

## PUNTI DI VISTA

### LA CLASSIFICAZIONE DELLE « STIPULATIONES PRAETORIAE » \*

1. Un noto testo di Ulpiano distingue le *stipulationes praetoriae* in tre tipi: *iudiciales, cautionales, communes*.

D. 46.5.1 (Ulp. 77<sup>1</sup> ed.). *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes*. 1. *Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nunciacione*. 2. *Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti*. 3. *Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa*. 4. *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione*.

Il testo è stato variamente trattato dalla critica<sup>2</sup>. Le posizioni che mi pare interessante rilevare sono tre. Secondo il Beseler<sup>3</sup>, tutto il brano sarebbe opera di due parafrasti, ma non è escluso che vi figurino residui del dettato genuino. Secondo il Mozzillo<sup>4</sup>, a prescindere da altri rimaneggiamenti, sarebbe da ritenere glossata o emblematica la *species* delle *stipulationes communes*. Secondo il Branca<sup>5</sup>, che si è occupato del passo per ultimo, non vi sarebbe alcuna ragione per dubitare della sua genuinità.

2. E' opportuno partire dalla opinione del Branca<sup>6</sup>. Per questi « il pensiero del giurista è chiaro, lineare ». Infatti: « tutte le stipulazioni pretorie hanno, più o meno, funzione *cautionalis*, 'assicurativa', ma alcune la svolgono assicurando la esecuzione del giudicato o comunque lo sbocco finale del giudizio (*iudicium ratum facere*) e si chiamano giudiziali, altre rafforzano la tutela facendo sorgere una azione (*instar actionis habent*) e si chiamano *cautionales* in senso stretto, altre, infine, dette *communes*, garantiscono l'instaurazione del giudizio (*iudicio sistendi: vadimonium*) ».

\* Lo scritto apparirà negli *Studi in onore di Biondo Biondi*.

<sup>1</sup> LENEL, *Pal. Ulp.* 1693 (nel l. 70 Ulpiano parla di *interdicta*). <sup>2</sup> Citaz. in MOZZILLO, *Contributo allo studio delle « stipulationes praetoriae »* (1960) 21 nt. 31. <sup>3</sup> *Beitr.* 3.130 s. e T. 1930, 189. *Contra* SOLAZZI, *Istituti tutelari* (1929) 106 nt. 1. <sup>4</sup> Cit. (nt. 2) 21 ss. <sup>5</sup> *Rc. a Mozzillo* (nt. 2), in *Iura* 12 (1961) 35. <sup>6</sup> Cit. retro nt. 5. <sup>7</sup> Per tutti, WENGER, *Istituz. di procedura*

La parafrasi è esatta. Ma, se il giurista Ulpiano ha veramente scritto quel che si legge in D. 46.5.1 pr.-4, ogni persona sennata dovrà dire che il suo pensiero è, quanto meno, oscuro e contorto. « Chiaro, lineare », no.

Valga il vero. Tutte le *stipulationes praetoriae* hanno, approssimativamente, funzione cautelare (§ 4): sia pure. Ma perchè si distinguono in *iudiciales*, *cautionales* (in senso stretto), *communes*? Il testo dà una risposta (al « perchè ») per le *iudiciales* (*quae propter iudicium interponuntur*) e per le *cautionales* (*quae instar actionis habent*), ma per le *communes* non risponde affatto: si limita a registrare che *communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa*. In tutto questo non vi è logica, o per lo meno non vi è chiarezza, linearità di pensiero. D'altro canto, proviamo a intuire la implicita giustificazione di una *species* di *stipulationes praetoriae*, che non sono *iudiciales* o *cautionales* soltanto, ma vengono denominate *communes*: la interpretazione che solitamente, ed ovviamente, si fa<sup>7</sup> porta a ritenere che le *stipulationes communes* sono tali perchè hanno qualcosa sia delle *iudiciales*, che delle *cautionales*<sup>8</sup>. Ora, che aveva anche di *cautionalis*, oltre che di *iudicialis*, la *cautio vadimonium sisti* (antenata classica delle *stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa*)? Perchè mai, cioè, la *cautio vadimonium sisti* non era considerato *iudicialis*, ma *communis*? E perchè mai la *cautio ex operis novi nuntiatione* è qualificata *iudicialis*, anzichè *cautionalis*? E perchè la *cautio de rato* è noverata come *cautionalis*, anzichè come *iudicialis* o *communis*? E' evidente che Ulpiano, ove sia l'autore del brano in esame, le idee chiare non le ha. E tanto meno lineari.

Ma è possibile che Ulpiano sia veramente l'autore di tutto il dettato di D. 46.5.1 pr.-4? A parte il suo apprezzamento per la chiarezza e linearità del pensiero del giurista, il Branca, se ben vedo, è per l'affermativa (forse, lievemente contraddicendosi) anche in forza di un'altra considerazione: « le dommatizzazioni dei classici (di Ulpiano, poi!), confrontate con le bizantine e le nostre, sono sempre un po' ingenue (e meno pesanti e tali da non impastoiare gli sviluppi futuri degli istituti) »<sup>9</sup>. Questa agile impostazione, forse, spiega tutto: anche il mistero delle *stipulationes communes*, anche la stranezza della *cautio ex operis novi nuntiatione* qualificata come *iudicialis*. Ingenuità, solo ingenuità del classico (di Ulpiano, poi) nelle sue « dommatizzazioni ».

Occorre, a questo punto, che ci si intenda. E' assolutamente fuori discussione che la scienza romanistica contemporanea debba, *re melius perpensa*, versare molta, moltissima acqua nel vino critico (e ipercritico) dei

*civ. romana* (tr. ital. 1938) 240. <sup>8</sup> Cfr. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel dir. rom.* (1942) 129: « mentre sono dirette ad assicurare lo svolgimento e l'efficacia del giudizio, nello stesso tempo fanno nascere un'azione nel caso che questa assicurazione non venga mantenuta ». Tentativo, per vero, non felice di andare più addentro nella spiegazione delle *stipulationes communes*.

<sup>9</sup> Cit. (nt. 5) 34. <sup>10</sup> BESELER, *Beitr.* 3.130 e I.III. <sup>11</sup> Cit. (nt. 3)

suoi « anni ruggenti ». Ma da questo ragionevole programma di revisione ad un indiscriminato « *laissez faire, laissez passer* », ci corre, a mio avviso, un bel tratto. Ond'è che non è ammissibile, io penso, che si obliteri l'ipotesi di lavoro, che sola giustifica la nostra scienza. Voglio dire l'ipotesi che Ulpiano (e così pure ogni giurista classico), pur non possedendo caratteristiche ciceroniane di stile e qualità cartesiane di raziocinio, fosse tuttavia un autore, che scrivesse in un latino passabile, secondo una logica elementare, sulla base di una conoscenza abbastanza approfondita del diritto romano.

E siccome non sembra che il dettato di D. 46.5.1 pr.-4 si adegui a questa ancor valida, irrefutabile ipotesi di lavoro, reputo doveroso passare ad una analisi esegetica un po' meno epidermica del discusso frammento.

3. Le mende che il brano presenta all'esame filologico sono, a mio avviso, le seguenti: la fastidiosa ripetizione di *ut*, con significati diversi (*ut ratum fiat, ut indicatum solvi*) nel § 1; uno *stipulationes* di troppo nel § 3 (*iudiciales eas dicimus... cautionales sunt autem... communes sunt stipulationes rell.*); il *natura sui*, già appuntato da altri<sup>10</sup>, del § 4. Non condirei la critica del Bescler<sup>11</sup> a *instar actionis*, che è espressione classicamente ineccepibile, e confermata da Ulp. 4 ed. D. 44.7.37 pr. (*Stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia instar actionum optinent*)<sup>12</sup>.

A parte la (veniale) sciatteria dell'insieme, pochissime, dunque, e lievi, le mende formali. Ma passiamo all'analisi logico-generale e logico-giuridica del passo.

Qui le cose cambiano, e occorre prendere in considerazione (anche se non sempre per sottoscriverle) le acute e meditate critiche del Mozzillo. Il quale, dopo aver segnalato, anche sulla scorta di altri<sup>13</sup>, l'inammissibilità dell'inserzione tra le *stipulationes iudiciales* della *cautio ex operis novae nunciacione*<sup>14</sup>, sostiene<sup>15</sup> che: a) il *iudicium* del § 1 (*propter iudicium interponuntur*) non è il processo in genere, ma il *iudicium* formulare; b) il fine di *iudicium ratum facere* sta, dunque, ad indicare la finalità di rendere possibile, prima ancora della esecuzione, la *litis contestatio* (e la *sententia*); c) la *cautio vadimonium sisti* altrimenti non può essere stata, pertanto, concepita da Ulpiano, che come *stipulatio iudicialis*; d) la *cautio ex operis novae nunciacione* va reinserita tra le *stipulationes cautionales*; e) la creazione postclassica delle *stipulationes communes* (*quae fiunt iudicio sistendi causa*) si spiega con le peculiarità della *cautio iudicio sisti*, che « viene ora prestata stragiudizialmente, non più alla controparte, bensì all'*exsecutor negotii* incaricato della consegna del *libellum* ».

Di queste proposizioni, che taluni, peraltro, giudica tutte assurde o ingenuie<sup>16</sup> (ed invero esse non postulano che il pensiero di Ulpiano sia chiaro,

128 ss. <sup>12</sup> Cfr. anche PALERMO (nt. 8) 128. <sup>13</sup> VON WOESS, *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in ZSS. 53 (1953) 373 nt. 2. Questo autore, peraltro, non giunge, tutto sommato, a concludere per l'interpolazione. <sup>14</sup> Cit. (nt. 2) 22 s. <sup>15</sup> Ivi, 23 ss. <sup>16</sup> Cfr. BRANCA (nt. 5) 35.

lineare), io riterrei piuttosto azzardate le prime due, plausibili la terza e la quarta, suggestiva e da accogliersi l'ultima.

E infatti, *Iudicium* significa anche formula processuale, ma, sino a prova contraria, il suo significato più naturale è quello di processo<sup>17</sup>. Il Mozzillo argomenta per il significato di formula giudiziale dal fatto che, se *iudicium ratum facere* equivallesse alla concreta efficacia della sentenza, la *cautio vadimonium sisti* non sarebbe stata qualificabile come *iudicialis* da Ulpiano (essa serviva, infatti, a garantire l'instaurazione del processo, non l'esecuzione della *sententia*)<sup>18</sup>. Questa è, peraltro, se non erro, una petizione di principio: giustamente convinto che la *cautio vadimonium sisti* non fosse *communis*, il Mozzillo la qualifica *iudicialis*, ma per poterla qualificare *iudicialis*, si induce arbitrariamente a ritenere che *iudicium ratum facere* non equivalga ad esecuzione della *sententia*, ma equivalga a garanzia della instaurazione del processo. Il mio modo di ragionare è diverso. *Iudicium* significa tutto il processo: ma *ut ratum fiat*, rispetto al discorso che precede (*quae propter iudicium interponuntur*), è adiettivo: il che vale a chiarire la menda formale dei due *ut* a breve distanza. Dunque: una certa redazione del testo (ulpianea o parafrastica che fosse) denominava genericamente *iudiciales* tutte le *stipulationes* attinenti all'*iudicium*-processo (sia alla sua instaurazione, che al suo svolgimento, che alla esecuzione della *sententia*)<sup>19</sup>; un redattore successivo (o Giustiniano) ha ridotto il novero della *stipulationes iudiciales* a quelle intese a garantire l'esecuzione del giudicato (*ut iudicium ratum fiat*), riversando la *cautio vadimonium sisti* (divenuta frattanto *cautio iudicio sisti*)<sup>20</sup> nella *species*, di sua invenzione, delle *stipulationes communes*. Possibile è, ciò posto, che la *cautio vadimonium sisti* fosse menzionata nel testo genuino del § 1 e che la *cautio ex operis novi nunciatione* fosse menzionata solo nel § 2, sebbene non sia poi da escludere che, nella redazione giunta in sue mani, il secondo glossatore non abbia addirittura trovato quest'ultima, visto che il testo si limitava a fare delle esemplificazioni. Illuminante e, allo stato, l'unica veramente soddisfacente è, comunque, la congettura che la *species* delle *stipulationes communes* sia una creazione postclassica, intesa a giustificare la *cautio iudicio sistendi causa*, che non è più veramente giudiziale (come la *cautio vadimonium sisti*), nè è veramente cauzionale (come quelle che *instar actionis habent*)<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> HEUMAN-SECKEL shv. <sup>18</sup> MOZZILLO (nt. 2) 24 s. <sup>19</sup> *Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur [...], ut <vadimonium sisti et>, iudicatum solvi...* <sup>20</sup> WENGER (nt. 7) 240 nt. 7. <sup>21</sup> MOZZILLO (nt. 2) 30: « Questa stipulazione viene ora prestata stragiudizialmente, e non più alla controparte, bensì all'*exsecutor negotii* incaricato della consegna del *libellus*...; diversa dalle *stipulationes iudiciales* prestate nel corso del procedimento, la *cautio iudicio sisti* era egualmente diversa dalle stipulazioni *cautionales*, in quanto intercorreva tra il convenuto e il rappresentante dell'autorità pubblica, la quale, di conseguenza, doveva considerarsi la sola legittimata

Come mai poi la *cautio ex operis novi nunciatio* (fosse o non fosse enumerata nel § 2) sia andata a finire nel § 1, in cui assolutamente non è di casa, non si spiega ragionevolmente: e privo di ogni verosimiglianza è il tentativo del Mozzillo in questo senso<sup>22</sup>. A mio avviso, la sola ipotesi ammissibile è che tutto sia dipeso da un errore di trascrizione<sup>23</sup>.

4. Si pone, quindi, il problema circa la natura e l'epoca delle alterazioni. Alterazioni di un testo classico o parafrasi postclassica del discorso genuino di Ulpiano? Elaborazione giustiniana o pregiustiniana?

Io escluderei Giustiniano, che non aveva tempo e voglia di alterare il discorso di Ulpiano senza una vera esigenza pratica, ma a soli fini di classificazione teorica<sup>24</sup>. E' chiaro, a mio avviso, che ci troviamo di fronte ad un elaborato (postclassico) pregiustiniano. E quanto al carattere della elaborazione, l'ipotesi più attendibile, data la relativa organicità del discorso, è che D. 46.5.1 pr.-4 sia, come ha visto il Beseler<sup>25</sup>, e conforme a quanto spesso si è verificato in ordine al commentario editale di Ulpiano<sup>26</sup>, una parafrasi del dettato originario. Parafrasi ulteriormente elaborata da successivi amanuensi o lettori.

Bisogna riflettere, infatti, che nel nostro brano vi è anche questa notevole anomalia: tra le *stipulationes cautionales* figura la *cautio ratam rem dominum habiturum*, che ci aspetteremmo di trovare inserita, invece, tra le *stipulationes iudiciales*, perchè nessuno può contestare che, almeno di regola<sup>27</sup>, essa *propter iudicium interponitur*<sup>28</sup>.

ad agire contro il promittente in caso di latitanza... La qualificazione non assume un significato rigoroso, e più che indicare la presenza contemporanea di elementi comuni alle categorie di Ulpiano, è un'ulteriore manifestazione della tendenza bizantina alle classificazioni formalmente esaurienti». Il riferimento letterale di questi squarci mi esime dall'indugiarmi sulla critica del Branca (nt. 5), 305, a questa spiegazione del Mozzillo. Il Branca, infatti, ritiene di poter demolire l'ipotesi di cui sopra, esclamando: « Insomma i giustiniani avrebbero trovato in Ulpiano un gruppo di stipulazioni, compreso il *vadimonium*, chiamate *iudiciales*, perchè comunque attinenti al processo; poi, siccome al *vadimonium* avevano sostituito la *cautio iudicio sisti*, avrebbero creato per questa un posto speciale solo perchè la si poteva dare stragiudizialmente: come se con ciò quella *stipulatio* non fosse attinente al processo! ». <sup>22</sup> Mozzillo (nt. 2) 29: i compilatori giustiniani, che avevano eliminato dal novero delle *stipulationes iudiciales* la *cautio vadimonium sisti*, sarebbero venuti a trovarsi nella « necessità » di introdurre un esempio che si affiancasse alla *cautio iudicatum solvi*. <sup>23</sup> Più probabile ancora è che la menzione della *cautio ex operis novi nunciatio* sia stata aggiunta a margine da un lettore completo-mane e sia stata poi trascritta fuori posto da un successivo amanuense.

<sup>24</sup> Diversamente Mozzillo (nt. 2), che attribuisce le alterazioni da lui segnalate ai compilatori o a precedenti glossatori. <sup>25</sup> Cit. *retro* nt. 4. <sup>26</sup> Cfr. WIRACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 231 ss., e altre citazioni ivi, 231 nt. 45 e 46. <sup>27</sup> Casi eccezionali di applicazione estranei alla normale funzione del processo sono indicati da Mozzillo (nt. 2) 52. <sup>28</sup> Funzione normale della *cautio de rato* era infatti di garantire il convenuto per l'ipotesi che il rappresentato dal *procurator* (attore nel processo) promuovesse contro di lui un nuovo giudizio: da ultimo, GUIZZI, *In tema di origini della « cautio de*

E' difficile pensare che anche la *cautio de rato* sia stata vittima di uno spostamento dovuto alle trascrizioni del testo. D'altra parte, sempre partendo dall'ipotesi di lavoro che Ulpiano fosse una persona ragionevole, è ancora più difficile, almeno per me, contrariamente all'opinione del Mozzillo<sup>29</sup>, supporre che la *cautio de rato* sia stata da lui noverata tra le *stipulationes cautionales*, se a lui proprio rimontava la classificazione delle *stipulationes praetoriae* in *iudiciales* e *cautionales*.

Io riterrei, pertanto, che nel l. 77 *ed.* Ulpiano non si sia affatto preoccupato di classificare in due o in tre *species* le *stipulationes praetoriae*. Egli si è limitato a dire che le *stipulationes praetoriae*, in generale, *instar actionis habent*: lo stesso che aveva detto, per tutte le *stipulationes praetoriae*, già nel l. 4 *ed.*<sup>30</sup>. Avendo ciò premesso, Ulpiano è passato forse ad enumerare le singole *stipulationes* secondo l'ordine dell'Editto: *vadimonium sisti*<sup>31</sup>, *pro praede litis et vindiciarum*<sup>32</sup>, *iudicatum solvi*<sup>33</sup>, *de conferendis bonis et dotibus*<sup>34</sup>, *si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur*<sup>35</sup>, *evicta hereditate legata reddi*<sup>36</sup>, *usufructuarius quemadmodum caveat*<sup>37</sup>, *legatorum servandorum causa*<sup>38</sup>, *rem pupilli salvam fore*<sup>39</sup>, *ratam rem haberi*<sup>40</sup>, *de auctoritate*<sup>41</sup>, *ex operis novi nuntiatione*<sup>42</sup>, *de damno infecto*<sup>43</sup>. Dopo di che il giurista ha annunciato di voler esaminare, per cominciare, le prime tre *cautiones* (L. 280-282), specificando (senza voler con ciò creare una categoria chiusa) che esse *propter iudicium interponuntur* (Ulp. 77-78 *ed.*)<sup>44</sup>.

Nessun intento classificatorio, nè in due nè in tre *species*, è supponibile, insomma, che abbia animato Ulpiano. La classificazione sembra da attribuire a successivi parafrasti, e più precisamente: ad un primo parafraste, che ha tradotto il discorso genuino di Ulpiano in termini di dicotomia (*stipulationes iudiciales* e *cautionales*)<sup>45</sup>; ad un secondo parafraste, alquanto più tardo, che ha trasformato la dicotomia in tricotomia (*stipulationes iudiciales, cautionales, communes*), aggiungendo forse il dettato (sostanzialmente comunque, ineccepibile) del § 4<sup>46</sup>.

ANTONIO GUARINO

*rato* », in *Labeo* 7 (1961) 330 ss. <sup>29</sup> Cit. (nt. 2) 50 ss. Il Mozzillo ben mette in luce il carattere singolare della *cautio ratam rem dominum habiturum*. Ma, posta la esistenza *ab origine* di una categoria delle *stipulationes* « *quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat* », è pensabile che, malgrado tutto, la *cautio de rato* ne rimanesse al di fuori? <sup>30</sup> Cfr. D. 44.7.37 pr., cit. *retro* n. 3. <sup>31</sup> EP. 280. <sup>32</sup> EP. 281. <sup>33</sup> EP. 282. <sup>34</sup> EP. 283. <sup>35</sup> EP. 284. <sup>36</sup> EP. 285. <sup>37</sup> EP. 286. <sup>38</sup> EP. 287. <sup>39</sup> EP. 288. <sup>40</sup> EP. 289. <sup>41</sup> EP. 290. <sup>42</sup> EP. 291. <sup>43</sup> EP. 292. <sup>44</sup> Per es.: ... *et prius dispiciamus de cautionibus vadimonium sisti, pro praede litis et vindiciarum, iudicatum solvi, quae omnes propter iudicium interponuntur*. <sup>45</sup> Per es.: *Praetoriarum stipulationum duas videntur esse species, iudiciales et cautionales. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut vadimonium sisti et iudicatum solvi. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, ut de legatis rell.* <sup>46</sup> Ma per l'*et ex operis novi nuntiatione* v. *retro* n. 3 e nt. 23.