nomina illegittima dei giudici, estraendone tre a sorte secondo i dettami normativi. L'esito della condanna è comunque scontato, ma, in qualche modo, la forma è salvata.

Osserva Pugliese che «evidentemente in questo caso la nomina dei giudici non era subordinata a una successiva *litis contestatio*, poiché altrimenti essa non sarebbe stata possibile nell'assenza del convenuto»<sup>51</sup>. Va del pari esclusa – prosegue lo studioso<sup>52</sup> – l'opzione di processi nei quali si prescindesse del tutto dalla *litis contestatio*, alla luce di un episodio narrato poco dopo, che ha per protagonista un certo Epicrate:

Cic. Verr. 2.2.23.55: Res occultari satis non potuit; per quendam eorum qui interfuerant fit Epicrates certior. Primo contemnere et neglegere coepit, quod causa prorsus quod disputari posset nihil habebat. Deinde cum de Heraclio cogitaret et istius libidinem nosset, commodissimum putavit esse de provincia clam abire; itaque fecit; profectus est Regium. Quod ubi auditum est, aestuare illi qui pecuniam dederant, putare nihil agi posse absente Epicrate; nam Heraclius tamen adfuerat, cum primo sunt dati iudices; de hoc qui, antequam aditum in ius esset, antequam mentio denique controversiae facta esset ulla, discessisset, putabant nihil agi posse. Homines Regium proficiscuntur; Epicratem conveniunt; demonstrant, id quod ille sciebat, se HS LXXX dedisse; rogant eum ut sibi id quod ab ipsis abisset pecuniae curet, ab sese caveat quem ad modum velit, de illa hereditate cum Epicrate neminem esse acturum.

L'operazione perpetrata da Verre è identica a quella attuata contro Eraclio, ma Epicrate, forte di quel precedente, si allontana dalla propria città prima che il processo abbia inizio. Ciò getta in agitazione coloro che avevano già versato agli amici di Verre il denaro che avrebbe dovuto costituire il prezzo per l'illecito che si andava attuando: costoro, infatti, sanno che l'assenza di Epicrate prima che si fosse avviata l'azione (*antequam aditum in ius esset*), avrebbe reso impossibile intraprendere qualunque iniziativa giudiziaria. Diverso era stato il caso di Eraclio, che era stato presente almeno alla prima nomina dei giudici (*nam Heraclius tamen adfuerat, cum primo sunt dati iudices*).

Il dato saliente è proprio l'esclusione della possibilità di agire in giudizio contro un assente. La precisazione che nel caso precedente solo la seconda *sortitio* avvenne in contumacia, mentre alla prima il convenuto era stato presente, e che per questo motivo, nel caso attuale, qualunque azione fosse invece preclusa, suggerisce che nella vicenda di Eraclio «si era fatta probabilmente la *litis contestatio*»<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> PUGLIESE 1963, 249. Di recente MAGANZANI 2007, 24 nt. 60, si è espressa nella medesima direzione, ipotizzando che per la nomina dei nuovi giudici fosse sufficiente un decreto del titolare della *iurisdictio*.

<sup>52</sup> PUGLIESE 1963, 249 s.

<sup>53</sup> PUGLIESE 1963, 249.

Ferme le perplessità di cui sopra, nel passaggio in esame il riferimento potrebbe alludere a una regola generale, anche se il *tamen* la indebolisce (*nam Heraclius tamen adfuerat*): se infatti vi fosse stata la pacifica possibilità di una sostituzione dei giudici in assenza (di una) delle parti, non avrebbe senso l'impiego dell'avverbio. La sfumatura avversativo-concessiva che esso introduce nel discorso suggerisce, invece, che la presenza all'avvio del procedimento non sarebbe stata sufficiente, ma che era comunque un elemento rilevante: che 'almeno' il processo era stato incardinato correttamente<sup>54</sup>. Come a dire: la procedura fu irrituale, ma almeno alla prima nomina fu presente. Nel caso di Epicrate invece, nemmeno questo.

Precisiamo: quanto si sta dicendo depone certamente a favore della necessaria presenza della *litis contestatio* per l'apertura del processo; depone altresì a favore della possibilità che la sostituzione dei giudici prescindesse da una nuova *litis contestatio*. Ma il contesto è tale per cui non è possibile dire se essa non fosse necessaria o se, in un caso come il presente, la si fosse evitata. Né possiamo concludere in merito al ruolo delle parti nella *mutatio iudicis*: la situazione induce ad escluderlo, ma non è chiaro se fosse regola o se si trattasse dell'ennesimo abuso di Verre<sup>55</sup>. È certo soltanto che l'impiego di *tamen* lascia intendere che la soluzione adottata non fosse del tutto regolare.

La peculiarità della situazione concreta non è sfuggita appunto a Pugliese, il quale, inoltre, invita a considerare la possibile presenza di regole particolari nel processo formulare provinciale<sup>56</sup>. Tra queste non esclude l'opzione di una nomina successiva, come potrebbe attestare:

Paul. 17 *Plaut.* D.5.1.28.4, L. 1231: Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.

Il paragrafo, tratto da un più lungo frammento in materia di disciplina relativa ai *legati*, fissa per costoro la possibilità di avviare il processo a Roma – così da evitare l'estinzione dell'azione – salvo poi consentire la prosecuzione del processo in provincia, in ossequio allo *ius domum re-*

<sup>54</sup> Cfr. CALONGHI 1989, 2697 s.v. *tamen*; la traduzione di FIOCCHI 2017, 407: «Eraclio infatti almeno alla prima assegnazione dei giudici era stato presente».

<sup>55</sup> Peraltro, a volersi soffermare sulla situazione concreta e sul lessico impiegato, va rilevato che, considerando inoltre che i primi giudici furono selezionati *contra legem*, è forse inappropriato parlare di *mutatio iudicis*. Inoltre si dice soltanto che Verre *uti se negat*, non che intese sostituirli. A questo si lega un terzo rilievo, correlato alla mancanza (verrebbe da dire: ovvia, in questo caso) di una *causae cognitio* sulle ragioni della sostituzione.

<sup>56</sup> PUGLIESE 1963, 250, pone l'accento sul punto di arrivo storico, che vide il processo formulare delle province trasformato «in una specie di *cognitio*». Il passo (insieme a Mac. 1 *off. praes.* D.1.18.16, L. 52) attesterebbe altresì, secondo PUGLIESE 1953, 367, la distinzione tra *iudicium dare* e *litem contestari* e, in particolare, che il primo è «presupposto» del secondo.

*vocandi* riconosciuto in via generale agli ambasciatori<sup>57</sup>.

Il documento si presta a letture diverse, persino contrapposte, che, per il fatto di aspirare ad esse generalizzanti e sistematiche, non evitano punti deboli e non sciolgono tutti i dubbi<sup>58</sup>. Pugliese contrappone ad esse una terza spiegazione, che colloca il frammento entro una prospettiva casistica, considerandolo un «semplice espediente» per conciliare le opposte esigenze che, in quella specifica fattispecie (ancorché non nel senso di caso concreto, ma in quello di situazione ripetibile e tuttavia peculiare), si presentavano<sup>59</sup>. Il passaggio *ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur* segnalerebbe appunto un adattamento disposto all'occasione<sup>60</sup>. Aggiungerei che, in effetti, anche il subordinato del decreto (*debet*) di *dare iudicium* alla *causae cognitio*, suggerisce con forza che siamo in presenza di una possibilità che il pretore aveva e poteva valutare, non di una regola generale e cogente.

Non è dunque possibile, come Pugliese ha chiarito in modo convincente, addurre questi testi a favore del fatto che la materiale individuazione del giudice seguisse la *litis contestatio*, consentendo, pertanto, che l'eventuale *mutatio iudicis* avvenisse con un atto indipendente da essa.

Quanto al secondo problema – relativo allo *iussum iudicandi* –, più delicato è il profilo della procedura che la sostituzione avrebbe comportato.

Quando si assuma che la *iudicis nominatio* fosse parte della *formula*, evidentemente non è possibile ipotizzare un intervento su quella parte senza che venga intaccata questa. Come noto, nella sua ampia ricerca sullo *Judikationsbefehl*, Wlassak ha teorizzato l'autonomia dello *iussum iudicandi* dal decreto di *dare iudicium*, contenente la *formula*<sup>61</sup>. Ciò avrebbe consentito, quanto alla *mutatio iudicis*, una soluzione lineare: se si fosse trattato di due decreti autonomi, la modifica avrebbe colpito il primo – con un semplice intervento del pretore –, lasciando intatto il secondo.

<sup>57</sup> Cfr. KASER-HACKL 1996, 245 e nt. 26.

<sup>58</sup> Le ricorda lo stesso PUGLIESE 1963, 251. Si tratta della lettura di LENEL 1903, 337 ss. (ribadita nella recensione al volume di Wlassak: LENEL 1922, 570), il quale sostiene, anche alla luce di questo frammento, che *litis contestatio* e *addictio iudicis* fossero atti distinti (340) e pertanto la nomina potesse senza problemi avvenire anche in un secondo momento. All'opposto WLASSAK 1921, 259 ss., ritiene che la nomina avvenisse senz'altro a Roma, ma che lo *iussum iudicandi* fosse emanato in provincia.

<sup>59</sup> PUGLIESE 1963, 251 s. Un cenno anche a p. 156, in materia di competenza per territorio.

<sup>60</sup> PUGLIESE 1963, 252.

<sup>61</sup> WLASSAK 1921, spec. 244 ss. (ma v. già 25 ss., dove adduce la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, che, in più luoghi, conterrebbe riferimenti al *iudicare iubere* come atto indipendente). Cfr. la limpida sintesi di CARRELLI 1946, 122 ss.; inoltre: MAZEAUD 1933, 129 ss.; BONIFACIO 1952, 51 ss.; BROGGINI 1957, 54 ss.; LEMOSSE 1969, 291 ss.; PUGLIESE 1963, 252; GUARINO 1990, 307 ss.; TALAMANCA 1990, 332, il quale nega l'esistenza di un provvedimento espresso e considera il *iudicare iubere* «un effetto di un complesso procedimento, non un elemento di struttura». Sulla *lex Rubria*, cfr. ROTONDI 1912, 494 s.; KASER-HACKL 1996, 177 s.; per una recente panoramica della letteratura, MAININO 2012, 13 ss.

In ogni caso, lo studioso ha sostenuto la necessità di una *praescriptio* che desse notizia della sostituzione e chiarisse alle parti che avrebbero agito nuovamente solo a scopo di *translatio* o *mutatio*<sup>62</sup>. Tuttavia, a parte il fatto che di una simile *praescriptio* non vi è traccia, la costruzione appare comunque complicata: giacché si finisce con l'ammettere che una nuova *litis contestatio* vi fosse, ancorché finalizzata all'accettazione di una *formula* modificata e non propriamente nuova, come Wlassak tiene a precisare altrove<sup>63</sup>. Ma, anche tralasciando la soluzione della *praescriptio* – sulla quale, in generale, tornerò più avanti<sup>64</sup> – non mancano i problemi<sup>65</sup>.

Vero che, nel frattempo, la scoperta delle *tabulae Pompeianae* ha consentito il recupero di un elemento importante:

*TPSulp* 31 (=TP 34):

TAB. I. Ea res agetur de sponsione.  
C(aius) Blossius Celadus iudex esto;  
si parret C(aium) Marcium Satur[ninum]  
C(aio) Sulpicio Cinnamo HS I) ∞ d[are]  
oportere, q(ua) d(e) r(e) agitur,  
C(aius) Blossius Celadus iudex C(aium)  
Marcium Saturninum HS I) ∞  
C(aio) Sulpicio Cinnamo cond[em]nato;  
si non parret, apsolvito.  
C(aius) Blossius Celadus iudex esto;

TAB. II. [si pa]rret C(aium) Marcium [Sat]urninum  
[C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] HS [((I))] I) ∞∞∞∞  
dare oportere, q(ua) dd(e) [r(e) ag]itur,  
C(aius) Blossius Celadus iude[x] C(aium)  
Marcium Saturninum HS ((I)) ∞∞ ((I))  
[C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] c[o]ndemnato;  
si non parret, apsolvito.  
Iudicare iussit A(ulus) Cossinius Priscus IIvir.  
[Actu]m Puteol[i]s,  
(vacat)  
Fausto Cornelio Sulla [Fel]ice  
Q(uinto) Marcio Barea Sorano co(n)s(ulibus)<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> WLASSAK 1921, 237 s.: «Die Parteien hätten ja unverkennbar erklärt, dass sie bloss zu Translations – oder Mutationszwecken von neuem agieren».

<sup>63</sup> WLASSAK 1921, 61 nt. 4.

<sup>64</sup> *Infra*, 156 ss.

<sup>65</sup> Mi limito a ricordare, in sintesi, le obiezioni di GUARINO 1990, 308 s.: Wlassak ragiona su testi anteriori alla *lex Iulia* del 17 a.C. e, soprattutto, né i *Digesta* né Gaio menzionano il *iudicare iubere*.

<sup>66</sup> Tralascio la *tabula* III, che qui non interessa. Riproduco il testo secondo la ricostruzione di CAMODECA 1999, 97 ss.

Il testo – sul quale è viva l'attenzione della dottrina<sup>67</sup> – ci interessa, in questa sede, per la frase *iudicare iussit A. Cossinius Priscus duovir*, quasi alla fine della *tabula II*<sup>68</sup>. Essa offre una conferma importante dell'autonomia dello *iussum iudicandi*, a maggior ragione quando si consideri – con Santoro – che la frase si riferisce a entrambe le *formulae* conservate nel documento<sup>69</sup>. Non entro nel merito di questo profilo, limitandomi a recepire la lettura di Santoro. Il punto è certamente centrale quanto all'individuazione dell'atto che fonda l'attribuzione di incarico al giudice.

Quanto a ciò che più in dettaglio interessa in questa sede, osservo, però, che, se lo *iussum iudicandi* si estrinsecava nella modalità qui attestata, manca in esso il nome del giudice, che invece è presente nella *iudicis nominatio* in apertura di entrambe le *formulae*. Se anche lo *iussum iudicandi* è un atto autonomo – nel senso che il pretore vi provvede separatamente rispetto al *dare iudicium* –, il nome del giudice compare nella *formula*, che è oggetto di *litis contestatio*. Con il che, se non m'inganno, torniamo al punto di partenza, ovvero all'incertezza sulle modalità di formalizzazione della procedura di sostituzione del giudice e di eventuale modifica della *iudicis nominatio*, con specifico riferimento alla *formula* concreta<sup>70</sup>.

In conclusione, tutti gli elementi discussi nel presente paragrafo – sia quelli a favore, sia quelli potenzialmente critici – conducono, secondo una linea di alta verosimiglianza, verso l'ipotesi che anche la *mutatio iudicis* non potesse operarsi in maniera del tutto autonoma e indipendente, da parte del pretore, rispetto a quanto definito e fissato nella *litis contestatio* tra le parti. Essa presenta, pertanto, la medesima problematica della *translatio iudicii*.

---

<sup>67</sup> La bibliografia è ampia, ma si occupa prevalentemente degli importanti aspetti di merito delle *formulae* o della *praescriptio 'ea res agetur de sponsione'*, così che non è necessario riferirne qui compiutamente. Per un inquadramento, cfr. KUNKEL 1973, 193 ss.; WOLF 1979, 141 ss.; PURPURA 1984, 1245 ss.; SANTORO 1985, 333 ss.; STURM 1999, 89 ss.; SACCOCCIO 2002, 17 ss.; VARVARO 2002, 369 ss.; 2008, 143 ss.; PELLECCHI 2003, 354 ss.

<sup>68</sup> In merito al nome del duoviro, diverso secondo altre edizioni, cfr. KUNKEL 1973, 207 nt. 22; VARVARO 2002, 371 nt. 5.

<sup>69</sup> SANTORO 1985, 3398 ss.; accolto da GUARINO 1990, 309. Già KUNKEL 1973, 207 s., vi lesse una conferma della tesi di Wlassak; mentre secondo WOLF 1979, 154 s., offrirebbe un'indicazione di segno opposto.

<sup>70</sup> Vale la pena tenere presente, se non accogliendola *in toto*, almeno quale elemento di riflessione, la tesi di CARRELLI 1946, spec. 150, che individua nella *formula-iudicium* il nucleo centrale sia del «Dare-dekret» sia dello *iussum iudicandi*, intesa quale atto di «natura ibrida»: «Formalvertrag' e 'Amtsakt' ad un tempo».

### 3. Sostituzione per insania o impedimento d'altro genere

La morte del giudice, di cui s'è discusso nel precedente paragrafo, non è l'unica ipotesi di sostituzione:

Paul. 2 *quaest.* D.5.1.46, L. 1284: *Iudex datus in eodem officio permanet, licet furere coeperit, quia recte ab initio iudex addictus est: sed iudicandi necessitatem morbus soticus remittit. Ergo mutari debet*<sup>71</sup>.

Il giudice che sia stato assegnato rimane al proprio posto anche in caso di *furor*, per il fatto che in principio è stato nominato correttamente. Tuttavia il *morbus soticus* libera dal dovere di giudicare e pertanto il giudice dev'essere sostituito<sup>72</sup>.

Il passo è stato particolarmente studiato da Lanza, il quale registra uno scarto di significato – rispetto a quello, per così dire, primario – nei termini chiave del documento, *furor* e *morbus soticus*: il primo avrebbe in origine indicato un malanno temporaneo, da valutare volta per volta; il secondo, un malanno da cui avrebbe dovuto derivare un rinvio del processo. Si scorgono logiche diverse, ma lo spostamento di significato in direzione di un allineamento semantico dei due termini sarebbe frutto di un'operazione lessicale e concettuale in due fasi.

Il confronto con altri frammenti, nei quali figura un terzo termine, *valetudo*, consentirebbe, secondo lo studioso, di registrare un primo mutamento: Ulpiano impiegherebbe *valetudo* per indicare l'impedimento che conduce alla *remissio*, mentre Paolo porrebbe una distinzione tra *valetudo*, quale causa di *diffissio diei*, e *morbus soticus*, quale causa di *remissio*<sup>73</sup>.

Un secondo passaggio, nel lessico di Paolo, sarebbe consistito nell'assi-

<sup>71</sup> Sulla frase finale *ergo – debet* non mancano censure: cfr. LEVY-RABEL 1929, 87; cenni in SOLAZZI 1929, 261 (262) nt. 3.

<sup>72</sup> SOLAZZI 1929, 261 (262) nt. 3 ritiene che il passo attenga alla *cognitio extra ordinem*. Anche LUZZATTO 1965, 74 nt. 43, pensa che il frammento (insieme a Paul. 17 *ed.* D.5.1.12.2, L. 263, *infra*, nt. 83) si riferisca al *iudex datus* della *cognitio*, ma precisa che i principi ivi enunciati «devono la loro formulazione al processo dell'*ordo*».

<sup>73</sup> Cfr. LANZA 1987, 513. Il confronto è operato con Ulp. 13 *ed.* D.4.8.15, L. 456: *Licet autem praetor dextrae edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita: ut puta si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, aut si aetas aut valetudo quae postea contigit id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum priorum vel profectio arguens aut munus aliquod rei publicae: et ita Labeo; e Paul. 13 *ed.* D.4.8.16 *pr.*, L. 244: *et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. sed in causa valetudinis similibusve causa cognita differre cogitur*. In merito alla qualificazione del *morbus*, da tenere presente – con CARDILLI 1992, 47 ss. – che esso può valere anche quale causa di dispensa dall'inserimento nell'*album iudicum*, oltre che come *excusatio*. Più in generale, sulla confusione rispetto all'esatta definizione della *excusatio*, nascente dal fatto di valutarla «ora da un punto di vista soggettivo ora da un punto di vista oggettivo», cfr. CRIFÒ 1965, 81 ss.*

milazione del *furor* al *morbis sonticus*, in modo da escludere il *furor* da una valutazione discrezionale del pretore, rendendo automatica e necessitata la *mutatio* (*mutari debet*). Peraltro, la «mancanza di distinzione tra *furor* duraturo e *furor* temporaneo» nella prima parte del testo di Paolo, sarebbe da interpretare quale indizio a favore di un impiego del termine nella prima accezione<sup>74</sup>.

Non intendo riaprire la discussione, davvero di lunga data, intorno al significato di *morbis sonticus*<sup>75</sup>. Mi limiterò ad alcune notazioni relativamente al passo in esame, sui profili più strettamente pertinenti.

Un dato da cui muovere è l'inciso sulla *addictio* avvenuta *recte*, che sposta il piano del discorso verso una prospettiva di formalismo e legittimità che difficilmente si coniuga col resto del testo: il giudice rimane *in eodem officio* perché la *addictio* è avvenuta *recte*, senza attribuire rilievo al tipo di *furor*. Un secondo dato è offerto dal rapporto avversativo instaurato da *sed* tra prima e seconda parte del frammento, che difficilmente può essere risolto in termini di continuità e progressivo sviluppo del ragionamento<sup>76</sup>. Ritengo pertanto utile introdurre nella riflessione intorno a questo concetto due prospettive di natura diversa.

La prima è offerta dalla recente ricostruzione della nozione di *morbis sonticus* proposta da Fiori, che, pur non stravolgendo il significato tradizionalmente attribuito all'espressione, né eliminandone la polisemia, mette in luce la radice semantica comune alle varie accezioni. Muovendo dal profilo etimologico, Fiori giunge al confronto tra le due definizioni, celebri e in apparenza contraddittorie, di Giuliano e Giavoleno: la prima individua nel *morbis sonticus* un impedimento all'azione, dunque un'alterazione fisica della persona; la seconda, una malattia che nuoce «al procedimento che coinvolge la persona malata»<sup>77</sup>. L'esito dell'approfondimento conduce a ipotizzare per

---

<sup>74</sup> Cfr. LANZA 1987, 514 (ove altre fonti e bibliografia). Il *furor* sembra ordinariamente connotato da temporaneità dell'instabilità fisica o, per converso, dalla presenza di intervalli di lucidità: cfr. KASER 1971, 278 (anche per fonti e bibliografia); ALBANESE 1979, 537 ss., spec. 543 s.; accoglie invece la tesi dell'origine postclassica dei lucidi *intervalla insaniae* GUARINO 1949, 157, nel solco di LENEL 1923, 227 ss. La problematica è ricostruita in tempi recenti da RIZZELLI 2007, 502 e nt. 20, il quale peraltro a 504 nt. 25 si sofferma sul tema del possibile impiego promiscuo di *furor* e *morbis*. Quanto alla *necessitas*, che trova corrispondenza nel verbo *debeo* subito dopo, WLASSAK 1921, 240 nt. 131, osserva che, se con tali parole il giurista intende affermare che la malattia grave pone fine da sé («von selbst») all'ufficio giudicante, ciò non può considerarsi certo.

<sup>75</sup> La ricostruisce LANZA 1987, spec. 467-515, con indicazione e discussione di fonti e bibliografia.

<sup>76</sup> Diversamente, invece, LANZA 1987, 514 s., il quale prende in considerazione, quanto al valore di *sed*, l'accezione particolare di *autem*, *et*, *atque*, attestata dai linguisti.

<sup>77</sup> FIORI 2018, 83, con riferimento a Iul. 5 dig. D.42.1.60, L. 75: *Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. Respondit: morbus sonticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. Sonticus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. Litiganti porro*

*sonticus* il significato di ‘vero’ «ossia non solo ‘esistente’ ma tale da determinare un giusto impedimento che ‘nuoce’ al procedimento, ossia ‘grave’»<sup>78</sup>.

La seconda prospettiva muove sempre dalla riflessione di Giuliano, considerata però da un diverso punto di vista. *Morbus sonticus* potrebbe assolvere una funzione non descrittiva (definire un tipo di alterazione fisica), bensì strumentale. La registra Brutti: nel frammento giuliano, *morbus sonticus* assurgerebbe a «schema qualificante» che il giurista riduce «al concetto di *impedimentum*»<sup>79</sup>. In questa operazione la categoria verrebbe recuperata proprio per la sua ascendenza alla normazione decemvirale, quale argomento di natura autoritativa<sup>80</sup>.

Ora, è chiaro che non possiamo individuare nel breve frammento di Paolo la natura e lo scopo del ricorso alla nozione di *morbus sonticus*, come invece è stato possibile fare nel caso di Giuliano<sup>81</sup>. Ma la discussione di cui il frammento giuliano dà notizia attesta un procedimento di mutamento nel significato e nell’impiego del concetto, che forse fu recepito da Paolo. Rileviamo, infatti, un impiego di *morbus sonticus* che si discosta dalla nozione decemvirale – ovvero: causa di *diffissio* – e anzi viene contrapposto (*sed*), quale causa di rimozione, al *furor*, che invece lascia chi ne sia affetto nell’ufficio il *iudex* (e, sembra lecito inferirne, avrebbe provocato soltanto un differimento).

Alla luce dei predetti elementi, ritengo che una diversa prospettiva possa essere valorizzata nel rapporto tra prima e seconda parte del frammento. Mi riferisco al fatto che Paolo intendesse distinguere tra due destini diversi della figura giudicante, in ragione del fatto che fosse colpita da *furor* successivamente all’*addictio*, rimanendo in tal caso al proprio posto (*in eodem officio permanet*), o piuttosto da un impedimento tale da pregiudicare il procedimento, che avrebbe condotto alla *remissio* e quindi alla *mutatio*<sup>82</sup>. Ciò suggerirebbe che il giurista avesse in mente una situazione di *insania* inizialmente temporanea. L’accennato riferimento alla nomina *recte* potrebbe confermarne indirettamente la temporaneità, posto che i

---

*quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? Igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. Potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum sonticum non habere; e a Iav. 14 ex Cass. D.50.16.113, L. 56: ‘morbus sonticus est, qui cuique rei nocet.*

<sup>78</sup> FIORI 2018, 83, il quale prosegue affermando che lungo questa via si sarebbe sviluppato il valore «di ‘malattia grave’ attestato da Gellio – ma che diversi studiosi attribuiscono già alle XII tavole – e di ‘epilessia’ attestato in Plinio il Vecchio».

<sup>79</sup> BRUTTI 1973, 461, 464. Si veda in particolare l’ampia discussione a nt. 163.

<sup>80</sup> Cfr. le riflessioni svolte da BRUTTI 1973, spec. 461 nt. 162, 466.

<sup>81</sup> Si veda in particolare BRUTTI 1973, 461 nt. 162.

<sup>82</sup> Sulla *remissio*, intesa come liberazione da un obbligo, disposta dal pretore, cfr. CALORE 1988, 218 ss.

*perpetuo furiosi* erano giuridicamente incapaci di assumere la funzione di *iudex*<sup>83</sup>. Non vi sarebbe, in altre parole, una sovrapposizione tra il piano della salute psicofisica e quello della correttezza formale, quanto piuttosto un riferimento mediato al fatto che si trattava di uno stato di alterazione passeggero, giacché il *iudex* era stato nominato *recte*, ovvero non contro le norme giuridiche che avrebbero impedito la *datio iudicis*, se lo squilibrio fosse stato perpetuo.

La lettura che propongo mi pare superi i vari profili di dubbio o incongruenza suscitati dal testo, nel quale semplicemente si affermerebbe che una malattia passeggera non implica la rimozione del giudice, che scatta, invece, solo quando l'impedimento assuma dimensioni tali da ostacolare il procedimento. Su questo aspetto tornerò anche più avanti, in esito alla discussione di altre fonti<sup>84</sup>.

Il tema del *iudex furiosus* è presente anche in un passo di Papiniano, che completa il quadro:

Papin. 3 *quaest.* D.5.1.39 pr., L. 102: Cum furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit, quod hodie non potest iudicare: ut scilicet suae mentis effectus quod sententiae dixerit, ratum sit: neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est<sup>85</sup>.

Quando sia nominato un giudice *furiosus*, il giudizio non sarà da meno per il fatto che oggi egli non sia in grado di giudicare a tal punto che, una volta rientrato in sé, ciò che abbia deciso non sia ratificato. *Praesentia vel scientia* del giudice non sono infatti necessarie al momento della nomina<sup>86</sup>. Osserva Lanza che la teorica incompatibilità con il frammento paolino, ove si esclude la possibilità di *dare* un giudice *perpetuo furiosus*, è superata dal fatto che, anche se non al momento della nomina, «è tuttavia necessaria una prefigurazione della futura, possibile, anche episodica, piena capacità del *iudex*»<sup>87</sup>. Insomma, si deve ritenere che l'ipotesi in considerazione sia quella di un *furor* temporaneo, non in contrasto con la disciplina ora ricordata. In effetti una linea interpretativa di conciliazione tra i due frammenti sembra individuabile, anche se, dal mio punto di vista, non corre solo sul versante lessicale.

---

<sup>83</sup> Paul. 17 *ed.* D.5.1.12.2, L. 263: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent (...)*. Cfr. LANZA 1987, 507 s.; più in generale, WLASSAK 1921, 200 ss.; WENGER 1938, 53 s. e nt. 1; PUGLIESE 1963, 232 ss.; LUZZATTO 1965, 74 nt. 43.

<sup>84</sup> *Infra*, 151 s.

<sup>85</sup> *Neque – est* sarebbe triboniano: cfr. LEVY-RABEL 1929, 69; 1929b, 86.

<sup>86</sup> Cfr. WLASSAK 1921, 112 s.

<sup>87</sup> LANZA 1987, 510. Il riferimento è a Paul. 17 *ed.* D.5.1.12.2, L. 263, citato *supra*, nt. 83.

Nel testo di Paolo il discorso si colloca sul piano della correttezza procedurale. Il tema è quello della permanenza nell'ufficio (*in eodem officio permanet*) al manifestarsi della pazzia e la risposta si colloca sul medesimo piano: la *addictio* è avvenuta *recte*, conformemente al diritto, e una follia momentanea non intacca la posizione<sup>88</sup>; ma se l'inabilità assume contorni di lunga durata o stabilità, ciò giustifica la *remissio*. *Officium, recte, remissio*: tutti termini che collegano il frammento alla tematica procedurale del regolare insediamento dell'ufficio giudicante. Il passo di Papiniano, invece, è focalizzato sull'effettiva capacità di esprimere un giudizio e sul momento di formulazione della sentenza: la lucidità è fondamentale in questo preciso momento.

Riportando questi elementi alla *mutatio iudicis*, possiamo per il momento concludere che essa non operi secondo una meccanica predeterminata, ma come strumento la cui applicazione necessiti di essere calibrata sulla situazione concreta.

Oltre all'indisponibilità per cause fisiche, la sostituzione può derivare da eventi di altra natura:

Ulp. 22 *ed.* D.5.1.17, L. 665: Iulianus ait, si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem vel ex parte fecerit, alius iudex necessario sumendus est, quia iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri.

Se una delle parti in causa abbia nominato il giudice erede, in tutto o in parte, è necessaria la sostituzione del medesimo, poiché è iniquo che qualcuno giudichi in causa propria<sup>89</sup>.

Il testo colloca la situazione di potenziale conflitto di interessi tra le cause della sostituzione. Il verbo *sumere* si affianca a *subdere* e *substituere* nel definire l'operazione tecnica della *mutatio iudicis*<sup>90</sup>. Non è facile ricostruire il contesto dal quale l'affermazione di Giuliano, ripresa da Ulpiano, è tratta, giacché la stessa ricostruzione palinogenetica non offre aiuto<sup>91</sup>. Tuttavia il riferimento all'iniquità (*quia iniquum est*) suggerisce trattarsi di una soluzione di natura pretoria, esito verosimilmente di una *causae cognitio*<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Cfr. HEUMANN-SECKEL 1926, 495, s.v. *recte*; ERNOUT-MEILLET 2001, 566 s.v. *rectus*.

<sup>89</sup> KASER-HACKL 1996, 197 nt. 41 segnala il testo come riferibile alla *cognitio extra ordinem*, ma la posizione appare isolata. Nessun elemento in questa direzione in BONIFACIO 1952, 47 nt. 48; BROGGINI 1958, 325 nt. 44.

<sup>90</sup> Il verbo *sumere* è altresì in Alf. 6 *dig.* D.5.1.76, L. 23 (*supra*, 125).

<sup>91</sup> Lo stesso LENEL 1889, II, 544 nt. 3 esprimeva dubbi, avanzando il sospetto che tra questo e i frammenti che precedono – dedicati al tema della *interrogatio in iure*: Ulp. L. 658-664 – vi dovesse essere un qualche elemento di congiunzione. Dal canto nostro, possiamo soltanto rilevare, come dato di fatto, che tutti sembrano accomunati dal riferimento ai temi della nomina ad erede e dell'equità, presenti anche nel frammento in discussione.

<sup>92</sup> Nella quale WLASSAK 1921, 188 nt. 1, intravede l'esercizio del *iudicare vetare*.

Quest'ultimo riferimento offre l'appiglio per l'esame di un ulteriore frammento, che, pur non trattando della *mutatio iudicis*, viene preso in considerazione nelle trattazioni in materia, per il fatto che sembra negarla:

Paul. 13 *Sab.* D.5.1.58, L. 1856: Iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius erat qui iudicare iussit.

Il *iudicium* si scioglie quando intervenga un divieto di chi aveva ordinato di giudicare o di chi abbia un *imperium* maggiore nell'ambito della medesima giurisdizione. Oppure anche nel caso in cui il *iudex* nominato acquisisca *imperium* pari a quello di colui che aveva emanato lo *iussum iudicandi*.

Il testo, che nella forma in cui è pervenuto presenta un tono astratto, generalizzante, interessa gli studi sulla *mutatio iudicis* prevalentemente per l'ultima ipotesi contemplata, poiché nelle prime due lo 'scioglimento' è l'esito di una decisione esplicita in tal senso e non stupirebbe se lo scopo fosse (anche) quello di porre fine al processo nel suo complesso. Meno limpida la terza situazione, ove non è un atto, ma un fatto – a prima vista, né più né meno assimilabile ad altri da cui scaturisce la sostituzione – a produrre una conseguenza che apparentemente contraddice quanto ci si attenderebbe: il procedimento *solvitur*, invece di continuare presso un nuovo *iudex*.

Wlassak, nel lavoro sullo *iussum iudicandi*, individua nel testo in esame – che si occupa di *iudicare vetare* – un utile strumento di confronto e ragionamento *a contrario*<sup>93</sup>. L'idea di fondo, rispetto al profilo della *mutatio iudicis* è che non vi sia contrasto tra questo frammento e i precedenti, quanto piuttosto che essi affrontino aspetti diversi di un medesimo procedimento, nel senso che, pur nello scioglimento del *iudicium*, non vi sarebbe l'annullamento integrale e *ab origine*, ma solo la destituzione del giudice incompatibile, mentre il processo proseguirebbe con un nuovo giudice<sup>94</sup>.

Mazeaud, seguendo un'altra logica, ha ipotizzato che la ragione risieda nel fatto che la parificazione nell'*imperium* tra magistrato ordinante e *iudex* avrebbe impedito tecnicamente al primo la rimozione e sostituzione del secondo, ormai suo parigrado<sup>95</sup>. Lettura che sembra da condividere, benché

<sup>93</sup> WLASSAK 1921, 187 ss.

<sup>94</sup> WLASSAK 1921, 233 ss. Resta fermo che *restitutio in integrum* e conseguente rinnovo della *litis contestatio* si sarebbero potuti evitare solo attraverso l'impiego di una *praescriptio* (237 s.). La posizione di Wlassak è ripresa da BONIFACIO 1952, 52 ss., e sviluppata nel senso che la separazione tra rapporto processuale e *iussum iudicandi* dimostrerebbe la possibilità che quello proseguisse e, sul piano del lessico, che si potesse parlare di «estinzione» del processo anche in quelle ipotesi in cui il vero e proprio 'rapporto processuale', il *litis contestatione teneri*, restava integro» (53).

<sup>95</sup> MAZEAUD 1933, 177 ss., 180. Questo a., tuttavia, segue la tesi dell'intervento di una *restitutio in integrum* per consentire la *mutatio iudicis*.

presentata come se la fonte avesse il tenore prescrittivo di una norma, mentre essa riferisce più probabilmente uno stato di fatto o una riflessione giurisprudenziale.

In sintesi, Wlassak tratteggia un percorso unitario, del quale le fonti finora discusse presenterebbero semplicemente profili distinti: assunta la prospettiva di Wlassak, nessuna delle tre ipotesi da ultimo contemplate esclude la possibilità di una prosecuzione con altro *iudex*. Mazeaud coglie la ragione della possibile conciliazione tra soluzioni normative in apparenza contrastanti, ponendo il discrimine sulla diversità di situazioni e sulla peculiarità di una di esse. Situazioni diverse, esiti diversi.

È il tema del limite della *iurisdictio* nei confronti di chi abbia *par maiore potestas*: «l'*imperium* del magistrato – osserva Pugliese – era inefficiente riguardo a chi aveva *potestas* pari o superiore alla sua, poiché non era concepibile che questi gli obbedisse; e di conseguenza, non poteva esercitare la *iurisdictio*, presupponendo questa il potere di farsi ubbidire»<sup>96</sup>. Il principio è ribadito, più oltre, con espresso riferimento al passo in esame, dove Pugliese precisa che «se dopo la nomina, il *iudex* acquistava tale *imperium*, il rapporto processuale veniva meno»<sup>97</sup>. Se il giudice incaricato assume una posizione di *imperium* pari a quella di colui che lo ha nominato e che deve dirigere il processo, il giudizio viene meno, perché il detentore del potere direzionale non ha più controllo su colui che ora è suo parigrado, e dunque nemmeno potrebbe intervenire per sostituirlo<sup>98</sup>.

A prescindere da quale voglia considerarsi la ricostruzione preferibile, ai fini della presente ricerca è sufficiente registrare che il passo di Paolo non incrina la disciplina della *mutatio iudicis*, né implica necessariamente in alcun modo una *restitutio in integrum* per rinnovare la *litis contestatio*. Assume piuttosto i contorni di una ipotesi specifica.

---

<sup>96</sup> PUGLIESE 1963, 174, adducendo a sostegno: Ulp. 4 *fideicomm.* D.36.1.13.4, L. 1878: *Tempus est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem: veluti si praetor aut consul fuerit heres institutus suspectamque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? Et dicendum est praetorem quidem in praetorem vel consulem in consulem nullum imperium habere: sed si iurisdictioni se subiciant, solet praetor in eos ius dicere. Sed et si ipse praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit, quia triplici officio fungi non potest et suspectam dicentis et coacti et cogentis. Sed in his omnibus casibus atque similibus principale auxilium implorandum est* (sul quale cfr. LEVY-RABEL 1935 col. 4); Ulp. 39 ed. D.2.1.14, L. 1087: *Est receptum eoque iure utimur, ut si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit ei et adversus eum ius dici*. Cfr. CARDILLI 1991, 49: «inidoneità, in caso di eguale *imperium*, del *iussum iudicandi* del magistrato esercente la *iurisdictio* di vincolare il *iudex*»; cfr. RAMPAZZO 2015, 495.

<sup>97</sup> PUGLIESE 1963, 227.

<sup>98</sup> Va tenuto presente quanto scrive PUGLIESE 1963, 175, a proposito del fatto che tali situazioni segnalano non solo una mancanza di divisione dei poteri, quanto addirittura la «mancata individuazione» degli stessi.

#### 4. Excusationes e mutatio iudicis

I frammenti passati in rassegna restituiscono situazioni concrete nelle quali la sostituzione del giudice emerge come rimedio praticabile. Non dicono nulla, tuttavia, sulle dinamiche che guidavano verso tale scelta. L'atto del pretore, in altre parole, appare come necessitato, ove ne ricorrano i presupposti.

Abbiamo tuttavia elementi a sostegno della presenza, nell'editto, di una clausola contemplante l'impossibilità del giudice di assolvere il proprio compito<sup>99</sup>. Se ne occupa in particolare Ulpiano, trattando delle ipotesi di dispensa dagli uffici pubblici (*excusatio*<sup>100</sup>):

Ulp. 23 *ed.* D.50.5.13, L. 708: Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum: forte quod in perpetuum quis operam dare non potest, quod in eam valetudinem incidit, ut certum sit eum civilia officia subire non posse: aut si alio morbo laboret, ut suis rebus superesse non possit: vel si quid sacerdotium nanci sint, ut discedere ab eo sine religione non possint. Nam et hi in perpetuum excusantur. (1) Duo genera tribuendae muneris publici vacationis sunt, unum plenus, cum et militiae datur, aliud exiguius, cum nudam muneris vacationem acceperint. (2) Qui autem non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur. (3) Si post causam actam coeperit se excusare iudex, si quidem privilegio, quod habuit antequam susciperet iudicium, velit se excusare, nec audiendus est: semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi. Quod si postea iusta causa incidit, ut iudex vel ad tempus excusetur, non debet in alium iudicium transferri, si cum captione id futurum est alterutrius. Tolerabilius denique est interdum iudicem qui semel cognoverat tantisper exspectare, quam iudici novo rem rursus iudicandam committere<sup>101</sup>.

Ulp. 23 *ed.* D.5.1.18 *pr.*, L. 707: Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor: hoc est si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria profectioe vel rei suae familiaris periculo<sup>102</sup>.

I passi sono trascritti nell'ordine inverso a quello in cui li collocò Lenel nella *Palingenesi*. La scelta è fondata su ragioni di ordine espositivo e di contenuto, che saranno chiarite immediatamente nelle righe che seguono<sup>103</sup>. In sede compilatoria i due frammenti sono stati separati, collocati

<sup>99</sup> La natura edittoale è sicura per LENEL 1927, 167 (§ 59).

<sup>100</sup> Per un primo inquadramento: KLINGMÜLLER 1909, 1578 ss.; PUGLIESE 1963, 252 ss.; cfr. altresì *infra*, nt. 114.

<sup>101</sup> Cfr. LEVY-RABEL 1935, 575.

<sup>102</sup> *Hoc est – periculo* è contestato da SOLAZZI 1898, 183 s.; cfr. LEVY-RABEL 1929, 68; 1929b, 85.

<sup>103</sup> Cfr. LENEL, 1889, II, 554. L'opzione accolta non è nuova, ma proposta già da MOMM-

l'uno in D.50, sotto il titolo *de vacatione et excusatione munerum*<sup>104</sup>; l'altro in D.5, nel primo titolo, *de iudiciis: ubi quisque agere vel convenire debeat*.

Il primo frammento, nel tono, «est certainement le début d'un développement»<sup>105</sup>. Si apre con la clausola edittale *operam dare non posse ad iudicandum*<sup>106</sup>, ove il pretore promette (*pollicetur*)<sup>107</sup> che avrebbe concesso l'esenzione (*se excusaturum*) nei casi di impossibilità a prestare la propria opera (*dare operam*). Il giurista discute dapprima, per così dire, in astratto le *excusationes*, soffermandosi in particolare su quelle che garantiscono una esenzione perpetua (una malattia ostativa all'esercizio dei propri affari, un'investitura sacerdotale cui non ci si possa sottrarre *sine religione*, altri casi di *vacatio muneris publici*<sup>108</sup>); quindi precisa che l'assenza di *excusatio* implicherà il dovere di giudicare, anche contro voglia (*etiam invitus iudicare cogitur*)<sup>109</sup>. Diversa, invece, è la prospettiva del § 3, dove non sono indicate situazioni specifiche di esonero o sostituzione del giudice, quanto piuttosto viene delineata la procedura da seguire quando una delle predette ragioni, quale che sia, sopravviene a causa iniziata, *causa acta*.

Emerge la disciplina seguente, a seconda che la *causa excusationis*<sup>110</sup>:

---

SEN-KRÜGER 2000, 952 col. 1, ripresa e argomentata da PETOT 1912, 87 ss. (seguito da MAZEAUD 1933, 98 nt. 1), e infine da PUGLIESE 1963, 255. Sulla natura edittale o, piuttosto, decretale dei due frammenti cfr. LENEL 1927, 167 nt. 3.

<sup>104</sup> LENEL 1889, II, lo colloca sotto il titolo *si iudex litem suam fecerit*, segnalando però immediatamente (nt. 2) il dubbio in merito alla preferibilità di una collocazione – dell'intero titolo – sotto quello *de iudiciis omnibus*.

<sup>105</sup> PETOT 1912, 87.

<sup>106</sup> Una prima attestazione di *dare operam* si trova in Cic. *Brut.* 31.117. EBRARD 1926, 149 s., 150 nt. 1, sottolinea l'impiego di *dare operam*, in entrambi i frammenti, «in der sicher sehr späten abstrakten Bedeutung 'amten'». La clausola compare anche nella *lex Imitana* c.86 (IX C) ll. 5-6: cfr. CARDILLI 1992, 48. Sul testo della *lex*, cfr. GONZÁLEZ-CRAWFORD 1986, 147 ss. (177 per la parte citata); inoltre, per un quadro d'insieme dei problemi che essa pone, METZGER 1997, 1 ss. *Ad iudicandum* allude verosimilmente al *iussum iudicandi*: MANTOVANI 2010, 12 nt. 34.

<sup>107</sup> La scelta di questo verbo individuerebbe un enunciato non normativo, ma soltanto una 'promessa' di «atti di giurisdizione»: CANNATA 1982, II, 33. Sul carattere di generica promessa, v. anche PUGLIESE 1963, 254. METRO 2000, § 2, rileva (a proposito di Ulp. 11 *ed. D.4.3.1.4*, L. 385) una connotazione astratta nel verbo, che tende poi a concretarsi in un *decernere*, come strumento di attuazione della decisione del pretore. Ai nostri fini, ciò varrebbe come indizio dell'impiego del *decretum* da parte del pretore.

<sup>108</sup> Circa queste due ultime ipotesi PETOT 1912, 88 nt. 2, propende per l'interpolazione, perché «rompre d'une façon maladroite» il ragionamento di Ulpiano.

<sup>109</sup> Cfr. WLASSAK 1921, 27 s. L'obbligo di giudicare è altra cosa rispetto all'obbligo di decidere nel merito, dal quale – pur avendo assunto il ruolo di giudice – era possibile esimersi col giuramento *sibi non liquere*: cfr. Gell. *n.a.* 14.2; Paul. 17 *ad ed. D.42.1.36*, L. 266; sul quale, WENGER 1938, 201; PUGLIESE 1963, 253; KRAFFT 1980, 266 ss.; KASER-HACKL 1996, 197 nt. 41; ERXLBEN 2017, 264.

<sup>110</sup> Altro discorso è quello di una disciplina complessiva in materia, sulla quale sono utili le considerazioni di PUGLIESE 1962, 189, in merito alla probabilità che «questa previsione organica delle *excusationes* pretorie sia avvenuta dopo la scomparsa delle *legis actiones*»;

a) preesista (*quod habuit antequam susciperet iudicium*) e venga eccipito dopo (l'inizio del)la trattazione della causa: in tale caso non se ne tiene conto, poiché l'atto di prendere parte al processo implica la rinuncia alla *excusatio* («*semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi*»);

b) sopravvenga dopo (l'inizio del)la trattazione della causa (*postea ... incidit*): in tal caso si apre un'ulteriore ipotesi specifica, precisando che, quando l'*excusatio* sia *ad tempus*, non si deve trasferire ad altri il processo, se da ciò derivi danno<sup>111</sup> a una delle due parti («*si cum captione id futurum est alterutrius*»). È meglio (*tolerabilius*), in tal caso, aspettare il giudice che abbia già *cognita* la causa, piuttosto che assegnarla di nuovo (*quam iudici novo rem rursus iudicandam committere*). La delimitazione al caso di *excusationes ad tempus* è complementare a quanto precisato nel *principium* del frammento – dove le porte della sostituzione sono aperte da una impossibilità in *perpetuum* – e nella fonte che qui presentiamo come seguente – dove il presupposto per il cambio di giudice è il decorso di *longius spatium*<sup>112</sup>.

Il secondo frammento «présente (...) la suite logique des idées exposées au fragmente 13»<sup>113</sup>. L'apertura sul riferimento all'intercorrere di uno spazio di tempo troppo lungo sembra combaciare, o comunque porsi in linea di continuità di ragionamento, con la chiusa del primo, come a passare in rassegna l'ipotesi alternativa all'attesa del venire meno del motivo di *excusatio*, quando evidentemente la soluzione considerata *tolerabilius* si scon-

---

seguita da quella per cui «lo stesso sembra doversi dire per altre *excusationes* di origine legislativa, dato che la legge a cui si richiamano le fonti classiche è la *lex Iulia iudiciorum privatorum* (Vat. fr. 197-198)» (ma cfr. anche PUGLIESE 1963, 68 s.). I due passi dei *Fragmenta Vaticana* – Ulp. *de off. pr. tutel.*, Vat. fr. 197, L. 2111 e Ulp. *de off. pr. tutel.*, Vat. fr. 198, L. 2112 –, col richiamare la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, consentono di datare le novità introdotte intorno al 17 a.C.: cfr. BERTOLDI 2003, 24-32; altresì LAMBERTI 1993, 168 ss. Ma esse sembrano offrire sicurezza solo per l'ipotesi della *excusatio* dal *munus iudicandi* in presenza di un determinato numero di figli e, in definitiva, non sembra possibile stabilire quanto sia stato introdotto *ex lege* e quanto fosse invece già presente nella prassi o frutto del lavoro dei giuristi (BERTOLDI 2003, 236 ss.).

<sup>111</sup> Ritengo corretta la traduzione di *captio* con 'danno', nonostante non sia questo il significato principale e prevalente nella giurisprudenza (cfr. VIR 1, 623 s.v. *captio*), perché la traduzione con 'inganno, artificio, frode' [accolta da DE RUGGIERO 1905, 174: «sempre quando non fossero provocati da artificio di alcuno dei litiganti»] mi pare inadeguata e fuorviante, nel momento in cui introduce come ipotesi ulteriormente subordinata il comportamento fraudolento di una delle parti. Così, del resto, le traduzioni di VIGNALI 1859, 1024: «se ciò sia per avvenire per danno di una delle parti»; GARCÍA DEL CORRAL 1897, 889: «si esto se ha de hacer con perjuicio de una de las partes»; WATSON 1998, 4, 432 *ad l.*: «if that will take place at someone else's disadvantage»; inoltre OLD 2005, 273, sv. *captio* (n. 3): «Loss, disadvantage».

<sup>112</sup> La segnalazione di WLASSAK 1921, 232 nt. 109, di una correlazione con l'*ad tempus* dell'altro frammento – foriero non di sostituzione, ma di una *excusatio* temporanea – mi pare resti valido quale che sia stato l'ordine di successione dei passi. Cfr. inoltre WENGER 1938, 172; LANZA 1987, 496 e nt. 79.

<sup>113</sup> PETOT 1912, 87.

tri con un grave ritardo, eccedente appunto la soglia di 'tollerabilità'. Ivi si elencano alcune ipotesi che rendono necessaria la sostituzione: il sopraggiungere di qualche faccenda (*occupatio*) che impedisca lo svolgimento del proprio ufficio, un'infermità sopravveniente, una partenza indifferibile o altra situazione di pericolo<sup>114</sup>. Ipotesi decisamente forti e tuttavia valide non per sé, ma subordinate al decorso di un troppo lungo intervallo di tempo, in linea con quanto si diceva in apertura.

Soffermiamoci sulla frase che precede l'elencazione delle circostanze: *mutari eum iubet praetor*<sup>115</sup>. Mantovani vi coglie un'allusione al *iussum iudicandi*, rilevando che «il testo, così com'è, si riferisce all'ordine rivolto alle parti di mutare il *iudex*: ma un *iussum (iudicandi)* sarà stato rivolto senz'altro anche al nuovo *iudex*»<sup>116</sup>. L'osservazione è pienamente condivisibile e conferma, da un diverso punto di vista, la stretta connessione tra gli atti compiuti dal pretore per instaurare un processo e, per converso, la difficoltà di fissare dei legami esclusivi e non interferenti tra giudice e magistrato e tra questo e le parti, distinguendo nettamente il *dare iudicium* dal *iudicare iubere*<sup>117</sup>.

L'andamento dei due testi e il loro combinato disposto sembrano rispecchiare una modalità tipica del modo di lavorare della giurisprudenza intorno all'editto, dove si coglie «l'intreccio fra discrezionalità pretoria e ruolo uniformante dei giuristi», i quali interagiscono col dettato del pretore, esprimendo opinioni che arricchiscono il quadro normativo, per via analogica o di eterointegrazione<sup>118</sup>.

Ulpiano, in buona sostanza, non indica soltanto le ipotesi di *excusatio*, ma svolge un ragionamento intorno ai risvolti processuali. Tale è il filo che lega il § 3 del primo passo al secondo e ciò rafforza ulteriormente l'ipotesi che quello qui accolto possa rispecchiare l'effettivo ordine dei frammenti nell'originale ulpiano. Al punto che, sul piano del contenuto, la cesura – che le esigenze dei compilatori hanno operato tra *iudicandam committere* e *si longius spatium* – andrebbe semmai collocata concettualmente proprio all'inizio del § 3, dove il discorso cambia oggetto. Il senso complessi-

<sup>114</sup> Per un esame delle ipotesi costituenti causa di esenzione rinvio al già citato studio di LANZA 1987, 491 ss., cui può aggiungersi, da ultimo, RAMPAZZO 2015, 489 ss.

<sup>115</sup> WLASSAK 1921, 232 giudica l'espressione indice di pertinenza al processo formulare. Seguito da LANZA 1987, 492.

<sup>116</sup> MANTOVANI 2010, 12 nt. 34, che segnala un'altra allusione al nesso tra *dare/mutare iudicem* e *iudicare iubere* in Mac. 1 *iudic. publ.* D.48.11.7 pr., L. 27: *Lex iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet (...)*.

<sup>117</sup> Cfr. *supra*, 137 ss.

<sup>118</sup> MANTOVANI 1998, 164, 167. Il tema è quello della c.d. 'codificazione' dell'editto perpetuo, sul quale si veda la preziosa ricostruzione storiografica (132-156). Come noto, in materia, ampia e approfondita è stata la riflessione di Guarino, del quale mi limito a ricordare GUARINO 1980, 662 ss.

vo del testo, in termini di ordine e coerenza, ne trarrebbe vantaggio.

Nella prima parte (D.50.5.13 pr.-2) la trattazione delle ipotesi per le quali il pretore *pollicetur se excusaturum*, conclusa dall'obbligo di *iudicare* per chi *excusatio* non abbia.

Nella seconda (D.50.5.13.3 unito a D.5.1.18 pr.) l'esame della procedura da seguire quando un'ipotesi di esonero sopraggiunga nel corso della causa. Qui il filo del ragionamento non è più guidato dal tipo o dalla natura della *excusatio*, bensì dall'esigenza di condurre al termine il processo, che prevale su tutto. Solo così si spiega il principio *semel enim adgnosendo iudicium renuntiat excusationi*: quale che fosse, se la causa di esenzione non è stata fatta valere prima dell'avvio del processo (*antequam susciperet iudicium*), il giudice non può più avvalersene. Il margine di esonero si restringe alla *iusta causa* sopravvenuta dopo l'avvio della trattazione (*postea*) e anche in questo caso la sostituzione non è scontata, ma soggiace a una valutazione sulla durata di essa.

## 5. Riflessioni di sintesi sulla mutatio iudicis

Pur nella frammentarietà delle notizie pervenute, che non restituiscono un quadro dettagliato e completo, uno sguardo d'insieme sulle informazioni raccolte nel presente capitolo mi pare consenta l'individuazione di alcune linee generali della disciplina della *mutatio iudicis*.

Preliminarmente, va sottolineato e ribadito il fondamento editale, ben espresso dalla clausola *operam dare non posse* più volte evocata da Ulpiano: è la promessa del pretore di *excusare* chi non fosse in grado di adempiere la funzione giudicante che apre le porte alla *mutatio iudicis*.

Quanto ai tratti generali, essi possono essere articolate come risposte a tre quesiti: perché? Quando? Come?

Il primo quesito attiene alle ragioni che fondano la scelta del pretore di procedere alla *mutatio iudicis*. È opportuno a tal proposito riprendere il discorso su Paul. 2 *quaest.* D.5.1.46, L. 1284, lasciato in sospenso in attesa della lettura di altre testimonianze<sup>119</sup>. La disciplina emersa dalla lettura combinata di Ulp. 23 *ed.* D.50.5.13.3, L. 708 e Ulp. 23 *ed.* D.5.1.18 pr., L. 707 sembra offrire una chiave per la migliore comprensione di quel testo di Paolo<sup>120</sup>. L'idea di fondo che filtra dalle parole di Ulpiano è che vi fosse una certa resistenza alla sostituzione del giudice – in particolare a processo in corso: *causa acta* – e, del resto, abbiamo colto, nella lettura delle fon-

<sup>119</sup> *Supra*, 143.

<sup>120</sup> Un accostamento tra D.5.1.46 e D.5.1.18 pr. è suggerito da LENEL 1889, I, 1184 nt. 3. Invece, una integrazione tra i tre frammenti è proposta da LANZA 1987, 496, ma sul profilo della legittimità e correttezza formale della nomina.

ti, la preoccupazione, se si può dire così, di garantire continuità al processo nel passaggio da un giudice all'altro. La sostituzione, tuttavia, non è inammissibile, anzi assume caratteri di doverosità, quando l'impedimento sia tale da oltrepassare un certo limite, non quantificato *a priori*, ma lasciato alla valutazione del pretore. In questo può forse avere giocato un ruolo – o comunque offerto un contributo – quella certa libertà, rispetto alla specifica individuazione del giudice – come nel caso di nomina posticipata, per ragioni legate al luogo – che pure abbiamo colto in Paul. 17 *Plaut.* D.5.1.28.4, L. 1231<sup>121</sup>.

La maggiore 'tollerabilità' (*tolerabilius*) e la 'eccessiva lunghezza' del processo (*si longius spatium intercessurum erit*) sono le guide offerte dal giurista per individuare il limite oltre il quale l'attesa dovesse cedere il posto alla *mutatio*.

La stessa dinamica si rinviene nel frammento paolino D.5.1.46, dove si contrappone una situazione temporanea – nella quale si attende evidentemente la guarigione, o comunque un intervallo di lucidità, del giudice – alla situazione in cui un impedimento grave al punto da ostacolare il procedimento (*morbus soticus*) impone la *remissio* e la sostituzione. Se vogliamo, il passo di Paolo offre un esempio pratico della disciplina descritta da Ulpiano. Dove, peraltro, le ipotesi di sostituzione indicate (*incidente infirmitate vel necessaria profectione vel rei suae familiaris periculo*) non si configurano come situazioni irreversibili, ma semplicemente ostative a che il giudice *patiat operam iudicio dare* per un *longius spatium* di tempo (D.5.1.18 pr.). La misura, in Ulpiano come in Paolo, è data da una incidenza negativa sul procedimento o comunque sull'attività legata all'ufficio più che non dalle ripercussioni sulla persona fisica del giudice.

Se si vuole trarre da questi elementi un'indicazione sulle ragioni della *mutatio iudicis*, mi pare allora debba concludersi nel senso della ricerca di un equilibrio tra l'esigenza che il procedimento sia condotto a termine dal giudice inizialmente nominato, evitando quanto più possibile deviazioni dal percorso ordinario, e quella, parimenti importante, di una durata ragionevole del medesimo.

Quanto appena detto, conduce al secondo quesito, relativo al momento – inteso come fase processuale – nel quale (esclusivamente o maggiormente) l'esigenza della sostituzione possa porsi. Tre testi restituiscono indicazioni su un preciso momento processuale: l'avvio della trattazione *apud iudicem*.

---

<sup>121</sup> *Supra*, 136. Si potrebbe forse aggiungere – quale esempio della medesima 'elasticità' – il caso Pomp. 2 *Sab.* D.5.1.80, L. 392: *Si in iudicis nomine praenomine erratum est, Servius respondit, si ex conventione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent*; dal quale sembra emergere la prevalenza dell'intesa tra le parti rispetto a quanto formalizzato in sede di *addictio* del *iudex*: cfr. WLASSAK 1921, 113 nt. 73. Lo interpreta in questo senso RAMPAZZO 2015, 497.

Considerando il limitato numero di fonti relative alla *mutatio iudicis* e, soprattutto, il fatto che perlopiù essa vi compaia incidentalmente, non sorprende l'assenza di riferimenti alla *litis contestatio*, tantomeno al fatto che essa fosse o meno rilevante come *terminus post quem* per l'operatività della figura giuridica in esame. Le stesse ragioni, tuttavia, rendono significativo che, in ben tre occasioni, compaia l'indicazione temporale relativa all'essere la causa o già in fase di discussione (Alf. 6 dig. D.5.1.76, L. 23: *causa cognita*, Ulp. 23 ed. D.50.5.13.3, L. 708: *causa acta*) o non ancora iniziata (Papin. 2 resp. D.27.7.6, L. 420: *priusquam ad eum iretur*).

Se vi si volesse attribuire qualche valore, direi che potrebbe essere nel senso di spostare il *focus* dalla *litis contestatio* all'effettiva trattazione della causa, quale momento di cesura rilevante dal punto di vista del pretore (e delle parti). Cosa che certamente sorprende, dal punto di vista degli studi di età moderna, che hanno – e giustamente – attribuito all'enorme centralità della *litis contestatio* nel processo formulare il valore di parametro guida anche nella discussione sul *transfere iudicium*<sup>122</sup>. Così senz'altro è rispetto alla *translatio iudicii*, come si è visto. Non mi pare, però, possa dirsi altrettanto rispetto alla *mutatio iudicis* – benché, è bene ripeterlo, si tratti, anche in questo caso, di materia altamente opinabile, quando si tenga presente la labilità delle informazioni a disposizione. Del resto, tralasciando le preoccupazioni dogmatiche – o anche solo sistematiche – dei moderni, un tale assetto sarebbe forse più congeniale all'approccio pratico e pragmatico del pretore<sup>123</sup>.

Entro quest'ottica, la *mutatio iudicis* si configura quale strumento di intervento del pretore, certamente *post litem contestatam*, ma – forse ancor più precisamente – quando già qualche atto davanti al giudice sia stato compiuto. Essa persegue lo scopo di porre rimedio a situazioni nelle quali un giudice *operam dare non posse ad iudicandum*<sup>124</sup> e assicura così la continuità del processo, che rimane, proprio per questa modalità operativa, *eadem res*<sup>125</sup>.

Si giunge così al terzo quesito, concernente la modalità tecnico-procedurale attraverso cui si operava la *mutatio iudicis*. L'opzione della *restitutio in integrum* – precisiamo: già scartata dalla dottrina contemporanea – non sembra percorribile, alla luce delle fonti discusse, che non offrono appigli in tal senso, salvo semmai – come si è visto nel caso di Papin. 2 resp. D.27.7.6, L. 420 – deboli elementi per ipotesi congetturali. Anche perché, nel merito, mancherebbe il requisito fondamentale dell'iniurità a danno di una delle parti<sup>126</sup>, cosa che renderebbe difficile anche l'individuazione del legittima-

<sup>122</sup> Cfr. *supra*, spec. 13 ss.

<sup>123</sup> Su questo cfr., per tutti, BETTI 1927, 67 ss.; GALLO 1996, 53 ss.

<sup>124</sup> Cfr. Ulp. 23 ed. D.50.5.13 pr., L. 708; Ulp. 23 ed. D.5.1.18 pr., L. 707: *supra*, 147 ss.

<sup>125</sup> Cfr. Fest. s.v. *Subditus* 462 L; Paul. 14 ad Sab. D.5.1.60, L. 1865: *supra*, 122 ss.

<sup>126</sup> Cfr. SCIALOJA 1936, 249; ORESTANO 1953, 109; CERVENCA 1968, 739.

to a chiederla. Si sono invece registrati alcuni indizi a favore di un intervento decretale del pretore, come già nel caso della *translatio iudicii*. Su questo tornerò a breve, in sede di conclusioni.

Concludendo invece sul tema specifico della *mutatio iudicis*, tutti gli elementi raccolti mi portano a escludere l'opzione di una distinzione di natura o di sostanza dalla *translatio iudicii*. La *mutatio iudicis* replica, anzi, la dinamica di quest'ultima. Ove si guardi ai tratti essenziali di entrambe le figure giuridiche, infatti, si noterà che esse condividono: il ruolo cardine attribuito al pretore; l'obiettivo di tutelare la continuità del processo; la natura contenuta e mirata del provvedimento; l'impiego della *causae cognitio*, che peraltro si esercita su situazioni simili; in definitiva, i tratti di strumento rimediale, gestito – pur se non in modo arbitrario e indipendente – dal magistrato.

## CONCLUSIONI

# *TRANSFERRE IUDICIUM:* DISCIPLINA DI UNO STRUMENTO PRETORIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Transferre iudicium* e *translatio formulae*? – 3. *Decretum*: forma e fondamento del *transferre iudicium*. – 4. Riflessioni di sintesi.

### 1. Premessa

Conclusa l'analisi delle fonti e dopo avere sintetizzato, al termine delle rispettive trattazioni, i tratti salienti dei due strumenti giuridici, è il momento di una sintesi più ampia, che muova dai risultati raggiunti in sede ricognitiva verso la formulazione di una proposta ricostruttiva complessiva. Due sono gli ambiti nei quali più viva si avverte l'esigenza, se non di risposte salde, almeno di congetture plausibili e verosimili.

Il primo è quello del rapporto tra interventi modificativi, delle parti o del giudice, e *formula*.

Il secondo ambito concerne la modalità di formalizzazione dei predetti interventi: che vi sia o meno modificazione della *formula*, è necessario interrogarsi sui modi in cui la modifica (che è il vero dato innegabile) venisse formalizzata.

In via preliminare, tuttavia, possiamo forse porre una notazione in merito al percorso di sviluppo storico della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis*, osservate ora nella prospettiva unificante del *transferre iudicium*. Un discorso le cui prime tracce conducono ad Alfeno e che risale, verosimilmente, fino a Servio<sup>1</sup>, punteggiando poi la riflessione giurisprudenziale delle generazioni successive, giungendo a Paolo e Ulpiano, e oltre<sup>2</sup>. Di questo discorso non è possibile dire molto, in dettaglio, men che meno individuare con certezza il contributo di un determinato giurista: il materiale non lo consente, allo stato attuale.

È tuttavia sufficiente, a mio avviso, per riconoscere, anche rispetto al

---

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, 122.

<sup>2</sup> Cfr., in particolare, *supra*, 118 ss.

*transferre iudicium*, il riproporsi del *modus operandi* dei giuristi romani. Intorno a due, o forse più, previsioni edittali – fondate, a loro volta, su esigenze concrete che ci è parso di volta in volta di riconoscere –, la giurisprudenza ha ordito una trama di ipotesi e discusso singoli problemi, organizzando una disciplina normativa che si è affinata e perfezionata nel tempo. Il che ci restituisce un quadro meno occasionale e sporadico di quello che, secondo altre prospettive, sembra emergere. Evidenzia una linea di continuità nella riflessioni intorno alle rigidità del processo, rispetto alle quali il *transferre iudicium*, nelle concrete manifestazioni, opera come strumento di flessibilità e compensazione.

## 2. *Transferre iudicium e translatio formulae?*

Dopo avere riordinato le frammentarie notizie offerte dalle fonti e delineato un quadro di sintesi della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis*, è necessario affrontare, sia pure cautamente, il tema che rappresenta il vero convitato di pietra di ogni trattazione sul *transferre iudicium*: se, come e in che misura le modificazioni apportate alle parti o al giudice modifichino, incidano o comunque si riflettano sulla *formula* ormai cristallizzata dalla *litis contestatio*. L'intreccio tra il generale principio della *litis contestatio* (quale intesa tra le parti che rende imm modificabile quanto inserito nella *formula-iudicium*)<sup>3</sup>, la concreta necessità di apportare una modifica *post litem contestatam* (per le ragioni che si sono dette), e il dato della continuità del processo senza rinnovo di quell'intesa (pure attestato dalle fonti), hanno reso la discussione intorno alle implicazioni formulari della *translatio iudicii* più intensa e complicata di quella relativa alla *mutatio iudicis*, ove i profili considerati appaiono meno intricati<sup>4</sup>. Per tali motivi, ritengo opportuno svolgere qui alcune considerazioni.

È noto che il problema trova un serio ostacolo nell'assenza di qualunque indizio non solo in merito alle modalità di intervento sulla *formula*, ma altresì, e preliminarmente, circa l'esistenza stessa di un intervento. In nessun luogo si trova anche solo un piccolo indizio di quella che Sperl definì *translatio formulae*<sup>5</sup>. Essa è dedotta per via logica, anche con argomenti solidi, ragionevoli e persuasivi. Ma non può essere provata, a oggi, nemmeno a livello indiziario. Ciò è noto e ammesso in primo luogo da

<sup>3</sup> Qui, come si coglie, *iudicium* è impiegato nel significato di testo concreto della *formula*, stabilito e accettato nel singolo processo: accezione particolarmente valorizzata da CARRELLI 1946, 47 ss.; cfr. PUGLIESE 1963b, 336.

<sup>4</sup> *Supra*, 136 ss., 151 ss.

<sup>5</sup> SPERL 1895, 34 ss., ma v. già 25 ss. Per questo autore la modificazione della *formula* è intrinsecamente connessa e diretta conseguenza del trasferimento del processo.

coloro che pure hanno proposto una ricostruzione teorica.

La dottrina ha seguito percorsi diversi, che hanno condotto a esiti in linea con la concezione del processo che ciascuna epoca ha visto prevalere o che ciascun autore ha fatto propria. E così, fino a prima che gli studi di Wlassak innovassero la concezione della *litis contestatio*, prevaleva l'idea di un intervento diretto e autonomo del pretore sulla *condemnatio* della *formula*, per adeguarla indirizzandola verso il sostituto subentrato nel processo<sup>6</sup>.

Il radicale cambio di prospettiva sulla natura della *litis contestatio*, inquadrata come atto contrattuale, o comunque convenzionale<sup>7</sup>, tra le parti, ha posto con forza il tema della modalità di realizzazione della modifica, accanto a quello della parte formulare su cui essa dovesse cadere. Si sono così aperte due strade.

Quella della rinnovazione della *litis contestatio*, che superava, di fatto, il punto della modificazione di parte della *formula*, per il fatto che semplicemente la riscriveva: vuoi con lo strumento della *restitutio in integrum* di Eisele; vuoi attraverso una combinazione di *restitutio* e 'contratto traslativo *sui generis*' di Koschaker; vuoi nella forma della *litis contestatio repetita die* di Duquesne, benché, per la precisione, le due ultime opzioni rivendicassero di fare salva l'intesa raggiunta con la *litis contestatio*<sup>8</sup>.

Dall'altra parte, quanti rifiutavano la logica della frattura e del necessario rinnovo, pur variamente qualificato, della *litis contestatio*, hanno dovuto lavorare maggiormente sulla *formula* esistente e già cristallizzata<sup>9</sup>. Ma si trattava comunque di trovare un 'grimaldello' che consentisse di argomentare nel senso di una ristrutturazione della *formula*, che salvasse, però, la prima (a questo punto: l'unica) *litis contestatio*.

Lo strumento principe, condiviso, seppur diversamente declinato dagli studiosi, è parso essere la *praescriptio*, da anteporre alla *formula* già contestata, per chiarire, «che non si trattava di una nuova istituzione di lite, ma di un cambiamento introdotto in un rapporto processuale già esistente»<sup>10</sup>. A questo elemento sono state affiancate proposte modificative di singole parti della *formula*, essenzialmente limitate alla sostituzione del nome della parte con quello del subentrante<sup>11</sup>. In taluni casi, tuttavia, si è ri-

---

<sup>6</sup> *Supra*, 9 ss.

<sup>7</sup> *Supra*, 13 ss.

<sup>8</sup> *Supra*, 16 ss.

<sup>9</sup> Giungendo a soluzione, come quella di BONIFACIO 1956, 48, 95 s., 118 ss., 138, per il quale la *formula* è riscritta, ma il *iudicium* che essa veicola rimane nella sostanza identico.

<sup>10</sup> WENGER 1938, 180. Indicata come soluzione già da SPERL 1895, 53, viene recepito come possibile strumento da WLASSAK 1921, 61 nt. 4, 237 s., e diventa una costante della dottrina successiva, pur se variamente declinata: KOSCHAKER 1905, 255 ss. (sulle modificazioni, di varia natura, della *formula*), 290 (sulla *praescriptio*, con tono dubitativo); DUQUESNE 1910, 184; BONIFACIO 1956, 72 e nt. 58; ERXLEBEN 2017, 44 nt. 172, 160.

<sup>11</sup> Una riflessione puntuale sulla *translatio* in rapporto alle singole *partes formularum* si trova in SPERL 1895, 34 ss.

tenuto necessario e consequenziale modificare la struttura stessa della *formula*, onde evitare storture: un *pater* subentrante al *filius* avrebbe ‘trasformato’ l’azione originaria in adiettizia; un servo subentrato al *dominus* in un’azione nossale avrebbe potuto assumere il ruolo di parte nel corrispettivo processo penale, non del medesimo processo nossale<sup>12</sup>. Da questo punto di vista, l’indagine di Erxleben assume il carattere di un punto di arrivo, non solo per ragioni cronologiche, ma anche di sostanza, perché la studiosa calibra gli interventi modificativi su una pluralità di situazioni – e azioni – diverse<sup>13</sup>.

Non è mia intenzione intraprendere la via di una nuova proposta ricostruttiva della *formula* sottoposta a *translatio iudicii*. Non foss’altro per un’avvertenza di fondo: che modi e forme degli interventi sulla *formula* dovrebbero essere di volta in volta commisurati alle diverse categorie e tipologie di azioni, tra le quali molte sono le differenze (presenza o meno di *demonstratio*, carattere della *intentio*, natura reale o personale, o ancora penale, divisoria e via dicendo) che si riflettono nella struttura delle rispettive *formulae*<sup>14</sup>. Il che implica un lavoro di ricostruzione non solo altamente ipotetica e congetturale, ma dagli esiti non verificabili. L’analisi della dottrina, sul punto, ha mostrato come quasi ogni soluzione sia argomentabile e sostenibile.

Vi è, in realtà, anche un’altra ragione, che definirei di merito. Attiene alla natura e alla funzione della *praescriptio*, in generale.

Si vorrebbe ipotizzare l’anteposizione di una *praescriptio* alla *formula* sulla quale sia già intervenuta *litis contestatio*, con lo scopo di segnalare che il *iudicium* è stato traslato, indicandone le ragioni. Il riferimento al fatto che si tratta di una *lis iam contestata*<sup>15</sup> dovrebbe servire a giustificare la sostituzione dei nomi da cambiare, al contempo garantendo la conservazione immutata del nocciolo centrale della controversia. Questa la tesi.

Consideriamo però i tratti generali della *praescriptio*. Una parte della *for-*

<sup>12</sup> Cfr. Ulp. 41 *Sab.* D.5.1.57, L. 2873 (*supra*, 78 s.); Paul. 5 *ed.* D.3.2.14, L. 139 (*supra*, 111). Con estrema semplicità e chiarezza, SCIALOJA 1936, 184, osserva, in merito a queste dinamiche, proponendo proprio l’esempio del *pater* che sostituisce il *filius*: «In qualche caso la *translatio* andava forse un po’ più in là della semplice mutazione di persona, perché vi sono alcune mutazioni di persona le quali inducono necessariamente qualche piccolo mutamento anche nell’oggetto della lite».

<sup>13</sup> ERXLEBEN 2017, 44 ss., 152 ss.

<sup>14</sup> Lo sottolinea VARVARO 2019, *passim*, che si sofferma in particolare sugli aspetti processuali della ricerca di Erxleben.

<sup>15</sup> Riprendo l’espressione di SPERL 1895, 53, ma si veda anche, da ultimo, ERXLEBEN 2017, 44 nt. 172: «*Ea rea agatur, de qua lis contestata est inter A<sup>um</sup> A<sup>um</sup> et N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> [dominum] transferenda a N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> [domino] in N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> [cognitorem] domini si paret ...*» (in caso di *translatio cognitoria*); 160: «*Ea rea agatur, de qua lis contestata est inter A<sup>um</sup> A<sup>um</sup> et N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> [defunctum] transferenda a N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> [defuncto] in N<sup>um</sup> N<sup>um</sup> heredem defuncti, quod ...*» (in caso di *translatio in heredem*).

*mula*, pur se tecnicamente anteposta ad essa<sup>16</sup>, che, in prima battuta, assolve alla funzione di «circoscrivere gli effetti estintivi (o preclusivi) della *litis contestatio*» (se *pro actore*)<sup>17</sup>, o vale a condizionarne l'efficacia (se *pro reo*)<sup>18</sup>. Allargando la prospettiva, accanto alla finalità limitativa, può probabilmente collocarsene una determinativa, avendo come principale punto di riferimento la *litis contestatio*<sup>19</sup>: nel primo caso, per limitarne le conseguenze solo a una parte dell'obbligazione dedotta in giudizio; nel secondo caso, per delimitare la materia del contendere<sup>20</sup>. Non è queste la sede dove discutere il merito della seconda funzione. Anche assumendola come certa, infatti, il profilo che ci interessa si trova a monte ed è comune alla prima, quella limitativa. Entrambe sono riconducibili a una più generale funzione attinente alla definizione e delimitazione della materia del contendere, affinché la preclusione determinata dalla *litis contestatio* 'cada' su qualcosa, lasciando impregiudicato il resto. In estrema sintesi, la *praescriptio* «stabilisce l'ambito entro il quale il processo dovrà farsi»<sup>21</sup>. E presuppone che la *litis contestatio* sopravvenga a fissare tale ambito.

Tornando alla *transferre iudicium*, si vorrebbe che la *praescriptio* operasse anteponendo, a un *iudicium datum*, la precisazione che si sarebbe trattato del trasferimento di una lite già *contestata* tra due parti, una delle quali sarebbe stata sostituita per determinate ragioni.

Ora, non è chiaro – almeno, a mio avviso – come tale contenuto sia rapportabile a quelli finora conosciuti, e poc'anzi descritti sinteticamente, oppure se si debba pensare a una *praescriptio* di tipo nuovo. Ma, soprattutto, essa non sembrerebbe rispondere al fine generale di tale *pars formulae*: de-

---

<sup>16</sup> Cfr. Gai. 4.132: «*praescriptiones scilicet appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est*»; 4.137: «*praescribi hoc modo (...); deinde formula subicitur*». Cfr. CANNATA 1982, 117, che sottolinea come «solo tenendo ben presente questo carattere unitario di tutto quanto è scritto nel decreto [*scil.*: di *dare iudicium*] si può capire correttamente la funzione della *praescriptio*»; PELLECCHI 2003, 62; VARVARO 2008, 60 nt. 225. L'espressione 'parte della formula' mi pare in ogni caso utilizzabile, con FIORI 2003, 43 nt. 134, «in senso lato, ad indicare un elemento del programma accettato dalle parti, senza con ciò negare la caratteristica della *praescriptio* di essere 'fuori' la formula».

<sup>17</sup> PELLECCHI 2003, 80. Per un quadro generale sulla *praescriptio*, cfr. KASER-HACKL 1996, 265 e nt. 58 (ove altra bibliografia), 320 ss.

<sup>18</sup> Cfr. WLASSAK 1912, 99 ss.; BETTI 1914, 697 ss.; CANNATA 1982, 117 ss.; FIORI 2003, 18 ss.; *contra* VARVARO 2008, 58 ss., con articolata discussione.

<sup>19</sup> La connessione della *praescriptio* con la *litis contestatio* (invece che con la sentenza) è stata enucleata da WLASSAK 1912, 138, 156. Una discussione della teoria di Wlassak in FIORI 2003, 18 ss.

<sup>20</sup> La tesi, in anni recenti, è sostenuta in particolare da VARVARO 2008, spec. 78 ss. e riguarda la *praescriptio pro reo*, cui sarebbe da aggiungere (112 ss.) la funzione «di determinare gli effetti della *litis contestatio* in ordine alla *causa petendi*» svolta dalla *praescriptio pro actore*. A questo a. rinvio anche per il quadro della problematica e la discussione della dottrina.

<sup>21</sup> CANNATA 1982, 117.

limitare gli effetti della *litis contestatio* rispetto al complesso della questione trattata o della prestazione dovuta<sup>22</sup>. Se, in via ordinaria, la *praescriptio* prepara il terreno alla *litis contestatio*, così che essa svolga i suoi effetti solo su una parte dell'oggetto della controversia, nell'applicazione in sede 'traslativa' essa dovrebbe, anzi, proprio servire a evitare una (nuova) *litis contestatio*.

Vi è, a me pare, un'ulteriore difficoltà. Riguarda il modo in cui le parti avrebbero dato forma all'intesa raggiunta e inserita nella *praescriptio*. Mi parrebbe un controsenso se tutta questa articolata operazione di formalizzazione delle modifiche – a tratti più formalistica che formale<sup>23</sup> – mancasse di forma proprio nel passaggio finale e fondamentale, ovvero l'accettazione (almeno) della *praescriptio*. In linea generale, è giudicato pacifico che, pur 'premessa' alla *formula*, essa fosse in ogni caso investita dalla *litis contestatio*<sup>24</sup>. Aggiungerei allora che – poiché l'apposizione della *praescriptio* da sola non basta, ma accompagnerebbe, in varia misura, interventi su questa o quella *pars formulae* – si darebbe luogo alla seguente situazione: il pretore, in caso di necessaria *translatio iudicii*, riunisce davanti a sé le parti, oltre eventuali sostituti, per discutere la correzione di una *formula* già *contestata* e, al fine di evitare il rinnovo del *iudicium*, accompagnerebbe le modifiche sulla *pars formulae* interessata con l'anteposizione di una *praescriptio* che precisa essere la *lis iam contestata*, ma che a sua volta non diviene oggetto di 'accettazione' formale. L'assurdo cui si perverrebbe, induce pertanto a ipotizzare che su questa peculiare *praescriptio* 'traslativa' avrebbe invece dovuto formalizzarsi il consenso delle parti (e qui ci si dovrebbe chiedere se solo del subentrante o anche del subentrato, se vivo, che formalizzerebbe così la traslazione, in un atto che si estenderebbe a tre soggetti). Consenso che non si saprebbe definire se non in termini di *litis contestatio*.

A meno di ipotizzare – recuperando altresì la funzione originaria del-

---

<sup>22</sup> Qui, come suggerisce VARVARO 2019, 227, si dovrebbe pensare a una *praescriptio* con funzione determinativa, figura al confine con la *demonstratio* e abbastanza discussa: cfr. PELLECCHI 2003, spec. 230 ss.; VARVARO 2008, 81 ss., 112 ss.; 2010, 166 ss. Resta in ogni caso il fatto che, se una simile applicazione si ponesse *loco demonstrationis*, la *praescriptio*, per così dire, 'traslativa', mancherebbe altresì del carattere di *demonstratio*, giacchè, comunque interverrebbe dopo la *litis contestatio*.

<sup>23</sup> Accanto alla distinzione profilata in maniera lucida e icastica da SATTÀ 1958, 81 ss. (emblematica p. 86: «Il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica»), cfr., per un inquadramento e ulteriore bibliografia, ORESTANO 1961b, 383 ss.

<sup>24</sup> CANNATA 1982, 117 osserva: «Ciò evidentemente non significa che la *praescriptio* non faccia parte del decreto con il quale il magistrato accorda e ordina il processo, né che quanto è detto nella *praescriptio* non faccia parte della indicazione dei compiti e dei poteri del giudice»; così TALAMANCA 1987, 39 nt. 284: «nella concretezza del caso singolo, tutto lo *Streitprogramm* doveva essere sentito come *iudicium* (o *formula* in concreto) dai Romani – e su di esso tutto doveva portare l'assenso delle parti –».

lo strumento processuale – che la *praescriptio* non avesse lo scopo di limitare la nuova *litis contestatio*, escludendo la parte della *formula* già *contestata*<sup>25</sup>.

Non trovo che la soluzione sia persuasiva, ma, soprattutto, la ritengo non risolutiva. Nel caso in cui, come si è appena detto, comunque la *praescriptio* andasse formalizzata o almeno informalmente accettata, ci si dovrebbe interrogare in merito alla natura di tale accettazione: se pienamente esclusiva dell'oggetto della *praescriptio* dal nuovo accordo (così che la lite originaria rimane fissata dalla prima *litis contestatio*); o se, invece, inclusiva e assorbente, nel qual caso tutto sarebbe travolto dall'intesa su di essa (la si voglia chiamare o meno *litis contestatio*)<sup>26</sup>.

Mi rendo conto che la riflessione rischia di diventare oziosa: registro solo che se, come pare, la *praescriptio* (sia pure determinativa) 'prepara il terreno' alla *litis contestatio*, ciò segna una connessione logica che mal si concilia, a mio modesto avviso, con una *praescriptio* elusiva della *litis contestatio*. In fondo, essa opera come strumento processuale che attua una delimitazione del diritto sostanziale dedotto in giudizio, sul quale poi interviene un secondo strumento processuale, la *litis contestatio*. In questo caso, invece, si pretenderebbe che la *praescriptio* spostasse la propria operatività dall'oggetto della (futura) *litis contestatio* alla *litis contestatio* già avvenuta, con un mutamento della propria funzione: non più focalizzare l'effetto consuntivo della *litis contestatio*, ma preservare la *litis contestatio* originaria, pur innovando parte del contenuto sul quale essa è caduta. Senza che l'intesa su un simile intervento formale – e 'formularè', nel senso di: operante sulla *formula* – fosse, a sua volta, formalizzata. Insomma, la tesi della *praescriptio*, forse persuasiva sul piano teorico, non convince una volta calata nel concreto.

---

<sup>25</sup> Tale sembra essere il senso della lettura di BONIFACIO 1956, 72 nt. 58: «La *praescriptio* (ad es.: *ea res agatur de lite ab Ao Ao Lucio Titio transferenda*) è idonea a rendere evidente che l'atto non è una *litis contestatio* ma una *translatio*, ed espleta qui quello stesso effetto di determinazione dell'oggetto dell'attività delle parti che le si riconosce quando viene impiegata per delimitare la forza consuntiva dell'*edere et accipere iudicium* (Gai 4, 130-131a)».

<sup>26</sup> Particolarmente lucida la posizione di BONIFACIO 1956, 76, sia pure riferita all'ambito specifico della *translatio hereditaria*: «In verità, una volta accettata la mia ipotesi che la *translatio* ha questo di caratteristico, che produce una specie di assorbimento del contenuto del *iudicium transferendum* nel *iudicium translatum* (nel senso che questo contenuto, quanto alla pretesa o *res in iudicium deducta*, diventa contenuto del *iudicium translatum*), non c'è alcuna difficoltà ad ammettere che nella formula, ove ciò sia necessario, si inserisca quella clausola o si operi quella trasformazione che consenta al giudice di accertare la legittimazione delle parti: *rectius*, l'avvenuta loro successione nel *condemnari oportere* scaturito dalla *litis contestatio* conclusa dal *de cuius*». Ma, osserva poi (nt. 73), su «come tecnicamente ciò avvenisse, è cosa di cui non dobbiamo occuparci, perché riguarda il problema generale dell'accertamento della qualifica ereditaria». Il che, se pure è condivisibile, lascia aperto un problema non secondario.

### 3. Decretum: *forma e fondamento del transferre iudicium*

La *pars destruens* non può non essere seguita da una *pars construens*. Non però sul piano della *formula* – a mio avviso già abbondantemente indagato –, quanto su quello della forma della *translatio iudicii*. Anche alla luce di quanto detto sin qui, non si può immaginare che il percorso ‘traslativo’ non fosse in qualche modo tracciato e documentato. Il tema è, dunque, dal mio punto di vista, l’individuazione della modalità non di intervento sulla *formula*, quanto di formalizzazione del cambiamento introdotto. Distingueri, in altre parole, il fatto che un atto fosse registrato, documentato e definito con modalità formali, dal fatto che esso fosse inserito nella *formula*. Se mi è permesso introdurre un neologismo, contrapporrei la formalizzazione alla ‘formularizzazione’, intesa come modifica di elementi già definiti e/o inserzione di elementi nuovi nella *formula data, edita ed accepta*.

Su questa linea, ritengo che – a fronte del totale silenzio delle fonti sul fronte della ‘formularizzazione’ – non manchino elementi a sostegno di una formalizzazione. E gli unici elementi relativi alla forma del *transferre iudicium* indirizzano verso il *decretum*.

Accanto a una considerazione d’ordine generale, che vede nel *decretum* uno strumento usuale dell’attività pretoria (per restare sui profili più vicini a noi, si pensi alla *datio iudicii* e allo *iussum iudicandi*, ma anche la *causae cognitio*, i cui provvedimenti conclusivi avevano appunto forma decretale)<sup>27</sup>, vi sono alcuni indizi interni. Il più esplicito, l’uso del verbo *decernere* in un passo di Gaio, che – come abbiamo detto<sup>28</sup> – individuava probabilmente una situazione generale o una serie di opzioni alle quali il pretore avrebbe dovuto rispondere decretando la *translatio iudicii*. In maniera meno evidente, anche altri verbi possono essere considerati segnali di impiego della decretazione: *permittere*, *iubere*, *excusare* e *cogere* – alla luce delle ricerche di Mancuso – vanno considerati almeno indiziari rispetto alla presenza di un’attività decretale<sup>29</sup>. Ai quali si potrebbe forse aggiungere l’impiego di *polliceri* e *dare*<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Su *datio iudicii* e *iussum iudicandi*, cfr. WLASSAK 1921, 15 ss. e *passim*; CARRELLI 1946, 47 ss.; per un inquadramento generale e bibliografia, KASER-HACKL 1996, 191, 285 ss. Sulla forma decretale della *causae cognitio*: LEVY-BRUHL 1924, 417 s.; LUZZATTO 1965, 56 nt. 10.

<sup>28</sup> Gai. 6 ed. prov. D.9.4.15, L. 130, *supra*, 88.

<sup>29</sup> MANCUSO 1997, spec. 343-359 *passim*, con rinvio a MANCUSO 1988, spec. 93 ss. L’autore si sofferma anche su altri verbi, ma mi sono limitato a quelli riscontrabili nelle fonti discusse e agli impieghi riferibili alla dinamica ‘traslativa’: *permittere* in *Vat. fr.* 341 (Ulp. 9 ed.), L. 312; Ulp. 9 ed. D.3.3.17 pr., L. 313; Ulp. 9 ed. D.3.3.27 pr., L. 315; *iubere* in Ulp. 23 ed. D.5.1.18 pr., L. 707; *excusare* in Alf. 6 dig. D.5.1.76, L. 23, e insieme a *cogere* in Ulp. 23 ed. D.50.5.13, L. 708: su questo passo si sofferma espressamente MANCUSO 1997, 358, per affermare che l’impiego di questi due verbi «rinvia, senza dubbio, al provvedimento decretale».

<sup>30</sup> Su *polliceri* cfr. *supra*, 148 nt. 107. Su *dare*, il discorso è più articolato. Troviamo

Ciò detto, prima di proseguire sul punto, torniamo su due aspetti relativi alla *translatio iudicii*, nel suo rapporto con il processo e rispetto alla *litis contestatio*.

In primo luogo, quando si verifica una *translatio iudicii*, non viene rimessa in gioco la *res in iudicium deducta*. Abbiamo detto che nel caso del *cognitor*, essa assolve il compito, per fondate e vagliate ragioni, di consentire ciò che *ante litem contestatam* sarebbe stato in pieno potere del *dominus litis* fare, ovvero sostituire il rappresentante impossibilitato o divenuto sgradito. Altrettanto, nelle ulteriori situazioni discusse, l'obiettivo è simile, pur se dettato da ragioni talora diverse: impostare il processo su quelli che sarebbero stati i binari ordinari se un qualche elemento, venuto meno dopo la *litis contestatio*, non l'avesse impedito. Anche in questi casi, il superamento della fase processuale della *litis contestatio* – con quel che ne segue in termini di impossibilità di ritorno alle fasi precedenti, salvo la *restitutio in integrum* – avrebbe reso quell'elemento ostativo definitivo nella realtà giuridico-processuale, parte del *iudicium* e del processo avviato o già incardinato *apud iudicem*, operando una scissione tra il piano processuale e quello della realtà concreta, dove quel nodo era stato, nel frattempo, sciolto e superato. Dal punto di vista del pretore e delle parti, non si tratta di rimettere in discussione l'intera *res in iudicium deducta* – cosa che si sarebbe potuta fare, in presenza di valide ragioni, mediante *restitutio in integrum* –, ma soltanto di operare una rettifica limitata all'elemento di interesse, il nome di una parte o del *iudex*. Una rettifica che, volendo essere più precisi, cadrebbe sul decreto di *dare iudicium*, nella prima ipotesi; su quello di *iudicare iubere*, nel secondo.

In secondo luogo, quanto al rapporto con la *litis contestatio*, a me pare che questa debba venire qui in considerazione sotto il profilo del fine che persegue più che della forma che assume, secondo una linea sviluppata e ben espressa da Pugliese<sup>31</sup>. Essa rappresenta l'intesa tra le parti in merito

---

l'espressione *translationem dare* sicuramente in Ulp. 64 *ed. D.*38.1.29, L. 1443; verosimilmente in Ulp. 41 *Sab. D.*5.1.57, L. 2873 (dove è certo il verbo, ma è congetturale *translatio*); mentre è solo una proposta di correzione in Ulp. 57 *ed. D.*47.10.17.14, L. 1363, dove il testo compilatorio reca il verbo *competere* (*supra*, rispettivamente 87, 78 s. e 82 ss.). Tuttavia non è meno utile. In uno studio dedicato al *beneficium restitutionis*, CARRELLI 1938, 10 s., rileva nell'impiego di *competere* un mutamento di prospettiva: esso apparirebbe in età postclassica, mentre «mai e per nessuna ragione un giurista classico [avrebbe potuto] dire che essi [= i mezzi d'origine pretoria] spettassero a chi si rivolgeva al pretore per ottenere che gli venissero concessi». La riflessione di Carrelli è connessa alla natura decretale della *restitutio in integrum*, che veniva 'concessa', ma non 'spettava'. A questo si aggiungano le osservazioni di KRÜGER 1895, 1 ss., che nitidamente individua nelle espressioni *actio competit* e *actio danda* forme linguistiche di epoche diverse, ove la seconda denota una modalità di produzione normativa propria del pretore in età classica. Gli indizi lessicali, in sostanza, convergono e calati nel discorso che stiamo svolgendo, suggerisce una volta di più l'impiego dello strumento decretale, nel contesto di un procedere pratico e casistico del pretore.

<sup>31</sup> PUGLIESE 1953, 381, osserva, per un verso, che una volta negato il carattere contrattuale,

alla *formula* oggetto del *decretum* di *dare iudicium*<sup>32</sup>. Un'intesa che ha, senza dubbio, come funzione cardine di rendere «non più modificabili i termini della controversia»<sup>33</sup>, ma che è comunque «atto distinto e diverso» dal *iudicium dare*<sup>34</sup> e, se così si può dire, guarda oltre il dettato della *formula* – quando questa sia erronea o imprecisa rispetto all'effettivo intendimento delle parti o, ancora, superata da alcuni eventi<sup>35</sup> –, per concentrarsi sulla sostanza dell'accordo tra le parti<sup>36</sup>.

Tutto ciò considerato, ritengo non inverosimile dapprima sussumere *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* nel comune 'contenitore concettuale' del *transferre iudicium* – ad indicarne la sostanziale omogeneità nella dinamica di funzionamento –; quindi, qualificare quest'ultimo quale strumento ausiliario del pretore, guidato dalla generale finalità di consentire ai soggetti coinvolti nel procedimento di ritornare su un punto specifico, sul quale pure si è già conclusa l'intesa, isolandolo, al fine di rettificarlo per conformarlo a una situazione mutata o divenuta critica. Una divergenza dalla realtà rispetto alla quale la trasposizione formulare 'cristallizzata' non è più coerente, col rischio che il corso ordinario e obbligato del processo produca esiti iniqui e comunque non conformi agli interessi sostanziali coinvolti. Lo stesso può dirsi rispetto al mutamento del giudice: un riavvio del processo andrebbe a danno delle parti, oltre a produrre rallentamenti e ritardi. Su tutto vigila il pretore che assicura il contraddittorio tra le parti – come si è evidenziato<sup>37</sup> –, mentre, in sede di *causae cognitio* – anche que-

---

«la precisa determinazione della forma non ha più valore decisivo»; per l'altro, che «un problema della forma quasi non esisteva, allorché si considerava la *litis contestatio* un momento ideale del processo o se ne individuava l'essenza nel decreto con cui il magistrato "rilasciava" la formula». Sulla forma della *litis contestatio*, punti di riferimento sono i lavori di LENEL 1894, 374 ss.; 1903, 329 ss.; in generale, KASER-HACKL 1996, 292 s.

<sup>32</sup> Cfr. KASER-HACKL 1996, 288, 309, dove si spiega che il decreto produce la «formelle Verbindlichkeit» della *formula*, il cui 'contenuto materiale' è dato dall'incontro delle volontà delle parti sotto il controllo del pretore.

<sup>33</sup> PUGLIESE 1953, 366.

<sup>34</sup> PUGLIESE 1953, 367.

<sup>35</sup> Cfr. PUGLIESE 1953, 372 s., con indicazione e discussione di esempi. Nella stessa direzione muovono le considerazioni di CANNATA 1982, 177 ss., quando scrive che dalla «fissazione» del rapporto giuridico operata con la *litis contestatio*, non deriva che «i fatti successivi siano sempre irrilevanti processualmente», tra i quali ricorda il principio *omnia iudicia absolutoria sunt*.

<sup>36</sup> Cfr. CANNATA 1982, 164: «Il problema, di stabilire come concretamente la *litis contestatio* avvenisse, viene spesso indicato come quello della 'forma della *litis contestatio*': l'uso di questa espressione non deve comunque far pensare che la *litis contestatio* fosse un atto formale. Certo v'era una prassi, in proposito, uniforme, ma gli atti nei quali tale prassi si realizzava non costituivano l'attuazione di un atto formale, e la loro idoneità allo scopo era valutata alla stregua della loro sostanza, cioè del fatto che essi fossero effettivamente espressivi dell'accordo delle parti sulla formula».

<sup>37</sup> Esempiare la procedura descritta con riguardo alla c.d. *translatio cognitoria*: cfr. in particolare le riflessioni di sintesi *supra*, 115 ss.

sto è stato rilevato – opera un vaglio critico e non meramente formale<sup>38</sup>.

A fronte di tali cautele, e considerando la *litis contestatio* in una prospettiva non di fase rigidamente formalizzata, bensì di intesa (che pure, non lo si nega, vede nell'*edere et accipere iudicium* un passaggio importante<sup>39</sup>) appare altresì verosimile, a mio parere, che non fosse ritenuto necessario un rinnovo della *litis contestatio*, dal quale sarebbero in definitiva derivati effetti esorbitanti rispetto al limitato e circoscritto problema da risolvere.

Questo ci apre a una riflessione di segno diverso. La dottrina che ha ipotizzato un impiego della *restitutio in integrum* per l'attuazione della *translatio iudicii* ha, consapevolmente o meno, instaurato tra le due una relazione mezzo-fine: la 'traslazione' attuata attraverso lo strumento restitutorio. Le analisi condotte suggeriscono, invece, che la *translatio iudicii* sia essa stessa strumento del diritto processuale, non l'esito di un'operazione<sup>40</sup>. Uno strumento che si affianca, semmai, alla *restitutio in integrum*, della quale, su scala ridotta e mirata, replica la logica di intervento, che oltrepassa i limiti posti dalla *litis contestatio*, senza però annullare tutto, ma ridefinendo punti specifici. Di qui un ulteriore passaggio.

La ricerca della modalità di correzione o integrazione della *formula* scontata, in parte, la medesima logica mezzo-fine. Si cerca nella (modificazione della) *formula* lo strumento per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Quando però si assuma l'ottica della *translatio iudicii* come strumento giuridico autonomo, diviene meno problematica l'ipotesi di una procedura altrettanto autonoma e, in un qualche modo, il tema dell'aggiornamento della *formula* perde di peso.

Il parallelo con la *restitutio in integrum* mi pare possa tornare d'aiuto. La forma del provvedimento restitutorio è infatti altrettanto discussa e oscilla tra quella di *decretum* e quella di *formula ficticia* o *exceptio* concessa al convenuto<sup>41</sup>. Nel caso della *translatio iudicii* i pochi, ma significativi

---

<sup>38</sup> Le indagini condotte sulle singole cause di sostituzione – della parte o del giudice – come anche le riflessioni intorno alla concedibilità o meno del mezzo 'traslativo', inducono a vedere qui un esempio di *causae cognitio* non limitata alla verifica dei requisiti formali, ma nella quale la discrezionalità pretoria si esplica appieno: cfr. PUGLIESE 1959, 432; MARTINI 1960, spec. 187; LUZZATTO 1965, 51 ss., spec. 68 ss.

<sup>39</sup> Cfr. PUGLIESE 1953, 383 ss.; CANNATA 1982, 164 s.; KASER-HACKL 1996, 292.

<sup>40</sup> Il punto è già stato rilevato, sia pure in sede di discussione sulla terminologia, da BONIFACIO 1956, 7 s.: «I testi impiegano una terminologia assolutamente costante, e la sostanziazione dell'espressione *iudicium transferre*, che si incontra in alcuni frammenti (cfr. D.3.3.27; D.9.4.15; D.38.1.29), induce a credere che essa venga impiegata non tanto per indicare il risultato da conseguire, che è quello di operare la sostituzione di un soggetto ad un altro nel processo, quanto per qualificare l'atto che tale effetto produce».

<sup>41</sup> ORESTANO 1953, 110, il quale segnala le ultime due come modalità 'implicite' di pronuncia della *restitutio*. Su questo specifico punto e anche per un quadro generale, cfr. CARRELLI 1938, 5 ss.

indizi a favore dello strumento decretale rappresentano, pertanto, un elemento da non sottovalutare nella ricostruzione della forma di essa.

Tutto ciò posto, mi chiedo se non sia possibile e preferibile ipotizzare che il pretore riunisse le parti e, operata la valutazione di tutti gli elementi necessari in sede di *causae cognitio*, emanasse un *decretum* che avrebbe avuto quale contenuto quanto si era deliberato in merito alla sostituzione richiesta o resasi necessaria. Un *decretum* che avrebbe potuto accompagnare quello contenente la *formula* (nonché quello di *iudicare iubere*, nei limiti in cui fosse necessario adeguarlo e indirizzarlo al nuovo giudice<sup>42</sup>) e completare così il quadro degli elementi offerti al *iudex* (precedente o nuovo) per decidere.

Quanto al rapporto con la *litis contestatio*, ove assunta nella prospettiva di cui s'è detto poc'anzi, mi chiedo se non sia ipotizzabile che l'atteggiamento delle parti si risolvesse in una 'riconferma' dell'intesa originaria, recependo le modifiche, senza quella radicale 'distruzione' dello «stato di diritto legittimamente costituito»<sup>43</sup>, che era il tipico effetto della *restitutio in integrum*. Ragionare – in questi termini e recuperando la terminologia di Wlassak –, di «Wiederholung» della *litis contestatio*, intesa come 'ripetizione' non innovativa della *litis contestatio*, non mi sembra inadeguato né inappropriato<sup>44</sup>. Chiaramente, ciò postula che l'atto di accordo tra le parti non si traduca in una formalistica rilettura della *formula*: solo su un piano di intesa sostanziale – assistita e, per così dire 'garantita' dal pretore –, è possibile per la parti convenire di non rimettere mano a quanto già definito e non più in discussione.

Le parti sarebbero, pertanto, poste davanti a tre *decreta* – *dare iudicium*, *iussum iudicandi* e decreto 'traslativo' –, rispetto ai quali confermerebbero l'originario accordo, ma nel nuovo assetto. È inutile sottolineare che la presente è una ricostruzione che, pur muovendo da elementi tratti dalle fonti, ha natura congetturale e si muove nel campo dell'opinabile.

Una volta definita la forma del *transferre iudicium* nei termini di un *decretum*, è d'obbligo interrogarsi sulla natura di esso: se operi come strumento di attuazione della decisione pretoria o se assurga, almeno talvolta, a fondamento della medesima<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, 137, 150. Una riflessione, in generale, sulla derogabilità dello *iussum iudicandi* è svolta da RAMPAZZO 2015, 496 s.

<sup>43</sup> ORESTANO 1953, 109. Una logica simile traspare dalle parole di SCIALOJA 1936, 248, dove scrive che la *restitutio* «toglieva di mezzo le tristi conseguenze del diritto positivo». Per un quadro generale e un ampio ragguaglio bibliografico, cfr. KASER-HACKL 1996, 421 ss.

<sup>44</sup> WLASSAK 1892, 41. Ricordo che solo in un secondo momento WLASSAK 1921, 61 nt. 4, ipotizzò la presenza di una *praescriptio*.

<sup>45</sup> Osserva METRO 2000, § 1, che rientra ormai nella *communis opinio* il fatto che «l'attività integrativa e riformatrice del *ius civile*, posta in essere dai pretori romani a partire dall'età repubblicana avanzata si esercitava, fondamentalmente, mediante l'impiego di due strumenti tecnici: l'*edictum* e il *decretum*». Cfr., per tutti, GUARINO 1980, 303 s.; GALLO 1996, 70 ss.

È stato rilevato che l'unica attestazione di previsione edittale esplicita in materia 'traslativa' riguarda il *cognitor*, mentre ha natura riflessa quella sulla *mutatio iudicis*, che discende dalla previsione edittale relativa alla concessione dell'*excusatio*<sup>46</sup>. Da ciò è scaturita la ricerca di elementi indiziari relativi ad altre disposizioni, nonché la deduzione di esse per via logica, a partire dai pochi dati noti<sup>47</sup>. E, se in qualche misura, la *translatio iudicii*, in caso di morte di una parte, appare necessitata e dunque scontata (ma ciò non elimina il quesito sul fondamento giuridico), ciò non vale per le ipotesi di acquisto di capacità giuridica del *filius*, dello *statuliber* o del servo. Casi nei quali, tra l'altro, abbiamo registrato la presenza di una giurisprudenza altalenante, in cui talora la *translatio iudicii* assume i contorni di una mera opzione accanto a quella assolutoria e la scelta tra l'una o l'altra sembra rispecchiare una dialettica tra posizioni contrapposte<sup>48</sup>.

Anche in questo caso, un parallelo con la *restitutio in integrum* può venire in soccorso. In particolare, penso alla approfondita ricostruzione di Brutti, che verte sul tema della libertà dell'attività decretale del pretore oltre la prospettiva legalistica e in direzione della valorizzazione della prassi<sup>49</sup>. L'esame – che non assume mai toni astratti e sistematizzanti, ma segue lo svolgersi del pensiero della giurisprudenza e le peculiarità della casistica, rilevando ondeggiamenti, ripensamenti, diversità di opinioni e argomenti a sostegno delle varie soluzioni normative proposte<sup>50</sup> – serve a chiarire che «all'interno della prassi pretoria l'attività decretale si ponesse non solo come meccanica attuazione, ma anche come sviluppo e complemento delle norme edittali, senza perciò contravvenire al precetto della *lex Cornelia*, che viene interpretato in modo non letterale, e senza doversi necessariamente tradurre in una formale integrazione dell'editto»<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> *Vat. fr.* 341 (Ulp. 9 ed.), L. 312 (*supra*, 31 ss.). Notizia, per giunta, non certa, ancorché altamente verosimile, trattandosi di una fonte gravemente mutila.

<sup>47</sup> Penso, ad esempio, alle discussioni in dottrina relative all'esistenza di una previsione in materia di *translatio cognitoria* per caso di morte del *cognitor* o di *translatio procuratoria* (*supra*, 35 ss. e 47 ss.).

<sup>48</sup> Cfr. *supra*, 91 ss., spec. 99.

<sup>49</sup> BRUTTI 1973, 364 e nt. 1, 376 s., 381, ma v. anche 562 ss. e nt. 313. Lo studioso sottolinea (571 s.) che la valorizzazione della «autonomia dell'attività decretale» era stata in particolare oggetto degli studi di Erman, destinati purtroppo a «uno scarso seguito»: cfr. ERMAN 1892, spec. 202 ss.; 1898, spec. 303.

<sup>50</sup> Cfr., in particolare, la lunga indagine in BRUTTI 1973, 357-559.

<sup>51</sup> BRUTTI 1973, 579, ma si leggano anche le pagine 613 ss. In proposito, può risultare interessante la lettura di ERMAN 1903, 256 ss., ove sono indicati esempi di adozione di misure pretorie non edittali che mostrano come la *lex Cornelia* non giungesse a negare «l'activité librement décrétable du préteur classique» (262). Il perimetro e i contenuti della discussione intorno alla *lex Cornelia de iurisdictione* possono essere utilmente ricostruiti attraverso la seguente bibliografia essenziale: ROTONDI 1912, 371; METRO 1969, 500 ss.; GUARINO 1980, 306 ss.; MARTINI 1994, 233 ss.; GALLO 1997, 76 ss., 82 nt. 66; TALAMANCA 1989, 146 e 1990, 303; MANTOVANI 2003, 60 ss.; SCHIAVONE 2017, 346 s.

La dinamica del *transferre iudicium* – più evidente rispetto alla *translatio iudicii* – segue un andamento simile, come si è visto e di volta in volta segnalato. Interviene in situazioni di natura diversa, con soluzioni mirate al contesto specifico più che astrattamente omogenee, rivelando talora punti di vista diversi tra i giuristi. Vero è che, a differenza della *restitutio in integrum*, nel nostro caso non è rinvenibile alcuna *clausula generalis*, cui riportare le diverse applicazioni pratiche<sup>52</sup>.

E, tuttavia, ritengo che il complesso degli elementi fin qui raccolti ed esaminati (impiego del *decretum*, assenza di ulteriori riscontri edittali, natura casistica di molte applicazioni, discussioni tra giuristi in merito all'ammissibilità del mezzo<sup>53</sup>), consenta di ipotizzare – nella consapevolezza di muoversi, ancora una volta, nell'ambito dell'opinabile<sup>54</sup> – anche per il *transferre iudicium* il carattere di mezzo di tutela decretale, i cui campi di applicazione non necessitano l'individuazione di specifici fondamenti edittali per ogni ipotesi di applicazione<sup>55</sup>. Uno strumento, se si preferisce, di rango minore, fortemente legato alla prassi, coltivato e sviluppato dai giuristi, che, a fianco del pretore, suggerivano situazioni specifiche e limiti concreti che indirizzassero o comunque inserissero elementi ordinativi nell'ampio spettro di variabili della *causae cognitio*<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. BRUTTI 1973, 613 ss., il quale conclude (615): «In definitiva il solo fondamento reale di questa *restitutio in integrum* è nella prassi: manca il diaframma di una norma generale ed astratta, che non sia lo schematico riconoscimento dell'autonomia pretoria tracciato nella *clausula generalis*». Cfr. Ulp. 12 ed. D.4.6.1.1, L. 425, Ulp. 12 ed. D.4.6.26.9, L. 440; LENEL 1927, 120 s.

<sup>53</sup> Ho già ricordato la netta opposizione tra esiti 'traslativi' o assolutori che emerge in alcuni casi.

<sup>54</sup> Non va dimenticato, ad esempio, con GUARINO 1980, 304, da un lato che il sistema «decretale» non era esente da rischi e poteva tornare «opportuno là dove la fattispecie da risolvere addirittura non fosse prevista dal *ius civile*, né fosse ad esso riconducibile col procedimento dell'integrazione analogica»; dall'altro (341 s. nt. 199), con specifico riferimento alle informazioni tratte da *libri responsorum* o *libri quaestionum* (che pure figurano tra le fonti discusse), che in questi casi è particolarmente difficile l'enucleazione di temi «edittali» e la distinzione rispetto a «postulati aventi radice puramente "decretale"».

<sup>55</sup> Non entro nel merito della natura di esso, se rientrante nella *iurisdictio* o, come sarebbe forse più adeguato, *magis imperii quam iurisdictionis*. Tale dovrebbe essere in generale lo strumento decretale, secondo GUARINO 1980, 304, ma la distinzione non può considerarsi netta: cfr. già WENGER 1938, 27 ss.; PUGLIESE 1963, 118 ss.; né si devono dimenticare i rilievi di RAGGI 1965, 95 ss. (ove altra bibliografia), che hanno circoscritto e rimodulato il peso dell'espressione.

<sup>56</sup> Pur con riferimento a una diversa ipotesi (Ulp. 11 ed. D.4.3.9.5 e 11 pr.-1, L. 390: in cui però si tratta pur sempre di commento edittale e di *causae cognitio*), MANTOVANI 1998, 164, usa espressioni che sembrano applicabili anche nel caso di specie, come «intreccio fra discrezionalità pretoria e ruolo uniformante dei giuristi» e «tendenza [dei giuristi] a tipizzare un'attività», quella della *causae cognitio* pretoria, «che, per definizione, avrebbe invece avuto per metro le caratteristiche infinitamente variabili del caso concreto».

#### 4. *Riflessioni di sintesi*

Il percorso, a questo punto, può dirsi concluso. È ormai chiaro che al quesito di partenza – relativo alla possibilità di configurare unitariamente, entro un unico ‘contenitore concettuale’ le figure giuridiche della *translatio iudicii* e della *mutatio iudicis* – possa darsi, dal mio punto di vista, risposta positiva.

L’analisi si è svolta seguendo le declinazioni del *transfere iudicium* lungo tre filoni.

I primi due concernenti la *translatio iudicii*, della quale si è cercato dapprima di cogliere i tratti emergenti dall’editto<sup>57</sup>, quindi di ricostruirne alcuni lineamenti seguendo le fila della discussione giurisprudenziale. Qui l’approccio si è fatto necessariamente casistico, perché l’assenza di qualunque appiglio che riconducesse a una clausola edittale, ha condotto lungo percorsi tracciati in campi non omogenei del diritto privato<sup>58</sup>. Benché ci sia parso di cogliere un elemento unificante in quel rapporto di «intimità giuridica» che lega tra loro i soggetti di volta in volta interessati dal provvedimento ‘traslativo’<sup>59</sup>.

Il terzo filone è dato dalla *mutatio iudicis*, nel cui esame si sono pure presi in considerazione elementi di derivazione edittale, accanto a riflessioni e opinioni dei giuristi<sup>60</sup>. Il dato più saliente è quello della sostanziale identità dei meccanismi di funzionamento, rispetto a quelli della *translatio iudicii*, ancorché la concreta applicazione risenta, inevitabilmente, delle peculiarità della situazione. Il ruolo del pretore appare più rilevante, ma la tesi di una diversità di ‘natura’ della *mutatio iudicis* non è sostenibile: le parti non possono essere del tutto accantonate, né l’opzione di un intervento limitato allo *iussum iudicandi* trova solidi e plausibili riscontri.

Esaurito l’esame delle fonti, l’indagine, in questo capitolo conclusivo, si è confrontata con gli aspetti tecnici, relativi alla concreta realizzazione del *transfere iudicium*: la rilevata inconciliabilità (o, se si preferisce: la difficile conciliabilità) con la *praescriptio*, non potendosi risolvere, da parte mia, in un *rem sibi non liquere*, ha imposto di proporre una soluzione alternativa, con tutti i rischi connessi. Lo strumento del *decretum* e una prospettiva non formalistica della *litis contestatio* hanno offerto le condizioni per ipotizzare una soluzione ‘pratica’ – peraltro nel solco dell’autorevole precedente, pur se diversamente calibrato, del rimedio restitutorio –, ma non per questo meno giuridicamente accettabile.

Non va taciuto, una volta di più, che, pur avendo avuto cura di tenere costantemente presenti le fonti, individuandovi elementi a supporto dei

---

<sup>57</sup> *Supra*, cap. II.

<sup>58</sup> *Supra*, cap. III.

<sup>59</sup> L’espressione, come si ricorderà (*supra*, 115) è di BETTI 1914, 684 nt. 1.

<sup>60</sup> *Supra*, cap. IV.

singoli passaggi, gli esiti sono stati talvolta definiti e riordinati attraverso operazioni congetturali. Il contesto è frammentario ed è stato possibile disporre soltanto alcune tessere del mosaico: usandole come punti di riferimento e coordinandole, si sono tracciate le linee negli spazi vuoti, proponendo l'elaborazione di un disegno complessivo.

In conclusione, la scelta di quest'espressione, *transferre iudicium*, si è rivelata utile. Non già sul piano strettamente del lessico tecnico-giuridico: la terminologia tradizionale mantiene senz'altro una pregnanza e un'efficacia che non si pretende di sostituire. È invece sul piano concettuale che essa svolge una funzione unificante, identificativa di uno strumento processuale, del quale *translatio iudicii* e *mutatio iudicis* sono declinazioni. Entrambe muovono dalla situazione di stallo che si può verificare tra *litis contestatio* e sentenza e richiedono di valutarne le ragioni, in vista di una soluzione non sempre meccanica, anzi, spesso commisurata alle peculiarità del caso. Rivelando, al fondo, una significativa capacità adattativa. Il decreto che formalizza la decisione, infine, ha natura attuativa e, così ci è parso, talora fondativa.

*Translatio iudicii* e *mutatio iudicis* celano – ma, al contempo, svelano – una fondamentale unità strutturale e la differenza terminologica è segno non di distinzione di natura, sostanza o procedura, ma anzi di una prospettiva a sua volta unitaria: i due atti vengono visti dalla prospettiva delle parti – e del pretore – intorno al *iudicium*. Se le parti sono il perno intorno a cui ruota il processo, è normale che il *iudicium* appaia 'traslare', dal subentrato a colui che subentra nel ruolo di 'parte'. Dal medesimo punto di osservazione, del *iudex* si dirà che muta: rispetto a costui il *iudicium* non 'trasla' perché le parti restano, per così dire, ferme.

Seguire il filo del processo, infine, ha consentito di evidenziare, abbiamo detto, una dinamica di funzionamento unitaria. Ma soprattutto un'unità di scopo. Quello stesso che già Scialoja aveva lucidamente individuato nella situazione in cui «rimanendo fisso (almeno di regola) l'oggetto della causa e il rapporto obbiettivamente considerato, ossia la *res* che era dedotta in giudizio, vi fossero variazioni specialmente nelle persone o del giudice, o delle parti litiganti»<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> SCIALOJA 1936, 183.

## BIBLIOGRAFIA

### ALBANESE

- 1973 B. ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*, in *AUPA* 33 (1973), 337-419  
1979 B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979

### ALBERTARIO

- 1912 E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, in *RISG* 52 (1912), 13-59 (= *Studi di diritto romano. IV. Eredità e processo*, Milano 1946, 115-163, da cui si cita)

### ANGELINI

- 1971 P. ANGELINI, *Il «procurator»*, Milano 1971

### ARANGIO-RUIZ

- 1984 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, rist. Napoli 1997 (1984<sup>14</sup>)

### ASTOLFI

- 2001 R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova 2001<sup>2</sup>

### AVVOCATI ITALIANI

- 1885 AVVOCATI ITALIANI, *Corpus juris civilis nella sua miglior lezione secondo gli studi più recenti con richiami alle diverse sue parti e alle disposizioni del Codice civile italiano e delle varie legislazioni moderne*, Roma 1885

### BEHRENDTS

- 1995 O. BEHRENDTS, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in *ZRG RA* 112 (1995), 233-238

### BEHRENDTS et al.

- 1995 O. BEHRENDTS-R. KNÜTEL-B. KUPISCH-H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. II. Digesten 1-10*, Heidelberg 1995

### BERTOLDI

- 2003 F. BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino 2003

### BERTOLINI

- 1914 C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile*, II, Torino 1914

### BESELER

- 1913 G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen 1913

- 1925 G. BESELER, *Miscellanea*, in *ZRG RA* 45 (1925), 188-265  
 1925b G. BESELER, *Miscellanea (Populus, municipes, collegium)*, in *ZRG RA* 45 (1925), 188-189  
 1926 G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZRG RA* 46 (1926), 83-143  
 1929 G. BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929  
 1931 G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, Leipzig 1931

## BETHMANN-HOLLWEG

- 1827 M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, Nicolai 1827  
 1865 M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozess*, II, Bonn 1865

## BETTI

- 1914 E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, 1914, 674-720  
 1922 E. BETTI, *D.42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922  
 1927 E. BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padova 1927, 65-129  
 1935 E. BETTI, *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935  
 1939 E. BETTI, *Processo civile romano*, in *NDI* 10 (1939), 619-635  
 1947 E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, rist. Padova 1947<sup>2</sup>

## BIONDI

- 1925 B. Biondi, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA* 10 (1925), 1-366  
 1928 B. Biondi, *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales*, in *BIDR* 36 (1928), 99-126

## BLOCH

- 1993 M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, nouv. éd. Paris 1993, tr. it. G. GOUTHIER (a cura di), *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino 1998, da cui si cita

## BONFANTE

- 1946 P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1946<sup>10</sup>, rist. Milano 1987, da cui si cita

## BONIFACIO

- 1952 F. BONIFACIO, *L'estinzione del giudizio per mors litis*, in *AG* 142 (1952), 34-68  
 1953 F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1, Milano, Giuffrè, 1953, 61-104  
 1956 F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano. I. Translatio iudicii*, Napoli 1956  
 1956b F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV, Milano 1956, 537-548

- 1959 F. BONIFACIO, *Cautio iudicatum solvi*, in *NNDI* 3, Torino 1959, 54-55
- 1963 F. BONIFACIO, *Litis contestatio*, in *NNDI* 9, Torino 1963, 973-975
- BRETONE**
- 1958 M. BRETONE, *Capitis deminutio*, in *NNDI*, Torino 1958, 916-918
- 1984 M. BRETONE, *Il responso nella scuola di Servio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, rist. Napoli 1984<sup>2</sup>, 89-102
- 1999 M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1999<sup>3</sup>
- 2008 M. BRETONE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, in *Atti Accademia nazionale dei Lincei*, Memorie, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma 2008, 756-879
- BRIGUGLIO**
- 2007 F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, Milano 2007
- BROGGINI**
- 1957 G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, München 1957
- 1959 G. BROGGINI, *A propos de mutatio iudicis et de translatio iudicii*, in *TR* 27 (1959), 313-341
- BRUTTI**
- 1973 M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973
- 2012 M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012), 75-124
- 2015 M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2015<sup>3</sup>
- 2017 M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017
- BUONAMICI**
- 1886 F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, Pisa 1886
- BURDESE**
- 1971 A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in *SDHI* 37 (1971), 307-328
- BUTI**
- 1984 I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984
- CALBOLI MONTEFUSCO**
- 1975 L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La translatio e la praescriptio nei retori latini*, in *Hermes* 103 (1975), 212-221
- CALONGHI**
- 1989 F. CALONGHI, *Dizionario latino italiano*, Torino 1989<sup>3</sup>
- CALORE**
- 1988 A. CALORE, *La rimozione del giuramento. 'Conditio iurisiurandi' e 'conditio turpis' nel testamento romano*, Milano 1988
- CAMODECA**
- 1999 G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpici*, I-II, Roma 1999

- 174      *Transferre iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*
- CANCELLI  
1998      F. CANCELLI (a cura di), *Cicerone. La retorica a Gaio Erennio*, Milano 1998
- CANNATA  
1982      C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982
- CARDILLI  
1992      R. CARDILLI, *Designazione scelta del iudex unus alla luce della lex Irmitana*, in *Rendiconti lincei. Scienze morali, storiche, filologiche*, IX, 3.1 (1992), 37-73
- CARRELLI  
1938      O. CARRELLI, *Sul «beneficium restitutionis»*, in *SDHI* 4 (1938), 5-67  
1946      O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946
- CERVENCA  
1968      G. CERVENCA, *Restitutio in integrum*, in *NNDI* 15, Torino 1968 (rist. 1980), 739-744
- CHANTRAINE  
1970      P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire de mots*, II. E-K, Paris 1970
- COSENTINO  
1964      P. COSENTINO, *Sul 'pro tutela agere' di Inst. 4, 10 pr.*, in *SDHI* 30 (1964), 263-283
- CRIFÒ  
1965      G. CRIFÒ, *Rapporti tutelari nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1965
- CUJAS  
1658      J. CUJAS, *Recitationes ad Salvii Iuliani libri XC digestorum*, in C.A. FABROT (a cura di), *Opera omnia in decem tomos distributa*, 6, Lutetiae 1658, ediz. Neapoli 1722, da cui si cita
- CUQ  
1928      É. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris<sup>2</sup> 1928
- D'ANGELO  
2017      G. D'ANGELO, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in *AUPA* 60 (2017), 289-300
- D'IPPOLITO  
1993      F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli 1993
- DE FILIPPI  
1998      M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1998  
2009      M. DE FILIPPI, *Dignitas tra repubblica e principato*, Bari 2009
- DELL'ORO  
1960      A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960

## DE MARINI AVONZO

- 1967 F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Milano 1967

## DE MARTINO

- 1937 F. DE MARTINO, *Navis, eadem navis – specificatio*, in *Riv. dir. nav.* 3.1 (1937), 41-61 (= in *Diritto privato e società romana*, Roma 1982, 45-71, da cui si cita)
- 1954 F. DE MARTINO, *Appunti in tema di specificatio* in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli 1954, 297-307

## DE RUGGIERO

- 1905 R. DE RUGGIERO, *Teorie nuove e teorie vecchie intorno alla litis contestatio*, in *BIDR* 17 (1905), 149-190

## DE SARLO

- 1940 L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940

## DE VISSCHER

- 1947 F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947

## DOMISCH

- 2018 J. DOMISCH, *Rez. Friederike Erxleben, Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess (= Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechts- geschichte 112)*. Beck, München 2017. 311 S., in *ZRG RA* 135 (2018), 724-739

## DONATUTI

- 1940 G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano 1940

## DÜLL

- 1931 R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, München 1931

## DUQUESNE

- 1907 J. DUQUESNE, *Contribution à l'étude de la «cautio iudicatum solvi»*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 197-228
- 1907b J. DUQUESNE, *La contexture générale de la «cautio iudicatum solvi»*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier 1907, 321-353
- 1910 J. DUQUESNE, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Paris 1910
- 1929 J. DUQUESNE, *Les Nouvelles recherches, sur l'édit perpétuel. A propos d'un ouvrage récent*, in *RHDFE* 8 (1929), 110-129
- 1969 J. DUQUESNE, *Translatio iudicii*, in C. DAREMBERG-E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 5, Paris 1969, 403-404

## EBRARD

- 1926 F. EBRARD, *Beamtenpflicht und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare operam*, in *ZRG RA* 46 (1926), 144-168

## EISELE

- 1881 F. EISELE, *Cognitur und procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Tübingen 1881

- 1881b F. EISELE, *Translatio iudicii nach der litis contestatio*, in ZRG RA 15 (1881), 138-140
- 1889 F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg 1889
- ERMAN
- 1892 H. ERMAN, *Beiträge zur Publiciana. II*, in ZRG RA 13 (1892), 173-224
- 1898 H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZRG RA 19 (1898), 261-360
- 1903 H. ERMAN, *D (44,2) 21 § 4. Études de droit classique et byzantine*, in *Mélanges Ch. Appleton*, Lyon-Paris 1903, 203-303
- ERNOUT-MEILLET
- 2001 A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 2001
- ERXLEBEN
- 2017 F. ERXLEBEN, *Translatio iudicii. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess*, München 2017
- FAVRE
- 1600 A. FAVRE [FABRUS], *Coniecturae iuris civilis, libri XI & XII*, Lugduni 1600
- 1659 A. FAVRE [FABRUS], *Rationalia in Pandectas. Opus nouum, nec ab vlllo antehac tentatum, in quo verae ac genuinae dubitandi decidendique rationes ad singulos pene versiculos adhibentus*, voll. 1, 1659
- FERRINI
- 1898 C. FERRINI, *Contestatio litis*, in *DI* 8.2, Torino 1895-1898, 947-949
- 1908 C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1908<sup>3</sup>
- FINKENAUER
- 2009 T. FINKENAUER, *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, in ZRG RA 126 (2009), 305-357
- FIOCCHI
- 2017 L. FIOCCHI, *Cicerone, Il processo di Verre*, Milano 2017<sup>9</sup>
- FIRA
- 1941 *Fontes iuris romani antejustiniani, I-III*, rist. Firenze 1968 (1941)
- FIORI
- 2003 R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003
- 2018 R. FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tavole. Testo e commento*, I, Napoli 2018
- FRANCIOSI
- 1961 G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961
- FREZZA
- 1963 P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, Padova 1963
- 1977 P. FREZZA, *'Responsa' e 'Quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI* 43 (1977), 203-262

## GALLO

- 1996 F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI* 62 (1996), 1-63 (= in *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997, 53-137, da cui si cita)

## GARCÍA DEL CORRAL

- 1889 I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano. Instituta – Digesto*, Barcelona 1889, rist. Valladolid 2004, da cui si cita
- 1897 I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto, 6 y 7 partes*, 1897, rist. Valladolid 1988, da cui si cita

## GAURIER

- 2017 D. GAURIER, *Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien, I-III*, Paris 2017

## GEHRICH

- 1963 W.-D. GEHRICH, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen 1963

## GEORGESCU

- 1940 V.A. GEORGESCU, *Le mot causa dans le latin juridique*, in *Études de philology juridique et de droit romain*, Paris 1940, 129-239

## GIARO

- 1994 T. GIARO, *L'art de comparer les cas*, in *SDHI* 60 (1994), 507-531
- 2013 T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, in *ZRG RA* 111 (2013), 66-94

## GIRARD

- 1887 P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in *NRHDFE* 11 (1887), 409-449
- 1913 P.F. GIRARD, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, in *ZRG RA* 34 (1913), 295-372

## GIRARD-SENN

- 1977 P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes de droit romain*, Napoli 1977

## GONZÁLEZ-CRAWFORD

- 1986 J. GONZÁLEZ-M.H. CRAWFORD, *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *JRS* 76 (1986), 147-243

## GONZÁLEZ ROLDÁN

- 2010 Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari 2010

## GORIA

- 2002 F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Collana della «Rivista di Diritto Romano» – Testi*, 7, Milano 2002, 7-11

## GRÖSCHLER

- 2010 P. GRÖSCHLER, *Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale in diritto romano*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, III, Milano 2010, 195-222

GUARINO

- 1946 A. GUARINO, *Le compilazioni giuridiche bizantine e l'indagine storico-critica*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Pavia 1946, 307-317 (= in GUARINO 1994, 509-516, da cui si cita)
- 1949 A. GUARINO, «*Furiosus*» e «*prodigus*» nelle XII Tavole, in *AUCT* 3 (1949), 194-203 (= in GUARINO 1994, 154-164, da cui si cita)
- 1968 A. GUARINO, «*Solutio societatis*», in *Labeo* 14 (1968), 139-166
- 1980 A. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW* 2.13 (1980), 62-102 (= in GUARINO 1994, 296-346, da cui si cita)
- 1988 A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1988<sup>8</sup>
- 1990 A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990
- 1994 A. GUARINO, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994

HACKL

- 1976 K. HACKL, *Praejudicium im klassischen römischen Recht*, München 1976

HEUMANN-SECKEL

- 1926 H.G. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926<sup>9</sup>

HUSCHKE

- 1867 E. Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Leipzig 1867

KASER

- 1937 M. KASER, *Translatio* [II], in *PWRE* VI A,2 (1937), 2160-2168
- 1968 M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, München 1968<sup>2</sup>
- 1971 M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971

KASER-HACKL

- 1996 M. KASER-K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996<sup>2</sup>

KELLER

- 1827 F.L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich 1827
- 1883 F.L. KELLER, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, 6 Aufl., Leipzig 1883

KLINGMÜLLER

- 1909 F. KLINGMÜLLER, *Excusatio*, in *PWRE* VI, 2 (1909), 1578-1581

KOLITSCH

- 1959 W. KOLITSCH, *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens*, in *ZRG RA* 76 (1959), 265-305

KOSCHAKER

- 1905 P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozess*, Graz 1905

KRAFFT

- 1980 P. KRAFFT, *Ein Überzeugnis zur mutatio iudicis*, in *ZRG RA* 97 (1980), 266-272

- KRÜGER  
 1906 H. KRÜGER, *Rez. Koschaker, Paul, Translatio iudicii*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 33 (1906) [= Z. Grünhut], 541-548
- KRÜGER  
 1895 P. KRÜGER, *Über dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation*, in *ZRG RA* 16 (1895), 1-6
- KÜBLER  
 1895 B. KÜBLER, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit*, in *ZRG RA* 16 (1895), 137-180
- KUNKEL  
 1973 *Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Vestigia* 17 [= *Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik*, München 1973], 193-242
- LAMBERTI  
 1993 F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e ius Romanorum*, Napoli 1993
- LA ROSA  
 1956 F. LA ROSA, *La struttura della «cautio iudicatum solvi»*, in *Labeo* 2 (1956), 160-186  
 1963 F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano 1963
- LAVAGGI  
 1945 G. LAVAGGI, *La successione dei liberi patroni nelle opere dei liberti*, in *SDHI* 11 (1945), 237-278  
 1947 G. LAVAGGI, «*Iniuria*» e «*obligatio ex delicto*», in *SDHI* 13/14 (1947/1948), 141-198
- LEMOSSE  
 1944 M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du proces civil antique*, Paris 1944, rist. Roma 1971, da cui si cita  
 1969 M. LEMOSSE, *Indications nouvelles sur le iussum iudicandi*, in *RH* 47 (1969), 291-293
- LENEL  
 1881 O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare: mit einer Tafel*, in *ZRG RA* 2 (1881), 14-82  
 1889 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I-II, Lipsiae 1889  
 1894 O. LENEL, *Die Form der Litiskontestation in Formularprocess*, in *ZRG RA* 15 (1894), 374-392  
 1903 O. LENEL, *Zur Form der klassischen Litiskontestation*, in *ZRG RA* 24 (1903), 329-343  
 1916 O. LENEL, *Zum Edictum perpetuum*, in *ZRG RA* 37 (1916), 104-128  
 1918 O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in *ZRG RA* 39 (1918), 119-171  
 1922 O. LENEL, *Moritz Wlassak, Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921, in *ZRG RA* 43 (1922), 567-574

- 1923 O. LENEL, *Intervalla insaniae*, in *BIDR* 33 (1923), 227-239  
1927 O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1927<sup>3</sup>, rist. Aalen 1985  
1927b O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in *ZRG RA* 47 (1927), 1-28  
1927c O. LENEL, *Iudicium*, in *ZRG RA* 47 (1927), 29-38  
1931 O. LENEL, *Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in *ZRG RA* 51 (1931), 1-53

LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR

- 1997 M. LEUMANN-J.B. HOFMANN-A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, II, rist. München 1997 (1972<sup>2</sup>)

LEVY

- 1916 E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, in *ZRG RA* 37 (1916), 14-87

LEVY-RABEL

- 1929 E. LEVY-E. RABEL (a cura di), *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. I. Ad libros Digestorum I-XX pertinens*, Weimar 1929  
1929b E. LEVY-E. RABEL (a cura di), *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Supplementum I. Ad libros Digestorum I-XII pertinens*, Weimar 1929  
1935 E. LEVY-E. RABEL (a cura di), *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. III. Ad libros Digestorum XXXVI-L pertinens*, Weimar 1935

LEVY-BRUHL

- 1924 H. LÉVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, in *TR* 5 (1924), 383-431

LIVA

- 2017 S. LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino 2017

LOMBARDO

- 2013 F. LOMBARDO, *La regola e l'eccezione: il principio alteri stipulari nemo potest e la caution iudicatum solvi in età tardoantica*, in *IVRA* 61 (2013), 87-135

LOVATO

- 2003 A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari 2003  
2017 A. LOVATO, *Storicità del diritto e ius controversum nella riflessione di Orestano e di Raggi*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, Torino 2017, 73-98

LUZZATTO

- 1965 G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, rist. Bologna 2004, da cui si cita

MAGANZANI

- 2007 L. MAGANZANI, *Editto provinciale e processi locali nella Sicilia dell'età di Cicerone*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano 2007, 1-43

## MAININO

- 2012 G. MAININO, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Milano 2012

## MANCUSO

- 1988 G. MANCUSO, *Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 40 (1988), 63-171  
 1997 G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, in *SDHI* 63 (1997), 343-400

## MANTOVANI

- 1998 D. MANTOVANI, *L'Editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, 129-178  
 1999 D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999<sup>2</sup>  
 2003 D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione: giudici e giuristi nella storia della giustizia civile (Atti Convegno SISD, Napoli, 18-20 ottobre 2001)*, Napoli 2003, 33-151  
 2010 D. MANTOVANI, *Lessico dell'identità*, in A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 3-47  
 2017 D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono "veteres". Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Augusto. La costruzione del principato (Atti Convegno Accademia Lincei, Roma 4-5 dicembre 2014)*, Roma 2017, 257-325  
 2018 D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique*, Paris 2018

## MARRONE

- 1955 M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955  
 1955b M. MARRONE, *Sulla querela inofficiosi testamenti*, in *SDHI* 21 (1955), 74-122  
 1976 M. MARRONE, *Dolo desinere possidere e alienatio iudicii mutandi causa facta*, in *AUPA*, 36 (1976), 367-418  
 1994 M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994<sup>2</sup>  
 1998 M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in *AUPA* 45 (1998), 427-444  
 1998b *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI* 64 (1998), 47-68  
 2009 M. MARRONE, *Dominus litis*, in *AUPA* 53 (2009 [pubbl. 2010]), 255-285  
 2010 M. MARRONE, *Alieno nomine agere e terzi nel processo romano*, in A. PA-DOA SCHIOPPA (a cura di), *Agire per altri: la rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica (Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007)*, Napoli 2010, 305-346

## MARTINI

- 1960 R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960  
 1960b R. MARTINI, *Postilla in tema di «causae cognitio»*, in *Studi Senesi* 72 (1960), 448-454

- 182      *Transferre iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*
- 1973      R. Martini, '*Causae cognitio*' e discrezionalità, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, 2, Milano 1973, 695-708
- 1994      R. MARTINI, *Causae cognitio praetoria e lex Cornelia de iurisdictione*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, Napoli 1994, 229-244
- MAZEAUD
- 1933      J. MAZEAUD, *La nomination du iudex unus sous la procedure formulaire a Rome*, Paris 1933
- MECKE
- 1962      B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in *SDHI* 28 (1962), 100-161
- METRO
- 1969      A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio Cass.36.40.1-2*, in *IVRA* 20 (1969), 500-515
- 2000      A. METRO, *Decreta praetoris e funzione giudicante*, in *Ius antiquum* 6 (2000), online tramite *Diritto@Storia* ([dirittoestoria.it](http://dirittoestoria.it))
- METZGER
- 1997      E. METZGER, *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford 1997
- MEYER
- 1951      E. MEYER, *Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre*, in *ZRG RA* 68 (1951), 30-73
- MICELI
- 2008      M. MICELI, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, Milano 2008
- MIGLIETTA
- 2010      M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena 1*, Trento 2010
- MOMMSEN
- 1860      T. MOMMSEN, *Codicis Vaticani N. 5766 in quo insunt juris antejustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exemplum addita transcriptione notisque criticis ed. Th. Mommsen. Ex commentationibus regiae Academiae scientiarum Berolinensis a. 1859*, Berolini 1860
- MOMMSEN-KRÜGER
- 1890      T. MOMMSEN-P. KRÜGER, *Collectio librorum iuris anteustiniani. 3. Fragmenta Vaticana, Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, Berolini 1890
- 1963      T. MOMMSEN-P. KRÜGER, *Corpus iuris Civilis, Institutiones. Digesta*, Hildesheim 2000<sup>13</sup>
- NICOTRI
- 2015      M.T. NICOTRI, *La 'translatio iudicii' ed il 'iudex privatus'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova 2015, 963-1000

## NÖRR

- 1963 B. BISCHOFF-D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution Kaiser Julians (c. Iuliani de postulando)*, München 1963
- 1981 D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?*, in *BIDR* 84 (1981), 9-33

## OLD

- 2005 P.G.W. GLARE (a cura di), *Oxford Latin Dictionary*, rist. Oxford 2005

## ORESTANO

- 1951 R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in *Jus* 2 (1951), 141-178, ora in ORESTANO 1981, 67-114, da cui si cita
- 1953 R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953<sup>2</sup>
- 1957 R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *Jus* 8 (1957), 199-222, (= con ritocchi e aggiornamenti, in ORESTANO 1981, 159-191, da cui si cita)
- 1959 R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959
- 1961 R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961<sup>2</sup>
- 1961b R. ORESTANO, *Voce da un'enciclopedia: 'Formalismo giuridico'* (= *Formalismo giuridico*, in *Enc. It., Appendice III*, Roma 1961, 658 ss.), in ORESTANO 1981, 383-392, da cui si cita
- 1967 R. ORESTANO, *Rappresentanza*, in *NNDI* 14, Torino 1967, 795-800
- 1968 R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino 1968
- 1981 R. ORESTANO, *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981
- 1981b R. ORESTANO, *Ventotto pagine necessarie*, in ORESTANO 1981, 115-143

## PARTSCH

- 1909, J. PARTSCH, *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutanda causa facta*, Genève 1909

## PELLECCHI

- 2003 L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003

## PENNITZ

- 2009 M. PENNITZ, *Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven*, in H. ALTMEPPEN-I. REICHARD-M.J. SCHERMAIER (a cura di), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, 855-872

## PETOT

- 1912 P. PETOT, *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Paris 1912

## PIATTELLI

- 1975 D. PIATTELLI, *Vaticana Fragmenta*, in *NNDI* 20, Torino 1975, 572-574

## PISSARD

- 1907 H. PISSARD, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris 1907

PUGLIESE

- 1950 G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, 2, Padova 1950, 115-156
- 1953 G. PUGLIESE, *La litis contestatio nel processo formulare*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1953, 363-388
- 1953b G. PUGLIESE, *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano 1953, 235-272
- 1959 G. PUGLIESE, *Cognitio*, in *NNDI* 3, Torino 1959, 430-435
- 1962 G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962
- 1963 G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare. I*, Milano 1963
- 1963b G. PUGLIESE, *Iudicium*, in *NNDI* 9, Torino 1963, 335-339
- 1979 G. PUGLIESE, *L'«actio» e la «litis contestatio» nella storia del processo romano*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, 1, Milano 1979, 409-432
- 1986 G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986

PURPURA

- 1984 G. PURPURA, *Tabulae Pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in *Atti della Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo*, serie V, II (1981-82) II, 449-474 (= *Atti del XVII Congresso Intern. di Papirologia*, Napoli 1984, 1245-1266, da cui si cita)

QUADRATO

- 1987 R. QUADRATO, *Rappresentanza (diritto romano)*, in *EdD* 38, Milano 1987, 417-435

RAGGI

- 1965 L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965
- 1968 L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, corso 1967-1968, in *Scritti*, Milano 1975, 165-254, rist. M. CAMPOLUNGHIS-S.A. FUSCO (a cura di), Torino 2007, da cui si cita

RAMPAZZO

- 2015 N. RAMPAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall'«officium iudicandi»*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, Padova, 2015, 489-520

RIZZELLI

- 2007 G. RIZZELLI, *Il furor di Elio Prisco. Macer 2 iud. publ. D.1.18.14*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano 2007, 495-530

ROCCI

- 1991 L. ROCCI, *Vocabolario Greco Italiano*, Roma 1991<sup>36</sup>

ROTH

- 1999 H.J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999

- ROTONDI  
1912 G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, rist. Hildesheim-Zürich-New York 1990, da cui si cita
- RUDORFF  
1859 A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1859  
1869 A.A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869
- RÜMELIN  
1886 M.F.G. RÜMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprozess*, Freiburg 1886
- SACCOCCIO  
2002 A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano 2002
- SAMTER  
1911 R. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar 1911
- SANTALUCIA  
1971 B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, I-II, Milano 1971
- SANTORO  
1985 R. SANTORO, *Le due formule della 'Tabula Pompeiana' 34*, in *AUPA* 38 (1985), 333-350
- SATTA  
1958 S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 12 (1958), 1141-1158 (= in *Il mistero del processo*, Milano 1994, 81-110, da cui si cita)
- SAVIGNY  
1840 F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 2, Berlin 1840  
1888 F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 2, trad. it. a cura di V. Scialoja, Torino 1888
- SEGRÈ  
1934 G. SEGRÈ, *In materia di garanzie processuali*, in *BIDR* 42 (1934), 497-549
- SCEVOLA  
2012 R. SCEVOLA, *Riflessioni in tema di 'mutatio iudicis'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, Padova 2012, 447-486
- SCHERMAIER  
1992 M. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar 1992
- SCHIAVONE  
2017 A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017<sup>2</sup>
- SCHIPANI  
2005 S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I (1-4) e II (5-11), Milano 2005

SCHULZ

- 1906 F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Kommentar*, Halle 1906  
1953 F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953<sup>2</sup>, tr. it. G. NOCERA (a cura di), *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, da cui si cita

SCHWARZ

- 1951 A.B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar 1951, 201-225 [= *Il diritto controverso dei giuristi romani*, in A. LOVATO (a cura di), *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011<sup>2</sup>, 171-197, da cui si cita]

SCIALOJA

- 1936 V. SCIALOJA, *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*, Roma 1936

SCIORTINO

- 2009 S. SCIORTINO, *Lege agere pro tutela*, in *IAH* 1 (2009), 159-193

SECKEL

- 1907 E. SECKEL, *Die Haftung de peculio un de in rem verso aus der Litiskon- testation und dem Urteil nach klassischem römischem Recht*, in *Aus Römischen und Bürgerlichen Recht. Festschrift Ernst Immanuel Bekker*, Weimar 1907, 323-382

SERRAO

- 1947 F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947  
1956 F. SERRAO, *Sul danno da reato in diritto romano*, in *AG* 151 (1956), 16-66

SOLAZZI

- 1898 S. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius di stare in giudizio*, in *BIDR* 11 (1898), 113-210  
1910 S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 22 (1910), 5-108  
1911 S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 23 (1911), 119-185  
1913 S. SOLAZZI, *Tutele e curatele*, in *RISG* 53 (1913), 263-292; 54 (1914), 17-70, 273-294 (=in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 1-80, da cui si cita)  
1929 S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Jovene 1929

SPENGLER

- 1994 H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994

SPERANDIO

- 2019 M.U. SPERANDIO, *Il 'Digesto Antegiustiniano'. Osservazioni sui Fragmenta iuris del Codex Vaticanus Latinus n. 5766*, in *Historia et ius* 15 (2019), 1-25

SPERL

- 1895 H. SPERL, *Succession in den Process: eine civilprocessuale Studie*, Graz 1895

## SPRUIT-FEENSTRA-BONGENAAR

- 1994 J.E. SPRUIT-R. FEENSTRA-K.E.M BONGENAAR, *Corpus iuris civilis: tekst en vertaling. II. Digesten 1-10*, 's-Gravenhage 1994

## STOLFI

- 2017 E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte». Il problema dei generi letterari*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iurisi civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 49-72

## STURM

- 1999 F. STURM, *Ea res agetur de sponsione. La Tabula Pompeiana 34 nous révèle-t-elle une forme inconnue de praescriptio pro actore?*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité (Atti SIHDA, Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)*, 89-103

## TALAMANCA

- 1979 M. TALAMANCA, *Note sulla 'oblatio liti'*, in J.E. SPRUIT (a cura di), *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen 1979, 167-201
- 1987 M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, in *EdD* 36 (1987), 1-79
- 1989 M. TALAMANCA (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989
- 1990 M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990

## THOMAS

- 1976 Y. THOMAS, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le language du droit romain*, Paris 1976 (these pour le doctorat)

## TRAINA-BERTOTTI

- 2003 A. TRAINA-T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*, Bologna 2003<sup>3</sup>

## TURELLI

- 2019 G. TURELLI, *Alfenus 6 dig. D.5.1.76, L. 23. Per una lettura che ricomponga diritto e retorica*, in *SDHI* 84 (2018 [ma pubbl. 2019]), 61-92
- 2020 G. TURELLI, *La nozione di populus in Alfeno*, in *RIDA* 65 (2018 [ma pubbl. 2020]), 211-250

## VARVARO

- 2002 M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio nella Tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in *AUPA* 47 (2002), 367-404
- 2008 M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008
- 2019 M. VARVARO, *A proposito di «translatio iudicii»*, in *Index* 47 (2019), 218-228

## VIGNALI

- 1856 G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. II. Digesto. 1*, Napoli 1856
- 1859 G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. II. Digesto. 6*, Napoli 1859

## VIR

- 1-5 *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, 1-5, Berlino 1894-1933

VOCI

- 1963 P. VOCI, *Diritto ereditario romano, II. Parte speciale*, Milano 1963<sup>2</sup>  
1967 P. VOCI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, Milano 1967<sup>2</sup>  
1969 P. VOCI, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in *IVRA* 20 (1969), 313-333

VOLTERRA

- 1940 *Vaticana Fragmenta*, in *NDI* 12.2, Torino 1940, 862

WALDE-HOFMANN

- 1982 A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I-II, Heidelberg 1982

WATSON

- 1963 A. WATSON, *Some Cases of Distorsion by the Past in Classical Roma Law*, in *TR* 31(1963), 69-91  
1998 A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, 1-4, Philadelphia 1998

WENGER

- 1901 L. WENGER, *Zur Lehre von der Actio iudicati: eine Rechtshistorische Studie*, Graz 1901  
1938 L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. it. R. ORESTANO (a cura di), Milano 1938

WIEACKER

- 1954 F. WIEACKER, *Spezifikation. Schulprobleme und Sachprobleme*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, 2, W. KUNKEL-H.J. WOLFF (a cura di), Tübingen 1954, 263-292

WIRBEL

- 1911 C. WIRBEL, *Le cognitor*, Paris 1911

WLASSAK

- 1888 M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des herrn Geheimen rats und professors Dr. Bernhard Windscheid am 22. Dezember 1888, überreicht von der Juristenfakultät zu Breslau*, Leipzig 1888, 55-138  
1888b M. WLASSAK, *Römische Processgesetze*, I, Leipzig 1888  
1891 M. WLASSAK, *Römische Processgesetze*, II, Leipzig 1891  
1892 M. WLASSAK, *Zur Geschichte der Cognitur*, in *Festgabe zum doktorjubiläum Rudolf von Jherings am 6. august 1892*, Breslau 1892, estr. autonomo Breslau 1893, 1-75, da cui si cita  
1900 M. WLASSAK, *Cognitio*, in *PWRE* IV 1900, 206-218  
1900b M. WLASSAK, *Coniectio causae*, in *PWRE* IV 1900, 882-884  
1912 M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in *ZRG RA* 33 (1912), 81-158  
1921 M. WLASSAK, *Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien 1921  
1924 M. WLASSAK, *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig 1924

WOLF

- 1979 J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in *SDHI* 45 (1979), 141-177

ZIMMERN

- 1829 S.W. ZIMMERN, *Der römische Civilprozess in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829



# INDICE DELLE FONTI

## I. TRADIZIONE MANOSCRITTA

BASILICA (SCHELTEMA)		3.2.1	113
7.5.56	78	3.2.6.2	107
8.2.94	13, 59	3.2.14	111, 158
26.1.33	100	3.3.1.1	49
49.3.28	87	3.3.6.6	112
60.5.15	88, 89	3.3.8 pr.	81, 83, 85
		3.3.8.3	39, 57
CICERO		3.3.10	39
<i>Brutus</i>		3.3.13	39
31.117	148	3.3.14	57
<i>De domo</i>		3.3.16	31, 32
32.85	122	3.3.17	39, 43
<i>in Verrem</i>		3.3.17 pr.-2	34
1.8.20	6	3.3.17 pr.	31, 32, 41, 46, 162
2.2.17.42	134	3.3.18	40
2.2.23.55	135	3.3.19	34, 43
		3.3.20	40
		3.3.21	39
CODEX THEODOSIANUS		3.3.22	40
2.12.1	49, 51, 118	3.3.23	34, 43
2.12.7	52	3.3.24	34, 40
		3.3.25	42, 43
CORPUS IURIS CIVILIS		3.3.26	43
<i>Codex</i>		3.3.27	165
2.12.20	13, 49, 59, 118	3.3.27 pr.	15, 34, 46, 47, 51, 162
2.12.22	45, 49, 51	3.3.27.1	8, 44, 46, 54, 61, 62, 63, 66, 70, 73, 74, 118
2.12.23	51	3.3.28	45, 68, 70, 74
3.1.13.8a	129	3.3.29	44, 74
5.53.4 pr.-1	104	3.3.30	45
5.57.1	132	3.3.31 pr.	74
7.56.1	47	3.3.42.7	71, 106
<i>Digesta</i>		3.3.46 pr.	45, 62, 70
1.1.7.1	25	3.3.55	75
1.18.16	136	3.3.61	69
2.1.14	146	4.2.14.2	34
2.9.4	90	4.3.1.4	148
3.1.1.7-8	107		

4.3.7.9	6	13.1.4	79
4.3.9.5	70, 168	15.1.13.11	80, 81
4.3.11 pr.-1	168	15.3.10.3	80
4.3.13.1	34	17.1.45 pr.	51, 53
4.4.13 pr.	34	17.1.45.1	50, 53
4.4.16 pr.	34	20.1.5 pr.	58
4.5.2 pr.	38	20.6	58
4.6.1.1	117, 168	20.6.1 pr.-2	57
4.6.26.9	168	20.6.1.2	50, 53, 57, 58, 62, 72, 73
4.7.1 pr.	65	21.1.31.23	34
4.7.4.1	8, 64	25.5.1 pr.	32
4.7.4.3	8, 64, 65	26.2.11.4	38
4.7.8.1	65	26.10	35
4.7.11	8, 64, 65	27.7.6	130, 153
4.8.15	140	27.7.8 pr.-1	104
4.8.16 pr.	140	28.6.28	37
5.1.12.2	140, 143	29.2.20.2	87
5.1.17	144	35.2.1.1	37
5.1.18 pr.	147, 151, 152, 153, 162	36.1.13.4	146
5.1.28.4	136, 152	37.5.3.1	32
5.1.32	17, 128	38.1.29	7, 87, 163, 165
5.1.34	103, 119	40.7.9 pr.	89
5.1.39 pr.	143	40.7.9.2	90
5.1.46	140, 151, 152	40.12.24 pr.-3	97
5.1.57	11, 78, 79, 158, 163	40.12.24.4	96, 118
5.1.58	145	41.1.26 pr.	124
5.1.59	124	42.1.4 pr.	69
5.1.60	17, 123, 124, 128, 153	42.1.36	148
5.1.64.1	54, 63	42.1.60	141
5.1.76	17, 124, 125, 144, 153, 162	42.5.31 pr.	32
5.1.80	152	43.13.1.1	32
5.2.8.14	114	44.2.11.7	49, 61
5.2.22 pr.-2	114	44.7.14	89
5.2.22.3	113, 114	46.1.33	17, 100
5.3.20.5	95	46.2.1 pr.	20
9.3.5.2	97	46.3.38.5	58
9.3.5.7	32	46.6.12	130
9.4.2	93	46.7.3 pr.	56, 62
9.4.6	93	46.7.5.7	105, 106
9.4.14 pr.	93	46.7.6	61
9.4.14.1	89, 91, 92, 93, 94	46.7.7	33, 54, 56, 57, 58, 59, 73
9.4.15	7, 88, 96, 98, 118, 162, 165	46.7.13.1	54, 63
9.4.23	90	46.8.5	50, 53, 63
9.4.25	90	47.2.41.2	89
9.4.27	90	47.2.62.9	91, 94, 119
9.4.29	90	47.6.1 pr.	32
9.4.35	79, 80	47.8.3	90
9.4.42 pr.	98	47.10.17.10	85
9.4.42.1	99	47.10.17.11-22	85
10.2.48	105, 106	47.10.11-17	85

47.10.17.13	85	4.89	61
47.10.17.14	7, 82, 84, 85, 86, 119, 163	4.90	61
47.10.17.17	34	4.91	61
47.10.18-22	85	4.97	32, 72
47.10.17.19	83, 85	4.98	48
47.10.17.20	83, 85	4.101	61, 72
47.10.17.22	83, 84, 86, 119	4.102	61, 72
48.11.7 pr.	150	4.104	129
48.20.5 pr.	37	4.130-131a	161
49.1.19	107	4.132	159
50.5.13	147, 162	4.137	159
50.5.13 pr.-2	151	4.170	32
50.5.13 pr.	153		
50.5.13.3	6, 71, 148, 150, 151, 153	GELLIUS	
50.16.113	142	<i>noctes Atticae</i>	
50.17.123 pr.	41	14.2	148
50.17.164	105		
<i>Institutiones</i>		GLOSSA	
1.26	35	<i>vel in civitate</i> ad D.3.3.17 pr.	37
4.10 pr.	41	<i>defensor</i> ad D.20.6.1.2	53
		<i>potius</i> ad D.40.12.24.4	97
		<i>casus</i> ad D.46.1.33	100
FESTUS GRAMMATICUS			
<i>de verborum significatione quae supersunt</i>		LEX XII TABULARUM	
<i>cum Pauli epitome</i>		1.3	41
<i>subditus</i> , 462	122, 153		
<i>subditus</i> (PAUL.), 463	122	RHETORICA AD HERENNIIUM	
		2.13.19	41
GAIUS			
<i>Institutiones</i>		SCHOLIA AD BASILICA (SCHELTEMA)	
1.128	37	Ἑρμηνεία (2) ad Bas. 8.2.94	13, 59
3.83	114	<i>Sidusalieno</i> (6) ad Bas. 21.2.6	108
3.101	37	Καθ' οὖν (11) ad Bas. 21.2.6	108
3.114	82	Διὰ (3) ad Bas. 60.5.15	89
3.176	20		
3.180	14, 19	VATICANA FRAGMENTA	
4.15	133	197	149
4.77	89, 112	198	149
4.78	89	260	86
4.82	41	317	33, 71
4.84	48	331	32, 52, 61, 82
4.86	109	341	31, 33, 35, 41, 46, 65,
4.87	110		71, 116, 162, 167

## II. EPIGRAFI

## LEX IRNITANA

86 (IX C), ll. 5-6 148

TABULAE POMPEIANAE SULPICIORUM (Ca-  
modeca = Giordano)

31 = 34 138

Finito di stampare nel mese di giugno 2020  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Per i tipi Giuffrè:*

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" ab-sburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I – L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III – Guerra giusta? – Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*

- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*.
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*.
- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*.
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*.
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*.
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo*.
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*.
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*.
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*.
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*.
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*.
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*.
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione»*.
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*.
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*.
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*.
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*.
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*.
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata*.
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*.
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*.
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*.
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia*.

ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*

MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*

CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*

VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*

ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), *«Afferrare ... l'inafferrabile». I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.*

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



### *Per i tipi Giappichelli:*

#### *Seconda Serie*

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, 2015.
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, 2016.
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, 2016.
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, 2016.
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, 2017.
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, 2017.
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, 2017.
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certeza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli*, 2017.
9. STEFANO LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, 2017.
10. FABIO RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, 2018.
11. LUCA PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, 2018.
12. VERONICA MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, 2018.
13. LUCA MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018.

### *Terza Serie*

14. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, 2019.
15. SIMONA CACACE-ADELAIDE CONTI-PAOLA DELBON, *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, 2019.
16. LUISA PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, 2019.
17. ANTONIO SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, 2020.
18. GIOVANNI TURELLI, *Transfere iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, 2020.

### *I Quaderni*

1. ANTONELLO CALORE-FRANCESCO MEZZETTI (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, 2019 (LaCIS - I).

### *Scritti scelti*

1. CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro*, 2020.