

# IVRIS VINCVLA

STUDI IN ONORE DI  
MARIO TALAMANCA

*ESTRATTO*

JOVENE EDITORE

PAOLO GARBARINO

QUESTIONE DI COMPETENZA  
IN TEMA DI 'PETITIO FIDEICOMMISSI'  
(A PROPOSITO DI ULP. 6 'FIDEIC.' D. 5, 1, 50 E 52)

1. — Un lungo brano tratto dall'opera di Ulpiano dedicata ai fedecommissi, che i giustinianeî hanno diviso in due parti<sup>1</sup>, inserendo a metà un frammento delle Istituzioni di Marciano, costituisce, a mio giudizio, forse la più importante testimonianza sui problemi attinenti alla questione di competenza nella procedura *extra ordinem* del principato (in riferimento, nel caso di specie, al processo fedecommissario)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Anche O. LENEL, *Palinogenesi iuris civilis*, Lipsiae, 1889, II, 924 s. unisce i due frammenti ulpianeî (Ulp. 1899).

<sup>2</sup> È utile riportare per intero il tratto in questione del Digesto, comprensivo dei due passi ulpianeî e del frammento, intercalato, di Marciano: Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50: *Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus: et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est: nisi si probeatur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur. 1. Tractatum est de aere alieno: si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur, plus esset aeris alieni, an quasi maior pars alibi esset, praescriptio locum haberet. sed et hic placuit nihil facere aeris alieni nomen, cum non loci sit aes alienum, sed universarum facultatum: aes enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates. quid tamen si forte certis oneribus destinatum sit id patrimonium, ut puta alimentis praestandis quae Romae praestari pater familias iusserat, vel tributis vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus, an possit praescriptio locum habere? hic putem iustius dici locum habere. 2. Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet. 3. Quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti.*

Marc. 8 *inst.* D. 5, 1, 51: *quamvis ad eum hereditas fuerit devoluta qui domicilium in provincia habet. sed et divi Severus et Antoninus rescripserunt, si consenserit fideicommissarius [Faber: fideicommissum] alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare ubi consenserit.*

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 52: *Sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest. 1. Si libertis suis tesseris frumentarias emi voluerit, quamvis maior pars hereditatis in provincia sit, tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est, cum apparet id testatorem sensisse ex genere comparationis. 2. Sed et si proponas quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta et sit sufficiens ad huiusmodi fideicommissa Romae patrimonium: licet maior pars totius patrimonii in provincia sit, dici oportet Romae esse praestandum: nec enim verisimile est testatorem, qui honorem habitum voluit his quibus reliquit tam modica fideicommissa, in provincia praestari voluisse. 3. Si ea res quae per fideicommissum relicta est eo loci*

Il testo ulpiano riguarda la *petitio fideicommissi*<sup>3</sup> e non risulta del tutto chiaro nel suo lungo e articolato sviluppo. È probabile che i compilatori siano intervenuti in qualche punto per riassumere e abbreviare, come sembrano suggerire, tra l'altro, alcuni passaggi un po' bruschi e poco coordinati del discorso del giurista<sup>4</sup>. Inoltre il passo di Marciano spezza il discorso, per introdurre una precisazione che verosimilmente non era presente in Ulpiano.

Non interessa in questa sede sondare tutti i molteplici aspetti sottesi al brano in esame. Quel che importa è soltanto far emergere alcuni profili che forniscono preziose indicazioni in merito alle modalità di prospettazione della questione di competenza nel processo fedecommissario.

Va detto che i non molti Autori che si sono occupati del passo ulpiano, hanno per lo più interpretato le sue espressioni come se si

---

*sit, dicendum est non debere praescribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit. 4. Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommissio satis, videndum est, an haec praescriptio locum habeat: et non puto habere, quin immo, et si nihil sit eo loci, attamen iubendum satisfacere. quid enim veretur, cum, si satis non dederit, mittatur adversarius in possessionem fideicommissi servandi causa?*

<sup>3</sup> Il sostantivo *petitio* e il verbo *petere* sono usati con una certa frequenza nelle fonti per indicare la domanda giudiziale di chi richiede l'adempimento del fedecommissio: l'espressione *petitio fideicommissi* si rinviene, per es., in Scaev. 4 resp. D. 31, 89, 4; Paul. 11 quaest. D. 31, 68; Paul. Sent. 4, 1; Ulp. 5 fideic. D. 35, 1, 92; C. 3, 36, 7 (a. 239 o 241); C. 6, 42, 11 (a. 241); C. 6, 42, 14, 2 (a. 255); anche Quintiliano *inst. or.* 3, 6, 70 utilizza tale termine: *non debes apud praetorem petere fidei commissum, sed apud consules: maior enim praetoria cognitione summa est*; le *Pauli Sententiae* la indicano come caratterizzante: *ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit* (Paul. Sent. 4, 1, 18); sull'impiego di tale terminologia e per il rinvio anche ad altre fonti, v. F. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, Napoli, 1965, 25 s. e nt. 24; V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 31 nt. 11.

<sup>4</sup> Per esempio il paragrafo dedicato alla valutazione dell'*aes alienum* (D. 5, 1, 50, 1) è introdotto con uno sbrigativo *tractatum est*, che non appare ben collegato con la frase iniziale del frammento, e forse nasconde un taglio o un sunto di un discorso più esteso. Ancora: il riferimento al rescritto che consentiva di *petere fideicommissum* nel domicilio dell'erede (D. 5, 1, 50, 2) non sembra troppo coordinato con il paragrafo precedente e forse anticipa la soluzione contenuta nel passo di Marciano che separa i due frammenti ulpiani. Il *principium* di D. 5, 1, 50 è stato poi sospettato da F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in «ZSS», XIII, 1892, 151, nel tratto *nisi si - ubi petitur*, ma con argomenti formali che non intaccano la sostanza del discorso di Ulpiano.

riferissero al problema del 'luogo' della prestazione dovuta dall'erede al fedecommissario e non già a quello del 'luogo' in cui il fedecommissario debba esercitare l'azione: in sostanza la tendenza è quella di leggere il passo nella prospettiva dei requisiti della prestazione dell'erede (relativamente, in particolare, al *locus solutionis*), omettendo per lo più di considerarne gli aspetti processuali. Così, per esempio, Voci, pur riconoscendo che «il regime non risulta chiaro», precisa che «all'erede è data facoltà di consegnare la cosa nel luogo dove si trova la maggior parte dell'eredità»<sup>5</sup>. Sostanzialmente nello stesso senso Amarelli, che ritiene che Ulpiano si ponesse il problema del «luogo di adempimento dei fedecommissi nell'ipotesi che l'eredità avesse compreso beni situati in varie località»<sup>6</sup>.

La suddetta interpretazione tiene conto di un profilo, quello appunto del luogo della prestazione, che è senz'altro presente nel passo<sup>7</sup>, essa però non sembra cogliere con la necessaria precisione il contenuto del pensiero di Ulpiano.

Si deve infatti osservare che la problematica trattata dal giurista è in primo luogo processuale. Convince di ciò l'uso ripetuto del verbo *petere*, il quale ha un inequivoco significato processuale<sup>8</sup>, fin dall'inizio del brano:

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50 pr.: *Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad*

<sup>5</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II<sup>2</sup>, Milano, 1963, 394 s. e nt. 5; cfr. anche 940.

<sup>6</sup> F. AMARELLI, 'Locus solutionis'. *Contributo alla teoria del luogo di adempimento in diritto romano*, Milano, 1984, 61 s.; cfr. anche 74 s.; peraltro ivi, 19, a mio giudizio con più fedele adesione al testo e alla materia trattata da Ulpiano, l'A. osserva, in riferimento a D. 5, 1, 50 pr., che l'erede «... è tenuto a pagare solo ove si trovi l'eredità o la maggior parte di essa: se ne deduce così l'esistenza di un foro speciale, determinato dalla concessione fatta all'*heres* di consegnare le cose mobili nel luogo in cui si trovano».

<sup>7</sup> V., specialmente, D. 5, 1, 50 pr.: *nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur*; D. 5, 1, 50, 1: *ut puta alimentis praestandis quae Romae praestari pater familias iusserat*; D. 5, 1, 52, 1: *tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est*; D. 5, 1, 52, 2: *licet maior pars totius patrimonii in provincia sit, dici oportet Romae esse praestandum: nec enim verisimile est testatorem ... in provincia praestari voluisse*; ritorneremo fra breve su questo aspetto del passo.

<sup>8</sup> Sul significato processuale di *petere/petitio*, v. *supra* nt. 3.

*praestationem compellendus: et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est: nisi si et rell.*

La menzione delle *multae constitutiones*, che avrebbero fissato, o ribadito, la regola secondo cui il fedecommesso doveva essere richiesto nel luogo in cui fosse la maggior parte dei beni ereditari, consente un utile confronto con una costituzione del 204 (forse la sola delle *multae*, a cui accenna Ulpiano, che sia giunta sino a noi), che è l'unico testo inserito dai compilatori nel tit. 3, 17 del Codice (*Ubi fideicommissum peti oportet*):

Imp. Severus et Antoninus AA. Demetrio C. 3, 17, 1: *Fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est, dubitari non oportet*. PP. VIII k. Sept. Cilone II et Libone cons.

Anche in questa fonte il riferimento è al *petere*, vale a dire all'azione per la richiesta del fedecommesso, con significativa conferma dell'interpretazione data al passo ulpiano<sup>9</sup>.

Si aggiunga inoltre che il brano ulpiano è stato collocato dai giustiniani nel titolo del Digesto dedicato alla tematica della competenza processuale (D. 5, 1: *De iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*) e che esso è tratto dal libro 6 dell'opera ulpiana *de fideicommissis*, in cui il giurista si occupava della *iurisdictio fideicommissaria*<sup>10</sup>.

In proposito mi pare probante anche il richiamo al seguente passo di Paolo, che attiene al diverso, ma in qualche misura speculare problema, del foro in cui debba essere convenuto il fedecommisario (universale) dai creditori dell'eredità:

<sup>9</sup> Si noti che il luogo della *petitio* indicato in questa costituzione è quello in cui l'*hereditas* è stata *relicta*: si tratta della regola generale, mentre sembra presumibile che il criterio della *maior pars hereditatis* sia stato introdotto a complemento di detta regola, per risolvere il problema che si poneva quando i beni ereditari erano distribuiti in luoghi diversi. Mi sembra anche significativo il confronto con Pap. 28 *quaest.* D. 36, 3, 5, 3, che menziona un rescritto di Antonino Pio, che aveva stabilito che la *cautio fideicommissi servandi causa* dovesse essere richiesta dal fedecommisario nel *locus hereditatis*, qualora l'erede non avesse il *domicilium* a Roma; sul punto v. S. SOLAZZI, *Studi romanistici. Note minime sulla 'cautio legatorum servandorum causa'* (1949), in *Scritti*, V, Napoli 1972, 197 s., le cui critiche non intaccano la sostanza del passo.

<sup>10</sup> Cfr. LENEL, *Palinnesia*, cit., II, 924.

Paul. 2 *fideic.* D. 36, 1, 68 (66), 4: *An ubi defunctus conveniri debuit, et fideicommissarius debeat? videndum, si sua sponte heres adit et restituit hereditatem, an tribus locis fideicommissarius defendi debeat: ubi defunctus et ubi heres et ubi ipse domicilium habeat. oportet itaque ibi fideicommissarium conveniri, ubi vel domicilium habet vel maior pars restitutae hereditatis habetur.*

Paolo, sulla base di un'argomentazione che non è pervenuta (e che doveva essere collocata prima di *oportet itaque*)<sup>11</sup>, risolve il quesito sul luogo in cui il fedecommissario debba esser citato in giudizio (*debeat conveniri*), indicando come fori competenti quello del domicilio e quello del luogo in cui la *maior pars* dell'eredità sia stata restituita (con esclusione dei fori del domicilio del defunto e dell'erede).

La corrispondenza con il passo di Ulpiano mi pare sintomatica: l'argomento trattato in quest'ultimo è, essenzialmente, quello della *maior pars hereditatis*, al fine di stabilire, a seconda delle varie fattispecie esaminate, il luogo della *petitio* del fedecommissario; si menziona inoltre il fatto che sulla base dell'attività rescrittiva del principe *illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet* (D. 5, 1, 50, 2)<sup>12</sup>. D'altronde Ulpiano fa uso dell'espressione ver-

<sup>11</sup> Mommsen osserva che *plura ommissa sunt* prima di *oportet itaque* (v. l'ediz. dei *Digesta, ad h.l.*); i giustinianici devono avere ommesso l'argomentazione paolina (che è presupposta da *itaque*), lasciando soltanto la conclusione cui era pervenuto il giurista.

<sup>12</sup> È possibile che gli imperatori siano intervenuti per dirimere delle incertezze, sorte dall'affermazione del principio secondo cui il foro per la *petitio* del fedecommissario era quello ove sussistesse la *maior pars hereditatis*. Posto che, come sembra, questo principio intendeva favorire gli eredi, la decisione di riconoscere accanto al foro suddetto, anche quello del domicilio del convenuto, appare del tutto coerente con tale scopo. Inoltre essa è in piena sintonia con il criterio generale vigente in tema di competenza, secondo cui *actor rei forum sequitur*, che è espressamente formulato in alcuni rescritti di Diocleziano (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Alexandro C. 3, 13, 2* e *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Zenonidi C. 3, 22, 3*, entrambi del 293; Vat. Frag. 325 del 293 o 294; 326 del 294), ma che pacificamente si ritiene fosse di applicazione generale anche in epoca precedente: v., per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II.1. Il processo formulare*, Milano, 1963, 158 s.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München, 1996, 246 e nt. 33 (sulla scorta anche di Ulp. 34 *ad ed.* D. 5, 1, 65; Ulp. 5 *opin.* D. 5, 2, 29, 4; Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 50, 1, 29).

bale (*petere*) che nelle fonti pare sia di più comune impiego in relazione ai processi aventi per oggetto la richiesta di adempimento di fedecommissi<sup>13</sup> (e che le *Pauli Sententiae*, per esempio, indicano come termine tecnico in tale materia<sup>14</sup>).

2. — I confronti sopra svolti avvalorano dunque l'interpretazione processuale data alle espressioni (in cui ricorre il verbo *petere*), contenute nel brano di Ulpiano. Vi è però da dire che mentre nel passo di Paolo l'uso del verbo *conveniri* rinvia esplicitamente alla *vocatio in ius*, cioè all'esercizio dell'azione, e non lascia quindi equivoci sul fatto che il giurista volesse riferirsi specificamente al tema della competenza processuale, non con altrettanta sicurezza ciò può affermarsi per quanto riguarda Ulpiano.

Il verbo *petere* da questi utilizzato comporta infatti, da un punto di vista processuale, un'area di incertezza semantica, giacché esso potrebbe alludere non tanto all'esercizio dell'azione, quanto piuttosto al contenuto della domanda<sup>15</sup>. In questa seconda accezione *petere* (e *petitio*) si trovano particolarmente impiegati in riferimento al *plus petere*, sia nel processo formulare, sia nella *cognitio* (sia pure nella accezione profondamente diversa che la *pluris petitio*

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, nt. 3.

<sup>14</sup> Paul. Sent. 4, 1, 18: *ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit*.

<sup>15</sup> Non ritengo possa essere di utilità nel chiarimento del significato di *petere* la definizione di *petitio* che si rinviene in Ulp. 49 *ad Sab. D.* 50, 16, 178, 2: '*actionis*' *verbum et speciale est et generale. nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque 'actiones' personales solemus dicere. 'petitionis' autem verbo in rem actiones significari videntur. 'persecutionis' verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem*; come infatti, sulla base della collocazione palinogenetica, ha persuasivamente dimostrato CASAVOLA, *Actio petitio persecutio*, cit., 9 ss. (che, tra l'altro, difende la genuinità del testo, ivi compresa la prima menzione di *petitio: sive in personam sive in rem sit petitio*), il passo riporta un frammento dell'analisi lessicografica di un formulario stipulatorio (in tema di *stipulationes emptae et venditae hereditatis*), onde è assai verosimile che fosse estranea al giurista l'idea di dare in tal modo definizioni di valenza generale: l'isolamento del passo dal suo contesto originale lo sottopone a una astrazione, che tradisce il reale intendimento di Ulpiano.



assume nei due tipi di processo<sup>16</sup>): è sufficiente menzionare i passi gaiiani<sup>17</sup> che ne trattano e i corrispondenti passi delle Istituzioni giustiniane<sup>18</sup>. Se così fosse il brano ulpiano concernerebbe non già il tema della competenza, bensì quello del luogo della prestazione, pur sempre inteso in prospettiva processuale: in sostanza Ulpiano si occuperebbe della indicazione, nella domanda, del luogo in cui la prestazione debba essere eseguita dall'erede convenuto (luogo che può anche non coincidere con quello in cui si svolge il processo); è chiaro che tale indicazione è comunque rilevante — qualora il processo si svolga in un luogo diverso da quello in cui è dovuto l'adempimento — al fine di evitare all'attore di incorrere in una *pluris petitio* (appunto: *loci*), con conseguente perdita della lite.

Questo dubbio potrebbe essere, tra l'altro, avvalorato dal fatto che il passo in esame, come già segnalato, contiene vari riferimenti al luogo della prestazione: *eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari* (D. 5, 1, 50 pr.); *ut puta alimentis praestandis quae Romae praestari pater familias iusserat* (D. 50, 1, 50, 1); *fideicommissum solvere* (D. 5, 1, 50, 3); *Romae debere fideicommissum solvi* (D. 5, 1, 52, 1); *oportet Romae esse praestandum; in provincia praestari voluisse* (D. 5, 1, 52, 2)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> V., in merito, G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano. II. La 'cognitio extra ordinem'*, Torino, 1960, 26 ss., che sottolinea le differenze sostanziali tra il regime formulare e quello dettato da Diocleziano; cfr. anche, in generale, ID., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, 165 ss. Anche se non abbiamo sicure informazioni sulla *pluris petitio* nelle *cognitiones* di età classica, non mi sento di concordare del tutto con I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem' da Augusto a Diocleziano*, in «ANRW», II, 14, Berlin-New York, 1982, 48, che sostiene che «conseguenza dell'ammessa indeterminatezza della domanda fu l'impossibilità che si verificasse ancora la *pluris petitio*», pensando a un suo recupero, sia pure con contenuto diverso, solo ad opera di Diocleziano: a me pare infatti che non vi siano seri ostacoli a ritenere che le regole, per esempio, del *locus solutionis* si potessero applicare anche ai processi *extra ordinem*, laddove esse fossero rilevanti, con la conseguenza che qualora il processo fosse stato intentato senza espressamente indicare il *locus solutionis* e questo non avesse coinciso con il foro davanti al quale si era agito, l'attore sarebbe incorso in una *pluris petitio*, con perdita della lite (salva, forse, la possibilità di correggere il tiro in corso di giudizio).

<sup>17</sup> Gai. 4, 53 e ss.

<sup>18</sup> I. 4, 6, 33 e ss.

<sup>19</sup> Non è da meno il passo di Marciano inserito tra i due frammenti ulpiani: *alio loco dare; dare ubi consenserit* (D. 5, 1, 51).

Queste espressioni hanno indubbiamente attinenza con il tema del *locus solutionis*, e potrebbero indurre a interpretare le menzioni al *petere* e alla *petitio*, come riferentesi appunto al problema della indicazione, ai fini precisati, del luogo in cui deve essere eseguita la prestazione.

Questa interpretazione non sembra però convincente. Si può infatti notare che sul piano linguistico le seguenti espressioni solo con sforzo possono essere intese come relative a un problema di indicazione o determinazione del luogo della prestazione (e quindi, indirettamente, relative al rischio di *pluris petitio*):

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50 pr.: *Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus: et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est: nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur;*

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50, 1: *... si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur ...*

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50, 2: *... Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet;*

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 52, 4: *Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommisso satis, videndum est, an haec praescriptio locum habeat: et puto non habere, quin immo, et si nihil sit eo loci, attamen iudicandum satisdare.*

Mi pare che tutti e quattro gli esempi riguardino il luogo in cui è esercitata l'azione, non quello in cui l'erede debba adempiere la prestazione<sup>20</sup>. Il primo, in particolare, separa bene i due aspetti, di-

<sup>20</sup> In proposito può essere utile il confronto con Ulp. 22 *ad Sab.* D. 30, 47 pr.: *cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris et copiam eius habet, heres moram facere non debet, sed eam praestare. sed si res alibi sit quam ubi petitur, primum quidem constat ibi esse praestandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: nam si alibi voluit, ibi praestanda est, ubi testator voluit vel ubi verisimile est eum voluisse: et ita Iulianus scripsit tam in propriis quam in alienis legatis. sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius: nisi ibi praestetur ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomini: ceterum si sine dolo, ibi praestabitur, quo transtulit.* Mi pare che questo frammento sia un altro esempio in cui si distingue il luogo della prestazione dal luogo della *petitio* (v., specialmente, alla fine: *nisi ibi praestetur ubi petitur*): pur in un contesto tutto orientato a chiarire le

stinguendo il *locus* della prestazione da quello della *petitio* (che pure, nel caso, significativamente coincidono). Il terzo esempio, come s'è visto, è in sintonia con la regola *actor rei forum sequitur*, e suonerebbe perciò strano che non enunciasse anch'esso una regola di competenza (territoriale). Il quarto è relativo alla richiesta giudiziale di garanzie per l'adempimento del fedecommesso ed esclude in tal caso l'operatività della *praescriptio*, persino se la richiesta sia stata fatta in un luogo in cui non vi sia nessun bene ereditario: anche in tale ipotesi il magistrato deve imporre la prestazione della garanzia<sup>21</sup>; mi sembra arduo ritenere che qui *petere eo loci* rimandi al contenuto della domanda e non al luogo in cui essa è esercitata. Anche il secondo esempio, se letto alla luce degli altri tre, conduce alla stessa conclusione, poiché la discussione menzionata nel paragrafo da cui esso è tratto (relativa all'incidenza dell'*aes alienum* sul calcolo della *maior pars hereditatis*) pare alludere alla corretta, o meno, individuazione del luogo (la provincia) in cui l'azione è stata esercitata.

Infine, un ulteriore argomento cui si può ricorrere, attiene alla menzione della *praescriptio*, quale difesa processuale utilizzabile dall'erede convenuto per far valere il fatto che la *maior pars hereditatis* si trova altrove.

La necessità di ricorrere a una apposita *praescriptio* (nella *cognitio extra ordinem* spesso sinonimo, com'è noto, di *exceptio*<sup>22</sup>) pa-

---

regole del *locus solutionis* del legato, la valenza processuale di *petere* è mantenuta, così come, almeno mi sembra, altrettanto mantenuto è l'impiego del verbo in riferimento al luogo in cui è esercitata l'azione (e non già al luogo in cui si chiede, processualmente, che la prestazione sia adempiuta).

<sup>21</sup> Il che sembra porre un problema di coordinamento con il principio affermato da Pap. 28 *quaest.* D. 36, 3, 5, 3, citato *supra* alla nt. 9: secondo l'opinione di Ulpiano pare infatti che l'erede non avesse alcun strumento per far rispettare la regola di competenza stabilita nel rescritto di Antonino Pio per la richiesta della *cautio fideicommissi servandi causa* (almeno nel caso in cui tale richiesta riguardasse una singola *res*, posto che si debba collegare D. 5, 1, 52, 4, con il paragrafo immediatamente precedente, attinente alla *petitio* di una *res quae per fideicommissum relicta est*); il punto meriterebbe un maggiore approfondimento, non possibile in questa sede.

<sup>22</sup> Sulla *praescriptio* nella *cognitio extra ordinem* v., per tutti, oltre a KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 487 ss., specialmente W. KOLITSCH, 'Praescriptio' und 'exceptio' außerhalb des Formularverfahrens, in «ZSS», LXXVI,

re infatti contrastare con la disciplina della *pluris petitio*, che non è mai oggetto di rituale eccezione (né nel processo formulare, né in quello *extra ordinem*)<sup>23</sup>. In caso infatti di *pluris petitio* l'attore avrebbe perso la lite<sup>24</sup> (o, più tardi, sarebbe stato soggetto alle sanzioni previste da una costituzione di Zenone e da una di Giustiniano<sup>25</sup>), anche se il convenuto non l'avesse espressamente e ritualmente eccepito. Nel passo ulpiano in esame siamo invece di fronte a una *praescriptio*, che il convenuto ha l'onere di proporre per far valere il fatto che la *maior pars hereditatis* non è situata nel luogo in cui l'azione è stata esperita (*rectius*: in un luogo che sia soggetto alla competenza, territoriale, del giudice adito). Non si tratta cioè, a

1959, 265 ss., nonché la sintesi di M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «AUPA», XXIV, 1955, 425 ss. nt. 58.

<sup>23</sup> Cfr. Gai. 4, 53: *si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit ...*; Paul. Sent. 1, 10: *plus petendo causa cadimus ...*; Cons. 5 e, in particolare, Cons. 5, 7 (su cui v. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, cit., II, 30 ss.; A. CENDERELLI, *La 'Pluris petitio' nel processo romano postclassico e le alterazioni di Cons. 5, 7*, in «SDHI», XXXIII, 1967, 40 ss.); I. 4, 6, 33-35; C. 3, 10, 1 (di Zenone, a. 486 o 487); C. 3, 10, 2 (di Giustiniano, senza data); su tutte queste fonti v., per tutti, la trattazione di PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., 165 ss.

<sup>24</sup> Per PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., II, 71, nella tarda *cognitio extra ordinem* «restava ... in vita l'obbligo, ribadito da Diocleziano sul presupposto di un uso obbligatorio delle *formulae*, di determinare nel modo più esatto possibile l'oggetto della domanda, empiricamente inteso con riferimento al risultato economico che si voleva conseguire attraverso il processo. La *cognitio extra ordinem* continuava perciò ad esigere una rigorosa precisione ed a comminare, per l'ipotesi in cui fosse stato chiesto più del dovuto, la perdita definitiva della lite»; in proposito il compianto A. rinvia all'analisi di Cons. 5, 2-3 (ivi, 28 ss.), relativa al contenuto dell'*editio actionis*: 2. *Primore in loco debet personam suam, quae sit ad repetendum idonea, evidenter ostendere: et dum claruerit eum ad repetendum personam habere legitimam, in genere actionis quid aut quantum, aut quas species, in modum et mensuram vel summam et quantitatem debet specialiter designare et indubitanter exprimere*. 3. *Quae universa secundum leges subter adnexas hi qui iudicaturi sunt petitozem implere compellunt: qui si aut neglegere, aut satisfacere legibus fortasse nequiverit, causam perdat secundum leges subter adnexas*; come si può vedere, la perdita della lite deriva in modo diretto dalle carenze della domanda — eventualmente mantenute anche dopo che il giudice abbia sollecitato l'attore a porvi rimedio — e non dall'eccezione del convenuto, alla quale non si fa alcun cenno; il *locus* non è in verità menzionato dal passo, ma a esso si fa esplicito riferimento subito dopo, in Cons. 5, 4 (con rinvio a Paul. Sent. 1, 10) e Cons. 5, 7.

<sup>25</sup> V. nt. 23.

mio giudizio, di una semplice obiezione o generica difesa da opporre all'attore (secondo un'accezione di *praescriptio*, derivante dagli usi retorici del termine, pur presente nelle fonti)<sup>26</sup>, bensì di un mezzo tecnico che il convenuto doveva impiegare in modo esplicito, se non voleva che la causa si radicasse innanzi al giudice adito (come vedremo meglio fra breve), come mostrano espressioni quali: *praescriptio locum haberet; an possit praescriptio locum habere?; non potest hac praescriptione uti; non debere praescribi ei qui petit; videndum est an haec praescriptio locum habeat.*

3. — Le caratteristiche processuali della *praescriptio* in esame si possono cogliere soprattutto nella frase iniziale di D. 5, 1, 52:

Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 52 pr.: *Sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus banc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.*

Ulpiano rileva che se l'erede, nell'assumere le proprie difese in giudizio, abbia ommesso di prospettare la *defensio* relativa al fatto che la *maior pars hereditatis* sia altrove, non può ritornare in seguito sui suoi passi, riproponendo la questione, ancorché ciò avvenga prima della sentenza.

Mi pare che non possano esservi dubbi che il giurista parli qui della *praescriptio* oggetto di D. 5, 1, 50: essa è menzionata in D. 5, 1, 50, 3 (*Quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti*), che nel testo originale di Ulpiano doveva con ogni probabilità precedere immediatamente il tratto in esame (che ora è invece preceduto dal passo di Marciano<sup>27</sup>); il giurista inoltre anche poco dopo ne tratta espressamente (D. 5, 1, 52, 3: *Si ea res quae per fideicommissum relicta est eo loci sit, dicendum est*

<sup>26</sup> V., per tutti, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 425 ss. nt. 58; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 53.

<sup>27</sup> La collocazione del passo marciano può suscitare qualche equivoco, poiché concerne il diverso argomento del consenso dell'erede a dare il fedecommesso *alio loco* (mi pare, tra l'altro, del tutto convincente la proposta del Faber di sostituire *fideicommissum* al *fideicommissarius* dei mss., giacché in questa materia il *locus solutionis* era previsto a favore dell'erede, e dunque spettava a lui consentire di dare il fedecommesso *alio loco*).

*non debere praescribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit; D. 5, 1, 52, 4: ... videndum est, an haec praescriptio locum habeat: et non puto habere).*

Si può anche notare che con *defensiones* il giurista pare alludere, in modo generico, alle contestazioni della pretesa attorea che il convenuto adduce al momento in cui si costituisce (*suscipit actionem*)<sup>28</sup>. Ma nell'ambito delle possibili *defensiones* vi sono anche le specifiche *praescriptiones*, eredi delle eccezioni formulari o di nuova formazione (come quella in esame), che si distinguono dalle normali difese in quanto impeditive dell'azione e di regola opponibili a istanza di parte<sup>29</sup>.

Ciò chiarito, mi sembra che il punto più rilevante del brano in esame stia nella necessità, sottolineata da Ulpiano, di non omettere tale *praescriptio*: pur nella indeterminatezza delle espressioni usate dal giurista, che non consentono di individuare le esatte fasi processuali cui egli fa riferimento, tutto lascia intendere che la *praescriptio* debba essere proposta senza indugio, all'inizio della li-

<sup>28</sup> L'uso del sintagma *suscipere actionem*, per indicare l'assunzione della difesa nel processo, non è infrequente nel linguaggio dei giuristi: v., per es., Ulp. 29 *ad ed. D.* 15, 3, 10, 3; Ulp. 9 *ad ed.* 3, 3, 37, 1; Ulp. 51 *ad ed. D.* 7, 9, 9, 1; Ulp. 29 *ad ed. D.* 15, 1, 21, 3; Ulp. 44 *ad ed. D.* 50, 17, 52; Iul. 55 *dig. D.* 6, 1, 52; Gai. 9 *ad ed. prov.* 16, 1, 13, 2.

<sup>29</sup> In sostanza non tutte le *defensiones* erano da considerarsi *praescriptiones*, mentre valeva il reciproco; nelle fonti vi è qualche attestazione di un uso sinonimico di *praescriptio* e *defensio* o comunque di rapporto tra i due termini: cfr. Imp. Gordianus A. Felici C. 5, 73, 1 (a. 238): *si ea, quae in iura tutoris hereditario titulo successit, possessionem tuam vendidit, si ut pupillarem distraxit, emptor ... sciens ... alienam rem comparando de temporis intervallo nullam potuit acquirere defensionem: si vero ut suam distraxit ignoransque rem alienam emptor comparavit ... potest uti praescriptione*; Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Muciano C. 7, 22, 2 (a. 300): *praestat firmam defensionem libertatis ex iusto initio longo tempore obtenta possessio ... qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse deberet ...*; v. inoltre, in tema di diritto criminale, Maec. 2 *de publ. iud.* D. 48, 17, 4, 2: *in summa sciendum est nulla temporis praescriptione causae defensione summoverti eum, qui requirendus adnotatus est*; mi pare anche significativo l'uso sinonimico di *exceptio* e *defensio*: Pap. 9 *quaest. D.* 16, 1, 7: *quamquam igitur fideiussor doli replicatione posita defensionem exceptionis amittat ...*; Pap. 3 *quaest. D.* 44, 4, 12: *qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*.

te<sup>30</sup>, proprio perché *postea*, più tardi, non si può ritornare su di essa: *postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest*.

Non è facile andare oltre queste generiche indicazioni fornite da Ulpiano, per cercare di precisare con maggiore esattezza in quale fase processuale dovesse essere proposta la *praescriptio* in questione e con quali modalità. La conoscenza che abbiamo delle *cognitiones* civili del principato e, in particolare, del processo fedecommissario, consentono di avanzare in proposito solo delle prudenti congetture. Così, si potrebbe forse far riferimento alla *litis contestatio*<sup>31</sup> — che le fonti talora menzionano in relazione alle *cognitiones* del periodo classico<sup>32</sup> — quale limite alla proposizione della *praescriptio*. Ciò indurrebbe anche a ritenere che il giudice dovesse pronunciarsi subito su tale *praescriptio*, altrimenti non si spiegherebbe l'interdizione a sollevarla *postea, quamvis ante sententiam*.

Dato l'oggetto di tale mezzo difensivo, con il quale si proponeva, in sostanza, una questione di competenza (territoriale), si può supporre che il giudice, nel caso di accoglimento della contestazione del convenuto, emanasse una decisione declinatoria della propria competenza. Le fonti, a mia conoscenza, non danno ragguagli sulla natura di tale decisione: se cioè essa fosse una sorta di *denega-*

<sup>30</sup> Di *initium litis* in senso tecnico non sembra però possa parlarsi, giacché tale fase pare sia individuabile solo nella più tarda *cognitio*.

<sup>31</sup> Per S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio' nella 'cognitio extra ordinem' dell'età classica*, in «Annali Catania», n.s., II, 1948, 295, in età classica essa consisteva nella «fase del procedimento in cui le parti, convenute per la prima volta assieme davanti al magistrato, proponevano i termini della controversia, chiudendo così quella che doveva essere considerata come la fase iniziale del processo».

<sup>32</sup> V. Ulp. 15 *ad ed. D. 5, 3, 27* (in relazione al s.c. *Iuventianum*: cfr. Ulp. 15 *ad ed. D. 5, 3, 20, 6a-d; 11*; Ulp. 15 *ad ed. D. 5, 31, 3*); Ulp. 4 *omn. trib. D. 2, 12, 1, 2* (che, data l'opera in cui è inserita la menzione, potrebbe riferirsi anche alla *cognitio extra ordinem*); Ulp. 45 *ad ed. D. 38, 2, 16, 3* (in relazione al processo di libertà); Paul. 14 *resp. D. 34, 2, 35, 1* (in materia di processo fedecommissario?), fonti citate tutte da KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 490 e nt. 44, cui si rinvia anche per altre osservazioni in argomento; cfr. inoltre le utili puntualizzazioni di F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano*, Milano, 1967, 305 ss. e nt. 147, 352 ss.

*actio actionis* mutuata dal processo formulare<sup>33</sup>, o se, invece, consistesse in una vera e propria sentenza<sup>34</sup>.

Riassumendo le principali caratteristiche processuali della *praescriptio* in esame, così come sono emerse dall'analisi fin qui condotta, si possono evidenziare i seguenti tre punti:

— la *praescriptio* ha per oggetto un problema di competenza territoriale (far valere il fatto che la *maior pars hereditatis* si trovi *alibi* rispetto al luogo della domanda);

— deve essere proposta dal convenuto nella fase iniziale della lite (come prima difesa);

<sup>33</sup> L'espressione *denegare fideicommissi persecutionem* è impiegata da Scaev. 22 *dig.* D. 32, 41, 11 (... *mulieri persecutio fideicommissorum deneganda sit*); Pap. 20 *quaest.* D. 36, 1, 57 (55), 3 parla di *fideicommissi petitionem denegandam*; Herm. 4 *iur. epit.* D. 36, 4, 11 pr., in relazione con ogni probabilità alla materia dei fedecommissi, afferma: *non denegabitur mihi eius rei integra persecutio*; infine Paul. 12 *quaest.* D. 40, 13, 4, in tema di libertà fedecommissaria, utilizza le espressioni *ad libertatem proclamatio denegatur, nemo dicturus est ... libertatis petitionem ei denegandam e ut denegetur ei libertatis petitio*; KASER - HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 482 nt. 7, adducono i primi tre passi — nessuno dei quali peraltro riguarda un problema di competenza processuale — a conferma che nella *cognitio* vi era «eine Zurückweisung ohne Eintritt in die nähere Untersuchung zur Sache selbst» designata come *denegare*; può sorgere però il dubbio che le espressioni segnalate si riferiscano al rigetto nel merito della pretesa: v., in tal senso, A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 176 ss., che giunge alla conclusione che siffatte espressioni, che sembrano alludere alla *denegatio actionis*, sarebbero in realtà da intendersi in senso sostanziale e non processuale, vale a dire starebbero «ad indicare semplicemente che in quella data fattispecie l'azione non spetta al soggetto, cioè che non gli va accordata alcuna pronuncia giurisdizionale favorevole» (ivi, 213, in riferimento al processo fedecommissario).

<sup>34</sup> In caso di rigetto della *praescriptio* il processo continuava, ma se la decisione sulla competenza fosse stata erronea, la sentenza finale era presumibilmente da considerarsi invalida, perché pronunciata da giudice incompetente, come sembra potersi dedurre, per esempio, da Pap. 19 *resp.* D. 49, 1, 23, 1 e *Imp. Gordianus A. Vicanis* C. 3, 3, 1 (a. 242), che riguardano casi di procedure *extra ordinem*, e quindi paiono porre un principio utilmente estensibile anche al processo fedecommissario; la stessa regola vigeva già — a quanto pare — nel processo formulare, come si può dedurre da Ulp. 2 *de omn. tribun.* D. 2, 1, 15, su cui, v. per tutti PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., II.1, 172; tutto il tema della invalidità della sentenza, sia in genere, sia in relazione, più specificamente, all'incompetenza del magistrato (o giudice) adito, attende ancora di essere adeguatamente approfondito: in proposito occorre infatti ancora rivolgersi a H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schramberg (Schwarzwald), s. d. (ma 1937).



— conduce a una pronuncia preliminare del giudice sulla questione di competenza.

Al di là delle scarse regole processuali ora riassunte, giova osservare, più in generale, che la questione di competenza dovette costituire assai presto un problema non secondario nel campo della tutela dei fedecommessi. È perciò in tale ambito che va collocata la comparsa della *praescriptio*. Inizialmente, com'è noto, la giurisdizione in materia di fedecommessi venne affidata — da Augusto — ai consoli<sup>35</sup>. A partire da Claudio, secondo la nota testimonianza di Svetonio<sup>36</sup>, essa fu estesa ai governatori di provincia e, a Roma, confermata *in perpetuum* ai magistrati urbani. La riforma, con ogni probabilità resasi necessaria a seguito del moltiplicarsi delle cause<sup>37</sup>, prevede anche un coinvolgimento dei pretori<sup>38</sup>; la competenza tra questi e i consoli dovette essere distribuita sulla base del valore della causa (come indicherebbe Quintiliano, *inst. orat.* 3, 6, 70<sup>39</sup>) e — forse subito, forse più tardi — *ratione personae*: i processi che coinvolgevano personaggi di rango senatorio (i *clarissimi*) si svolgevano di fronte ai consoli<sup>40</sup>. Gaio, che scrive quando ormai tali riforme erano state da tempo introdotte, ricorda che *fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae* (Gai. 2, 278).

Al quadro delineato va aggiunta la regola, che abbiamo visto sottoposta ad analisi nel passo di Ulpiano, secondo cui occorre agi-

<sup>35</sup> Per una sintesi sulla giurisdizione in materia di fedecommessi v. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, 81 ss.

<sup>36</sup> Suet. *Claud.* 23: *iuris dictionem de fidei commissis quotannis et tantum in urbe delegari magistratibus solitam in perpetuum atque etiam per provincias potestibus demandavit*. Sull'analisi di questo testo, e in genere, sulle problematiche relative alla giurisdizione *de fideicommissis* nell'età di Claudio, v., per tutti, GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi*, cit., 141 ss.

<sup>37</sup> V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi*, cit., 142; cfr. anche D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, 76 ss.

<sup>38</sup> V. R. RÖHLE, *Praetor fideicommissarius*, in «RIDA», 3<sup>c</sup> s., XV, 1968, 399 ss.

<sup>39</sup> Il testo è riportato *supra*, nt. 3.

<sup>40</sup> Così secondo una nota ipotesi del Lenel, su cui v., per tutti, anche per richiami a fonti e letteratura, GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi*, cit., 160 ss.

re ove si trovi la *maior pars hereditatis*. Tale foro era inoltre concorrente con quello del domicilio dell'erede convenuto (Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50, 2), e poteva subire delle eccezioni — dipendenti in parte dalla *voluntas testantis*, in parte dallo stesso comportamento dell'erede che avesse dato inizio all'adempimento — come non manca di segnalare lo stesso Ulpiano<sup>41</sup>.

L'intersecarsi delle suddette regole, che individuano il foro in cui poter agire anche sulla base di criteri di incerta o comunque non immediata determinazione (come quello della *maior pars hereditatis*), giustifica la supposizione che non fossero rare le occasioni in cui il convenuto potesse sollevare la questione di competenza, anche solo come strumento di tattica processuale. Dovette perciò ben presto formarsi e consolidarsi, forse con l'aiuto della *interpretatio* giurisprudenziale<sup>42</sup> e con l'intervento rescrittivo del principe<sup>43</sup>, una disciplina della materia che Ulpiano espone nel brano esaminato, fornendo le preziose informazioni che si è cercato di valorizzare nel tentativo di ricostruzione proposto.

4. — È incerto stabilire se il risultato cui siamo giunti in ordine al processo fedecommissario possa essere esteso a tutte le altre procedure *extra ordinem* del principato. Nelle fonti non sono infatti rinvenibili testimonianze altrettanto esplicite sugli aspetti procedurali della questione di competenza. Gli indizi che si possono ricavare da esse sono tutti assai generici e sfumati.

Iniziamo con l'osservare che l'impiego di *competens* riferito a *iudex*, che è riscontrabile in taluni (relativamente pochi) passi di

<sup>41</sup> Inoltre, a complicare ulteriormente il quadro, Marc. 8 *inst.* D. 5, 1, 51 ricorda che in materia poteva anche intervenire il consenso dell'erede (mediante un *pactum*?) ad *alio loco dare*, con conseguente possibile individuazione di un ulteriore foro.

<sup>42</sup> Una traccia in proposito può essere, per es., costituita dalla discussione se l'*aes alienum* concorra nel computo della *maior pars hereditatis*, conclusa con il prevalere della soluzione negativa: *sed et hic placuit nihil facere aeris alieni nomen, cum non loci sit aes alienum, sed universarum facultatum: aes enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates* (Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50, 1).

<sup>43</sup> È sempre Ulpiano a segnalarlo: *sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet* (Ulp. 6 *fideic.* D. 5, 1, 50, 2).

giuristi classici, è fortemente sospetto, e comunque appare in contesti che nulla aggiungono a quanto già sappiamo<sup>44</sup>. Lo stesso è da dirsi per i casi in cui l'espressione ricorre in costituzioni imperiali<sup>45</sup>.

Talora i giuristi si preoccupano di precisare quali siano gli organi competenti ad assumere determinate decisioni ed entro che limiti essi possano esercitare tale potere. Così, per esempio, nel campo della *datio tutoris* (materia peraltro appartenente alla c.d. *iurisdictio voluntaria*) Ulpiano, precisa che essa *soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps*<sup>46</sup>, e, altrove, dopo aver elencato i magistrati o funzionari competenti in merito, avverte che al preside ciò è consentito solo in relazione a soggetti, i quali *sunt eiusdem provinciae vel ibidem domicilium habent*<sup>47</sup>. Ancora: Callistrato, trattando delle controversie in tema di *munera publica*, precisa, sulla scorta di un rescritto di Adriano, che la cognizione su di esse è attribuita al preside della provincia in cui è situata la città che ne richiede l'assolvimento (e non al preside della provincia di cui l'attore — che nega di essere soggetto a tali *munera* — si dice originario)<sup>48</sup>.

Si tratta di esempi — certo non esaustivi<sup>49</sup> — che testimoniano la cura dei giuristi nell'indicare gli organi giudiziari competenti a

<sup>44</sup> V. Ulp. 6 *fideic.* D. 2, 1, 19 pr.; Paul. 1 *ad ed.* D. 2, 5, 2, 1; Paul. 75 *ad ed.* D. 2, 8, 10 pr.; Ulp. 5 *opin.* D. 4, 2, 23, 2; Ulp. 33 *ad ed.* D. 24, 3, 22, 8; Mod. 12 *resp.* D. 42, 1, 28; Scaev. 28 *dig.* D. 45, 1, 122, 5, in merito ai quali cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., II.1, 140.

<sup>45</sup> A titolo di esempio si possono menzionare tre rescritti relativi agli alimenti: *Divi fratres Celeri* C. 5, 25, 2 (a. 161); *Divi fratres Tatianae* C. 5, 25, 3 (a. 162); *Impp. Severus et Antoninus AA. Sabino* C. 5, 25, 4 (a. 197).

<sup>46</sup> Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26, 1, 6, 2.

<sup>47</sup> Ulp. 39 *ad Sab.* D. 26, 5, 1, 2; cfr. anche Ulp. 36 *ad ed.* D. 26, 5, 3: *ius dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus eoque iure utimur, sed illum, qui ab eodem municipio vel agro eiusdem municipii est.*

<sup>48</sup> Call. 1 *de cognit.* D. 50, 1, 37 pr.: *de iure omnium incolarum, quos quaeque civitates sibi vindicant, praesidium provinciarum cognitio est. cum tamen se quis negat incolam esse, apud eum praesidem provinciae agere debet, sub cuius cura est ea civitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se dicit oriundum esse: idque divus Hadrianus rescripsit.*

<sup>49</sup> Per una rassegna delle varie materie soggette a *cognitiones extra ordinem* e dei giudici competenti v., per tutti, con ampi rinvii a fonti e letteratura, KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 451 ss.

conoscere *extra ordinem* delle liti relative a varie materie. Ciò lascia intendere che, potenzialmente, per ciascuna di tali materie potevano sorgere questioni di competenza, ma non v'è nei passi segnalati — o anche in altri che potrebbero essere richiamati, ma che per brevità si tralasciano — alcun utile ragguaglio sulle modalità procedurali impiegate per sollevare la questione di competenza e deciderla.

Poco più di un indizio è fornito da un passo di Meciano, in tema di *libertas fideicommissaria*:

Maec. 16 *fideic.* D. 40, 5, 36, 2: *Nilil facit ad interpellandam iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate cognoscit, privilegium cuiusque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum.*

Il passo dovrebbe riguardare una, discussa, prescrizione del senatoconsulto Articuleiano (del 123 d.C.), che avrebbe spostato la competenza sul fedecommesso di libertà al foro dello schiavo<sup>50</sup>, disponendo che l'erede che dimorasse in altra provincia, qualora non si costituisse, fosse comunque ritenuto *absens ex iusta causa*. Meciano afferma, in particolare, che il *privilegium* o la *condicio personarum*, addotti dall'erede convenuto in un processo intentato per far valere la *libertas fideicommissaria*, non sono idonei a impedire (*interpellare*)<sup>51</sup> la *iurisdictionem* dell'organo chiamato in via ordinaria a pronunciarsi su tale materia. In sostanza tale competenza è ritenuta inderogabile e contro di essa non possono farsi valere eventuali *pri-*

<sup>50</sup> Così G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni 'mortis causa'*. Studi sulle fonti autoritative romane, Padova, 1963, 85 e 109; in altro senso VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., II, 418 e nt. 66; cfr. anche, per una sintesi sul tema dei senatoconsulti che intervennero in materia, GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi*, cit., 214 s. e nt. 65.

<sup>51</sup> L'uso del verbo *interpellare* nel senso di impedire è abbastanza frequente nel linguaggio dei giuristi, soprattutto in relazione a problematiche di diritti reali o possesso: v., per es., Paul. 15 *ad Sab.* D. 8, 1, 14 pr. (*i. possessionem*); Iul. 7 *dig.* D. 8, 2, 32, 1 (*i. usucapionem*); Paul. 15 *ad Sab.* D. 8, 6, 18, 1 (*i. ius*); Afric. 7 *quaest.* D. 41, 2, 40, 1 (*i. possessionem*); Iul. 44 *dig.* D. 41, 3, 33, 4 e 6 (*i. usucapionem*); Paul. 54 *ad ed.* D. 41, 4, 2, 21 (*idem*); Iul. 44 *dig.* D. 41, 4, 7, 6 (*i. longam possessionem*); Scaev. 5 *resp.* D. 41, 4, 13 (*i. diutinam possessionem*); Iul. 44 *dig.* D. 41, 5, 2 pr. (*i. possessionem*); nonché Iul. 13 *dig.* D. 17, 1, 30 (*i. manumissionem*).

*vilegia* o condizioni personali (si può pensare, per esempio, all'appartenenza all'*ordo senatorius*, che, proprio in tema di controversie su fedecommissi, fondava la competenza, a Roma, dei consoli<sup>52</sup>).

Ora, se si astrae dal caso esaminato da Meciano e si ha riguardo esclusivamente all'espressione usata dal giurista (*nihil facit ad interpellandam iurisdictionem*), si può supporre che la suddetta allegazione di un *privilegium* o di una *condicio personarum* costituisse una vera e propria eccezione di incompetenza, volta per l'appunto a bloccare il procedimento di fronte al giudice adito, per spostarlo innanzi al giudice del foro del convenuto. È ragionevole presumere che nelle ipotesi in cui tale allegazione fosse considerata ammissibile ed efficace, la decisione sulla questione avvenisse all'inizio della trattazione della lite: l'impedimento dell'esercizio della *iurisdictione* sembra avere un senso solo quando il processo non è ancora in una fase avanzata. Non sappiamo però se, come nella *praescriptio* della *petitio fideicommissi* prima analizzata, vi fosse l'onere, a pena di decadenza, di opporre subito il privilegio. Questa soluzione è sicuramente prevista per la *praescriptio fori* del processo tardo-imperiale<sup>53</sup> (si veda C. Th. 11, 30, 65<sup>54</sup> [a. 415] = C. 8, 35, 13<sup>55</sup>), ed è perciò possibile che essa sia stata accolta, in via generale per tutti i processi, già durante il principato<sup>56</sup>. Le fonti però non consentono

<sup>52</sup> D'altro canto Roma era considerata, in via generale, il domicilio legale degli appartenenti all'*ordo senatorius*, anche se essi vivessero stabilmente lontano dalla capitale: cfr. Paul. 41 *ad ed. D.* 1, 9, 11; Paul. 1 *sent. D.* 50, 1, 22, 6.

<sup>53</sup> In merito alla quale si consenta il rinvio a P. GARBARINO, *La 'praescriptio fori' nei secoli V e VI: aspetti procedurali*, in AA.VV., *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro* (Atti Modena 1998), Milano, 2000, 1 ss.

<sup>54</sup> *Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas nec ab interlocutionibus appellandum esse duxerunt ...*

<sup>55</sup> *Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas.*

<sup>56</sup> Si può anche notare che in un passo di Ulpiano, relativo alle garanzie personali *iudicio sistendi causa*, si fa menzione di *praescriptio fori*: (Ulp. 14 *ad ed. D.* 2, 8, 7 pr.) *si <fideiussor> non negetur idoneus, sed dicatur habere fori praescriptionem et metuat petitor, ne iure fori utatur: videndum quid iuris sit. et divus Pius (ut et Pomponius libro epistularum refert et Marcellus libro tertio digestorum et Papinianus libro tertio quaestionum) Cornelio Proculo rescripsit merito petitoem recusare talem <fideiussorem>: sed si alias caveri non possit, praedicendum ei non*

alcuna certezza sul punto: a parte il caso studiato della *petitio fidei-commissi*, non mi risulta che per altre *cognitiones* esista una sicura testimonianza dell'applicazione di tale regola processuale. Anche il passo di Meciano mi pare troppo generico e allusivo per consentire di trarre delle sicure conclusioni generali. Resta perciò il dubbio che la questione di competenza (nelle sue varie formulazioni possibili) potesse essere sollevata, in altre *cognitiones*, a processo ormai avanzato e maturo per la decisione, anche se l'evidente iniquità e irragionevolezza di tale scelta (che poteva facilmente trovare una motivazione in un mero scopo di ostruzionismo processuale) rende improbabile che non fosse previsto un qualche limite alla sua proponibilità.

D'altro canto tutto il regime delle eccezioni nella *cognitio extraordinem* appare meno oscuro solo a partire da Diocleziano, che interviene con alcuni rescritti in materia, ponendo la distinzione — mutuata dal diritto classico<sup>57</sup> e mantenuta anche da Giustiniano<sup>58</sup> — tra eccezioni perentorie e dilatorie, le prime da proporsi all'inizio della lite (ma da trattarsi solo dopo che l'attore avesse provato il

---

*usurum eum privilegio, si conveniatur*; tale menzione deve ritenersi però interpolata: il passo riguarda la procedura formulare (è tratto dal libro 14 *ad edictum*, in cui il giurista si occupava delle *satisfactiones* processuali: cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 492) e perciò non sembra aver senso il richiamo a una *praescriptio* (sia pure *pro reo*) in materia di competenza; nello stesso passo si rinviene, del resto, il termine *privilegium*, che appare del tutto corretto (cfr., per es., Ulp. 5 *ad ed. D. 5*, 1, 5) per indicare una condizione personale del garante, che gli attribuisca un foro privilegiato (che potrebbe essere disagevole per il garantito); si noti anche che per Ulpiano il suddetto privilegio può essere oggetto di preventiva rinuncia; anche per KOLITSCH, '*Praescriptio*' und '*exceptio*', cit., 271 nt. 35, che osserva che questo è l'unico passo della letteratura classica in cui si rinvenga l'espressione *praescriptio fori*, il termine è interpolato per *privilegium*.

<sup>57</sup> V., ad es., Gai. 4, 120-125; Gai. 1 *ad ed. prov. D. 44*, 1, 3; Ulp. 74 *ad ed. D. 44*, 1, 2, 4.

<sup>58</sup> I. 4, 13, 8 (7)-11 (10); sul tema v., per tutti, la sintesi di PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., 415 ss., il quale peraltro sembra non applicare la suddetta distinzione alle eccezioni riguardanti la regolarità della costituzione del rapporto processuale, come l'eccezione di incompetenza o l'*exceptio procuratoria*, che formerebbero così un *tertium genus* di eccezioni, caratterizzato dal fatto che esse, a differenza delle altre, «dovevano essere proposte e decise già nella fase dell'*initium litis*» (*ibid.*, 417).

fondamento della sua pretesa)<sup>59</sup>, le seconde proponibili invece in qualsiasi momento del processo, purché *ante sententiam*<sup>60</sup>.

È presumibile che Diocleziano abbia ribadito principi processuali che si erano consolidati già in precedenza, resta però il fatto che, a mia conoscenza, le fonti classiche non sembrano far uso di questa distinzione in relazione alle *cognitiones extra ordinem* (e dunque neppure in riferimento alla proponibilità della eccezione di incompetenza, nella misura in cui quest'ultima possa essere ricondotta alla suddetta distinzione<sup>61</sup>), né — quel che più importa — sembrano contenere altre esplicite informazioni sulle modalità di esperimento di tale eccezione, oltre a quelle oggetto di analisi in queste pagine.

Di fronte a questo silenzio non resta che valorizzare l'unica traccia di una certa consistenza che possediamo, individuata nella *petitio fideicommissi*. Pur nella consapevolezza che si tratta di un dato congetturale, si può ritenere che essa costituisca un esempio di un orientamento più generale. Appare perciò plausibile ritenere che la disciplina attestata in materia per la più tarda *cognitio* presupponga tale orientamento applicativo, il quale sembra così aver svolto il ruolo di 'anello di congiunzione' tra l'esperienza processuale del principato e quella del tardo impero.

<sup>59</sup> *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Menandro C. 4, 19, 19: exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet* (a. 294).

<sup>60</sup> *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Alexandriae C. 7, 50, 2: peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuam edictum manifeste declarat. 1. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest* (a. 294); *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio C. 8, 35 (36), 8: praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, vel omissam, priusquam sententia feratur, obicere quandoque licet* (a. 294).

<sup>61</sup> In merito v. la posizione di PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., 415 ss. (cfr. *supra* alla nt. 58).