

## D. 50.16.199: la definitio ulpiana di ‘absens’

1. D. 50.16.199 è il terzo di cinque frammenti (D. 50.13.1, 50.14.3, 50.16.199, 26.5.6 e 26.5.8) collocati dal Lenel<sup>1</sup> sotto la rubrica «*De extraordinariis cognitionibus*», l'unica che si rinviene all'interno dell'ottavo libro del *de omnibus tribunalibus* di Ulpiano, ed è inserito dai compilatori giustinianeî sotto il titolo «*De verborum significatione*»:

D. 50.16.199 (Ulp. 8 *de omn. trib.*): ‘*Absentem*’ accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus: et si forte extra continentia urbis sit, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet. 1. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur.

Nel *principium* Ulpiano chiarisce che si deve intendere «‘*Absentem*’» chi non si trova in quel luogo «*in quo petitur*» (‘*Absentem*’... *petitur*)<sup>2</sup>, non potendosi perciò considerare «*absentem*» chi sia «*trans mare*» (*non... desideramus*)<sup>3</sup>, mentre è da reputarsi tale chi «*forte*» si trovi «*extra continentia urbis*» (*et... abest*), ciò che non sembra potersi dire anche di chi sia «*ad continentia*» (*Ceterum... videbitur*), purché (*si*) «*non latitet*».

Il Pugliese<sup>4</sup> ha ricondotto il testo – riprodotto in maniera pressoché identica nella sua parte centrale dallo stesso Ulpiano in D. 50.16.173.1, proveniente dal trentanovesimo libro *ad Sabinum*: *Qui extra continentia urbis est, ‘abest’: ceterum usque ad continentia non abesse videbitur* – al processo formulare, nel quale, come è noto, l’*in ius vocatio* consisteva in una intimazione rivolta di persona dall’attore al convenuto, sicché, se quest’ultimo non era reperibile, la citazione in giudizio non poteva essere compiuta e, conseguentemente, veniva impedito l’inizio del processo, non essendo ammesso un giudizio contumaciale che si svolgesse con la presenza del solo attore. L’irreperibilità del convenuto costituiva dunque un grave ostacolo per chi intendeva fare valere giudizialmen-

<sup>1</sup> *Palingenesia iuris civilis* 2, Lipsiae 1889, 999.

<sup>2</sup> Sull’inciso «*accipere debemus*», che ricorre in questa frase, v. M. Meinhardt, *Datenverarbeitung im Dienste der Digesten*, in D. Medicus, H. Hermann Seiler (her.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 757 s.

<sup>3</sup> Sul verbo «*desideramus*», che chiude questa frase, v. T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002<sup>2</sup>, 58 e nt. 262, secondo cui il testo rientra tra quelli nei quali non è chiaro «*whether the subject is ‘we’ or ‘lawyers’*. The autor may not himself have been sure» (p. 57).

<sup>4</sup> G. Pugliese, *Les voies de recours sanctionnant l’‘in ius vocatio’*, in *RIDA*. 3, 1949, 269 s. ed. *Il processo civile romano II. Il processo formulare* 2, Milano 1963, 376 e nt. 118.

te i propri diritti contro di lui, sicché si poneva il problema della qualificazione del citando come ‘irreperibile’. Anzitutto era irreperibile chi fosse morto e, in particolare, chi fosse deceduto senza lasciare eredi od altri successori e, inoltre e principalmente, il latitante, cioè – come specifica lo stesso Ulpiano, che ad esso non manca di accennare alla fine del frammento (*si non latitet*), in D. 42.4.7.8<sup>5</sup> – chi si nascondeva durevolmente, e l’assente. Ed era appunto di quest’ultimo che si occupava Ulpiano, il quale, commentando il lemma ‘*absens*’, chiariva che doveva considerarsi assente chi non si trovava nel luogo che era sede del magistrato competente (*qui non est eo loci, in quo loco petitur*)<sup>6</sup>, precisando inoltre che tale era anche chi si trovava «*extra continentia urbis*», cioè in «edifici fuori le mura, ma a queste contigui»<sup>7</sup>, con la conseguenza che «le *vocatus désobéissant*, s’il ne s’était éloigné, ne pouvait être traité comme un absent»<sup>8</sup>, a meno che non si stesse nascondendo<sup>9</sup>. La definizione ulpiana di ‘*absens*’, alla quale i compilatori giustinianeî attribuirono una portata generale mediante l’inserimento di D. 50.16.173 e D. 50.16.199 sotto il titolo 50.16 «*De verborum significatione*»<sup>10</sup>, riguardava nel contesto originario probabilmente la sola nomina dei tutori<sup>11</sup> e,

<sup>5</sup> (Ulp. 59 *ad ed.*): *Latitare autem est cum tractu aliquo latere, quemadmodum factitare frequenter facere.*

<sup>6</sup> Come ricorda lo stesso Pugliese, *Il processo civile romano* II.2 cit. 376 nt. 118 e come si desume da una disposizione della *lex de Gallia Cisalpina* XXI.21-24, non era invece considerato assente chi si trovava in un *municipium*, mentre il processo doveva svolgersi a Roma, dal momento che poteva essere chiamato in giudizio davanti ai magistrati locali, pur incompetenti nel merito, ed essere costretto, sotto la minaccia di un’azione penale da intentarsi dinanzi ad essi, a *vadimonium Romam promittere* od a dare un *vindex* (*vadimonium Romam... non promeiserit aut vindicem... non dederit*). Sull’inciso «*eo loci*», che chiude la frase di cui al testo, v. Honoré, *Ulpian* cit. 71 e nt. 723.

<sup>7</sup> Pugliese, *Il processo civile romano* II.2 cit. 376 nt. 118.

<sup>8</sup> Pugliese, *Les voies de recours* cit. 269.

<sup>9</sup> Così, giustamente, anche E. Metzger, *Republican Civil Procedure: Sanctioning Reluctant Defendants*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, P. J. Du Plessis, C. Ando, K. Tuori (ed.), Oxford 2016, 251 nt. 20.

<sup>10</sup> In proposito, Marrone, *Nuove osservazioni su D. 50.16 ‘de verborum significatione’*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 7, 1995, 185 s. e nt. 62 ed *Osservazioni su D. 50.16*, in O. Bianco e S. Tafaro (a c. di), *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994*, Galatina 2000, 38, ha osservato che questi due passi, insieme a molti altri, attestano inequivocabilmente come non fosse raro, in D. 50.16, che termini od espressioni uguali o comunque affini nel significato o strettamente legati per il contenuto fossero presi in considerazione più volte, a distanza di decine e, talvolta, anche di centinaia di frammenti, e, inoltre, come, nel caso specifico di D. 50.16.199, l’operazione di isolamento del brano, compiuta dai compilatori di D. 50.16 in relazione ad una *significatio* che, staccata dal contesto generale, non avrebbe potuto avere valore generale, metteva in guardia l’interprete circa il valore relativo della *significatio* stessa, caricando su di lui l’onere di stabilire ogni volta quando quel significato ricorresse o meno.

<sup>11</sup> Così, più di recente, anche J. Platschek, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, München 2005, 195 e 197.

tuttavia, ben poteva attagliarsi al caso di colui che, proprio a causa della sua assenza, non poteva essere *in ius vocatus*<sup>12</sup>.

Quest'ultima conclusione, che era stata già prospettata dal Solazzi<sup>13</sup>, il quale aveva riferito i due testi al senatoconsulto ricordato da Gai 1.173<sup>14</sup>, che permetteva alle donne di chiedere un altro tutore «*in absentis tutoris locum*», è stata poi fatta propria anche dal Kaser<sup>15</sup> ed ulteriormente argomentata dal Buti<sup>16</sup>, il quale, dopo avere ritenuto una glossa l'inciso finale «*si non latitet*», dal momento che contraddirebbe in parte l'inizio del frammento, in cui si tratta semplicemente della non presenza in un luogo, ed instaurerebbe una commistione tra assenza e latitanza, ha rimarcato il fatto che l'assenza del convenuto avrebbe impedito all'attore di difendere giudizialmente il proprio diritto e, ancora, che essa, a differenza della *latitatio*, consistesse semplicemente nella mancata presenza nel luogo dove sedeva il magistrato competente<sup>17</sup> e – come era stato già sottolineato dall'Aru<sup>18</sup> – fosse una circostanza oggettiva non accompagnabile da alcuna qualificazione soggettiva<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Pugliese, *Les voies de recours* cit. 270.

<sup>13</sup> S. Solazzi, *Il consenso del 'tutor mulieris' alla sua nomina nei papiri e nei testi romani*, in *Aegyptus* 2.2, 1921, 164 ss. ed *Il concorso dei creditori nel diritto romano* 1, Napoli 1937, 89 nt. 1. *Contra* M.D.P. Pérez Álvarez, *Aplicación del régimen de la 'missio in bona' para la tutela de los derechos reales*, in *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 18, 2001, 122 e nt. 50 ed *Origine e presupposti del concorso dei creditori a Roma*, in *TSDP*, 4, 2011, 61 s. e nt. 112.

<sup>14</sup> *Praeterea senatusconsulto mulieribus permissum est in absentis tutoris locum alium petere; quo petito prior desinit; nec interest quam longe absit is tutor.*

<sup>15</sup> M. Kaser, *Compte rendu de G. Pugliese, Il processo civile romano. II. Il processo formulare I (Milano 1963)*, in *TR*, 33, 1965, 95 s.

<sup>16</sup> I. Buti, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 274 s. e nt. 169.

<sup>17</sup> Così anche H. Corral Talciani, *Ausencia y muerte presunta. Un intento de explicación sistemática del régimen jurídico de la incertidumbre sobre la existencia de las personas naturales*, in *Revista Chilena del Derecho* 25.1, 1998, 12, secondo cui Ulpiano direbbe che sono da considerare assenti coloro che «no está en el lugar donde se le pide alguna cosa»; C. Moatti, *Le traitement des absents à Rome à l'époque républicaine et au début de l'Empire: quelques considérations*, in C. Moatti, W. Kaiser, C. Pébarthe (éd.), *Le monde de l'itinérance en Méditerranée de l'antiquité à l'époque moderne. Procédures de contrôle et d'identification. Table-rondes Madrid 2004 - Istanbul 2005*, Bordeaux 2009, 324, che discorre di «non-présence dans un tribunal ou plus généralement dans une juridiction donnée»; S. Sciortino, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, 228 nt. 186, secondo cui, nel testo in esame, «l'*absentia* è qualificata in termini puramente neutri, ossia la mancata presenza nel luogo in cui taluno è ricercato, senza che occorra pensarlo al di là del mare o ai confini della città».

<sup>18</sup> L. Aru, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 50: «Come ammonisce lo stesso Ulpiano nel fr. 199 D. *de verb. sign.* 50, 16, il *latitans* è anche *absens*, ogni qual volta non fosse stata possibile la dimostrazione dell'*animus latitantis*».

<sup>19</sup> *Contra* Moatti, *Le traitement des absents* cit. 323, secondo cui «l'*absent* se définit avant tout comme celui qui, de bonne foi, ne peut se rendre là où on l'attend».

L'opinione che il testo in esame si riferisse al processo formulare è stata accolta dal Gómez-Iglesias Casal<sup>20</sup>, che ha anche debitamente evidenziato la differenza concettuale tra *absentia* e *latitantia* messa in luce da Ulpiano con la proposizione incidentale «*si non latitet*»<sup>21</sup>.

La Fanizza<sup>22</sup> ha invece ritenuto che le precisazioni ulpianee avessero ad oggetto tanto i giudizi formulari quanto quelli cognitori, sottolineando il fatto che la connessione tra l'assenza di una persona e la sua reperibilità in un luogo territoriale o geografico caratterizzasse peculiarmente il pensiero di Ulpiano ed aderendo alla già ricordata supposizione che, in realtà, il giurista imputasse, in prima battuta, la discriminante di essere all'interno od all'esterno dei «*continentia urbis*», per la configurazione dell'assenza, alla *datio tutoris*, con la conseguenza che, in questo caso, l'assenza si sarebbe profilata rispetto al luogo che era sede del magistrato competente ad imporre la tutela: il '*latitare*' avrebbe qualificato così la collocazione topografica ed implicava l'assenza solo ove ricorressero determinate circostanze, sicché, contrariamente alla previsione generale, poteva considerarsi assente chi, pur trovandosi nel territorio della città, non si rendeva però volontariamente reperibile nel luogo in cui era richiesta la sua presenza, cioè quello in cui si esercitava la giurisdizione.

Infine, dell'idea che, nonostante il frammento trattasse della *cognitio extra ordinem*, il principio in esso espresso fosse perfettamente valido anche per il processo dell'*ordo*, è stata, più recentemente, la D'Amati<sup>23</sup>, la quale si è soffermata sulla circostanza che, secondo Ulpiano, per considerare l'assenza non era necessario ipotizzare una lontananza incalcolabile del convenuto dalla città, quale poteva essere appunto quella di chi si trovava al di là del mare e, dunque, per questo motivo poteva essere in astratto difficilmente considerato reperibile, dal momento che era sufficiente che il citando si trovasse «*extra continentia urbis*», sicché può concludersi che, nella considerazione del giurista, si doveva ritenere assente chi non non era concretamente raggiungibile e, perciò, non poteva essere *in ius vocatus*.

In senso contrario all'interpretazione del testo in esame nel senso del suo riferirsi al processo formulare oppure, indifferentemente, a questo ed alla *cognitio extra ordinem* si è invece espresso il Nörr<sup>24</sup>, il quale, per un verso, ha messo in dub-

<sup>20</sup> A. Gómez-Iglesias Casal, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*, Santiago de Compostela 1984, 139 s. e, più limitatamente, *Las sanciones pretorias en la fase inicial del proceso*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 13, 1989-1990, 35 s.

<sup>21</sup> Contra J.A. Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Madrid 2009, 42.

<sup>22</sup> L. Fanizza, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma 1992, 17 ss.

<sup>23</sup> L. D'Amati, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in L. Garofalo (a c. di) '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca 1, Padova 2011, 871 ss. e *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016, 15 ss.

<sup>24</sup> D. Nörr, *Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze*, in *ZSS.* 118, 2001, 42.

bio che D. 50.16.173.1 e D. 50.16.199 facessero riferimento al già ricordato senatoconsulto menzionato in Gai 1.173 che consentiva alle donne di chiedere un altro tutore in luogo «*absentis tutoris*», e, per altro verso, ha ritenuto che D. 50.16.199 concernesse esclusivamente il processo contumaciale cognitorio: «Ulpian könnte in fr. 173. 1 den im SC auftretenden Begriff 'absens' erklärt haben. Allerdings ist es kaum denkbar, daß man diskutierte, ob etwa ein Trastevere (*extra muros*, aber innerhalb der *continentia*), befindlicher *tutor* als abwesend zu gelten habe. Eher geht es (positiv) darum, der Frau die *petitio* eines *tutor* zu ermöglichen, wenn der bisherige abwesend im Sinne von fr. 173. 1 ist. Beiläufig sei erwähnt, daß die Beziehung von fr. 173. 1 auf den *tutor absens* nur scheinbar durch einen Text aus Ulpian 8. Buch *de omnibus tribunalibus* bestätigt wird (D. 50.16.199). Die spärliche Überlieferung läßt erkennen, daß Ulpian im Kontext von der *extraordinaria cognitio* und von der *datio tutoris* durch *praetor* und *praeses* gehandelt hatte (D. 26.5.6 und 8). Unter bestimmten (hier nicht zu erörternden) Aspekten kann letztere zur *extraordinaria cognitio* gehören. So könnte man daran denken, fr. 199 dem SC bei Gai. Inst. 1, 173 zuzuordnen. Doch geht es in fr. 199 um ein 'petere' hinsichtlich eines *absens*. Wenn man den Text überhaupt auf die Tutel beziehen darf, so ginge es um die (zu bejahende) Frage, ob jemand trotz *absentia* zum *tutor* bestellt werden kann, nicht aber um die Ersetzung eines *tutor absens*. Es liegt näher, D. 50. 16. 199 dem Kontumazialverfahren zuzuweisen».

Ora, alla luce di queste disparate ricostruzioni dottrinarie, non è affatto facile stabilire se Ulpiano intendesse riferirsi al processo dell'*ordo* oppure alla *cognitio extra ordinem* oppure ancora ad entrambi e, tuttavia, una conclusione mi sembra indubitabile. E, cioè, che egli si occupasse dell'*absentia* del convenuto esclusivamente nelle cause che si svolgevano a Roma e, quindi, di quelle aventi luogo presso il tribunale dei pretori urbano e peregrino (ove si accedesse alla tesi del processo formulare) o dei giudici *extra ordinem* (in primo luogo, i *praetores* speciali e, tra questi, quello *tutelaribus*, ove si accogliesse la tesi del processo cognitorio e del collegamento tra il nostro testo e la *datio tutoris* di cui a Gai. 1.173) o – come mi sembrerebbe potersi desumere dalla portata generale ed esaustiva della definizione dell'*absens* di cui al testo ed a prescindere dalla sua collocazione sotto il titolo D. 50.16 «*De verborum significatione*» – di tutti gli organi giudicanti nella capitale (ove si ritenesse preferibile la tesi onnicomprensiva di entrambi i tipi di processo).

Infatti, il punto di riferimento del discorso di Ulpiano, la cui analisi è incentrata sul rapporto tra *absentia* e luogo in cui si esercita la giurisdizione, è la città in cui è insediato il tribunale, apparendo pertanto chiaramente che la possibilità dell'assenza andava configurata solamente per quei luoghi che, pur non identificandosi con l'*urbs*, rientravano tuttavia nella sua estensione territoriale, in quanto costituivano i «*continentia urbis*». E, da qui, la necessitata conclusione che, rispetto alla città, che rappresenta il peculiare punto di osservazione del giurista,

non doveva invece considerarsi assente chi si trovasse «*extra continentia urbis*» o «*trans mare*», giacché, in questi casi, erano altri i luoghi che andavano investiti della funzione giudiziaria e, rispetto ad essi, doveva quindi essere valutata l'*absentia*, essendo inoltre evidente che la latitanza produceva i medesimi effetti dell'assenza e, in quanto tale, si configurava anche per chi si trovasse *in urbe*<sup>25</sup>.

E se può discutersi in ordine all'esatta individuazione del concetto di «*continentia urbis*», in ordine al quale può rinvenirsi un'oscillazione tra i due estremi della definizione generica di luoghi «fuori città»<sup>26</sup> e di quella più specifica di '*continentia aedificia*'<sup>27</sup> nel senso di «limitare dell'abitato, inteso come susse-

<sup>25</sup> Così, giustamente, Fanizza, *L'assenza* cit. 123.

<sup>26</sup> D. Furlan, '*Ex tui animi sententia, tu uxorem habes?*', in *BIDR.* 102-103, 1989-1990, 478 nt. 93. Così anche B. Periñán Gómez, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: 'absentia' y postliminium*, Granada 2008, 30.

<sup>27</sup> In ordine ai quali P. Buongiorno, '*Continentia aedificia*'. *Un'elaborazione augustea*, in *BIDR.* 114, 2020, 221 ss., dopo avere ricordato che l'età repubblicana conosceva una regola arcaica di organizzazione degli spazi, cioè quella dei mille passi dall'*urbs*, ha dimostrato che, nel pieno dell'età augustea, l'organizzazione amministrativa di Roma e degli spazi immediatamente circostanti si basasse sulla distinzione fra l'*urbs* (cioè la parte di Roma ricadente entro le mura serviane) ed il *pomerium* (all'epoca sostanzialmente coincidenti) ed una parte extramuranea, costituita da *loca* ed *aedificia* qualificati come '*urbi continentia*' (o '*coniuncta*'), ossia adiacenti all'*urbs*. E, invero, dalle testimonianze giuridiche, letterarie ed epigrafiche emerge in modo chiaro come gli spazi entro il primo miglio da Roma costituissero una sorta di pertinenza dell'*urbs*, godendo quindi di una disciplina peculiare, assimilabile a quella dell'*urbs* propriamente detta, sicché l'*urbs* e i primi mille passi da essa costituivano una sorta di 'comprendorio', oltre cui si estendeva l'*ager*. Il criterio dei mille passi oltre l'*urbs* risulta ancora seguito da Augusto nel 21 a.C., anche se l'espansione demografica che interessò Roma dopo la fine delle guerre civili dovette comportare che, nel giro di pochi anni, si estendesse la portata dello spazio da considerarsi urbano, giacché vi dovevano essere crescenti zone di espansione della città in cui gli agglomerati abitativi si spingevano ormai oltre il limite di un miglio dalle mura. Pertanto, gli (*urbi*) *continentia aedificia* erano divenuti a pieno titolo parte integrante della spazialità di Roma. Si spiega perciò l'affanno dei giuristi romani nel definire gli spazi di Roma, che erano dunque: a) l'*urbs* propriamente detta, cioè la 'parte nucleare' della città, che terminava con le mura serviane; b) gli *urbi continentia aedificia*, che insieme all'*urbs* componevano l'*urbs Roma* (*V R* nelle *litterae singulares* di Valerio Probo) ed ai quali era stato dato il rango di 'confine mobile' della città; c) il primo miglio, computato dal limitare di questo confine. In definitiva, sin dalla prima età imperiale i giuristi risultano avvertiti della *definitio per differentiam* fra *urbs* e *Roma*, alla luce della quale quest'ultima doveva ritenersi estesa fino al limitare dei *continentia aedificia*, ed il loro compito fu allora quello di fornire categorie ermeneutiche ai lettori delle opere giurisprudenziali, mettendo in luce gli equivoci nei quali si poteva incorrere leggendo i testi normativi. In precedenza, L. Zdekauer, '*Mille passus*' e '*continentia aedificia*', in *BIDR.* 2, 1889, 273 ss., dopo avere sottolineato che il circuito particolare della città di Roma fosse appunto quello dei mille passi, aveva puntualizzato che i *continentia aedificia*, cioè le case attigue alla città davanti alle sue porte, si trovassero precisamente all'interno di questi *mille passus* (che, appunto perché sobborghi, erano in parte città ed in parte contado), sicché, proprio in quanto i *continentia aedificia* ed i *mille passus* appartenevano, secondo il diritto romano classico, alla città, il problema che si pone è quello di accertare se questa unione fosse la conseguenza di un lento svolgi-

guirsi sostanzialmente ininterrotto di abitazioni di tipo cittadino, onde esso segnava l'inizio dell'insediamento rurale»<sup>28</sup>, non può invece in alcun modo dubitarsi che l'*urbs* di cui discorreva Ulpiano fosse la città di Roma<sup>29</sup>. Conclusione, questa, che trova una precisa ed inoppugnabile conferma in D. 50.16.87 di Marcello, che richiama il pensiero di Alfeno Varo: *Ut Alfenus ait, 'urbs' est 'Roma', quae muro cingeretur; 'Roma' est etiam, qua continentia aedificia essent: nam Romam non muro tenus existimari ex consuetudine cotidiana posse intellegi, cum diceremus Romam nos ire, etiamsi extra urbem habitaremus*<sup>30</sup>.

mento storico oppure di una costruzione giuridica, che si sarebbe estrinsecata già al momento della fondazione della città. E. Todisco, *Ripensare lo spazio delle città in crescita: gli 'aedificia continentia'*, in F. Mainardis (a c. di), *'Voce concordati'. Scritti per Claudio Zaccaria*, Trieste 2016, 711 ss., ha concluso che le forme spontanee di organizzazione del popolamento nello spazio delle città che crescevano oltre le mura e, fra queste, principalmente Roma, generarono una nuova forma di città che prima Cesare e poi Augusto contribuirono a definire. La formula *aedificia continentia*, elaborata all'interno della cerchia dei giuristi di età cesariana, in particolare il circolo di Servio Sulpicio Rufo, formalizza l'esistenza di uno spazio flessibile integrato a quello urbano adatto alle dinamiche di una città, come Roma, in continua espansione, il quale sarà ampiamente utilizzato, in età imperiale, nelle disposizioni relative alla città ed ai suoi abitanti. Ma v. pure, recentemente, S. Alessandri, *'Aemilius Macer. De officio praesidis. Ad legem XX hereditatium. De re militari. De appellationibus'*, Roma-Bristol 2020, 93 s., il quale, in esclusivo riferimento a D. 50.16.154 (Macer 1 *ad leg. vicens.: Mille passus non a miliario urbis, sed a continentibus aedificiis numerandi sunt*), sottolinea che, nella riflessione di Macro, si affermava la totale integrazione degli *aedificia continentia* nella morfologia topografica e giuridica della città.

<sup>28</sup> M. Talamanca, *Recensione di W. Simshäuser, 'Iuridici' und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien (München 1973)*, in *BIDR.* 77, 1974, 520.

<sup>29</sup> Così anche Talamanca, *Recensione di W. Simshäuser, 'Iuridici'* cit. 520 s. ed Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia* cit. 43. Cfr. G. Soricelli, *'Intramurani' / 'extramurani'*, in E. Lo Cascio e G.D. Merola (a c. di), *Forme di aggregazione nel mondo romano*, Bari 2007, 67, secondo cui «la presenza di un costruito, esterno alle mura urbane, determina la presenza di un elemento intermedio del paesaggio, più o meno denso e più o meno urbanisticamente strutturato, che, per quanto separato dal circuito murario dalla città propriamente detta, certo non può essere considerato campagna *tout court*. Assume, così, carattere artificioso la distinzione tra *intramurani* = abitanti della città, ed *extramurani* = abitanti del contado, nel momento in cui essa non tiene conto dell'esistenza di questo terzo elemento – i *continentia aedificia* – fisicamente esterno alle mura urbane ma per più aspetti equiparato sul piano normativo allo spazio intramurano».

<sup>30</sup> S. Querzoli, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli 2013, 103 s. e 114 s., sottolinea che la nozione di città di Alfeno non corrispondeva a quella, che si estendeva anche ai *continentia urbis* e che si sarebbe affermata in età severiana, di Marcello, che contrapponeva al modello tradizionale alfeniano un concetto di *urbs Roma* costituitosi 'storicamente' del quale accoglieva gli esiti contemporanei, ponendosi perciò il problema della conformità di tale endiadi alla realtà storica del suo tempo e giungendo così alla configurazione dei confini della città di Roma non in termini statici, ma in movimento. L. Gagliardi, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici I. La classificazione degli 'incolae'*, Milano 2016, 370 ss., ritiene che l'affermazione alfeniana, ripresa da Marcello, pone tuttavia l'interrogativo se essa, svolta con specifico riferimento a Roma, mirasse ad instaurare una differenza di carattere generale esistente tra la sola città di Roma e tutte le altre, potendosi supporre, in via congetturale, che il discorso svolto per

Ed è proprio questa stessa logica di identificazione<sup>31</sup> e, al contempo, di differenziazione dei due spazi, quello minore e storico di «*urbs*» e quello maggiore di «*Roma*»<sup>32</sup>, che si rinviene in D. 50.16.199 pr., in cui, ai fini processuali, è *absens* «chi si trovi non al di là del mare, ma fuori dei *continentia*, dei sobborghi; chi invece sia in *urbe*, ‘*usque ad continentia non abesse videbitur*’»<sup>33</sup>.

Roma valesse per alcune o tutte le città di grandi dimensioni. Secondo A. Saccoccio, *Una alternativa alla globalizzazione è possibile: ‘Roma communis patria’*, in D. D’Orsogna, G. Lobrano, P.P. Onida (a c. di), *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un «Codice» per Curitiba*, Napoli 2017, 106, Marcello, «citando Alfeno, distingue il lemma ‘*Urbs*’, limitato agli edifici che costituiscono la città racchiusa dalle mura, da ‘*Roma*’, che, al contrario, si estende fino ai sobborghi (*aedificia continentia*), al punto che, secondo una consuetudine invalsa nell’uso quotidiano, si può dire ‘vado a Roma’ anche quando ci rechiamo da taluno che abiti fuori dalle mura. Per Alfeno, quindi, senza dubbio gli edifici costruiti nelle prossime vicinanze di Roma possono considerarsi come facenti parte di Roma stessa». Ma v. pure M. Felici, *Profili storico-giuridici del pluralismo cittadino in Roma antica*, Roma 2013, 69 s. e, assai di recente ma limitatamente, R. Cardilli, *Diritto pubblico romano e nuova Costituzione della Repubblica di Cuba*, in R. Cardilli, G. Lobrano, R. Marini (a c. di), *Diritto romano, costituzionalismo latino e nuova Costituzione cubana*, Milano 2021, 63 e nt. 42.

<sup>31</sup> Di «inglobamento» discorre invece il Saccoccio, *Una alternativa* cit. 110.

<sup>32</sup> Messa bene in luce dal Buongiorno, ‘*Continentia aedificia*’ cit. 237 s., che, soffermandosi sulla circostanza che, mentre per Alfeno – al quale non sarebbe però da ascrivere l’asserzione «‘*Roma*’ est etiam, qua *continentia aedificia* essent», dal momento che questo giurista si sarebbe soffermato solamente sul problema del tracciato originario dei confini dell’*urbs*, senza però fare riferimento ai *continentia aedificia* (p. 237 s. nt. 65, con citazione di letteratura contraria a tale convinzione) – la definizione del lemma ‘*Roma*’ si esauriva con l’*urbs*, per Marcello invece questa nozione doveva ormai essere integrata con i ‘*continentia aedificia*’, ha puntualizzato che «del resto, che Roma non si limitasse al circuito delle mura che ricomprendeva l’*urbs* era provato dall’uso quotidiano, registrato da Marcello, di affermare che si andasse a *Roma* anche se si dimorasse fuori dall’*urbs*. Una argomentazione, quest’ultima, che si fonda sulla *consuetudo loquendi* e meglio d’ogni altra cosa permette di apprezzare la dialettica fra senso comune, lingua parlata ed elaborazioni tecnico-giuridiche. Ed è questo forse uno dei segni più efficaci dell’interdipendenza evolutiva tra una società e il suo diritto, alla ricostruzione dei cui processi la ricerca storico-giuridica, e nondimeno quella storica *tout court*, sempre dovrebbero tendere». Secondo la Todisco, *Ripensare lo spazio* cit. 711, le parole di Alfeno Varo – la cui risalenza a questo giurista non è possibile stabilire con certezza, sicché può ritenersi che egli proponesse qui un suo originale contributo o, al contrario, che riferisse il pensiero del suo maestro Servio Sulpicio Rufo (p. 715) – suggeriscono «una nuova nozione di Roma. Se l’*urbs* è conclusa dalle mura, Roma lo è dagli *aedificia continentia*, quegli edifici che, nel processo di espansione della città, sono stati edificati a ridosso delle mura, dalla parte esterna, continuando l’area abitativa interna: le mura, alle quali talora le case sono addossate anche nella parte interna, ne sono quasi ingoiate e lasciano agli *aedificia continentia* la funzione di confini che saranno mobili per natura, proprio perché suscettibili di continui spostamenti».

<sup>33</sup> F. Casavola, *Il concetto di ‘urbs Roma’: giuristi e imperatori romani*, in *Labeo* 38, 1992, 21. Cfr., in precedenza ed in riferimento al concetto di ‘*absens*’, anche Zdekauer, ‘*Mille passus*’ cit. 280, secondo cui i «*continentia aedificia* appartengono alla città, della quale formano i sobborghi», e, più recentemente, Querzoli, *Scienza giuridica* cit. 111 e 115 e nt. 107, che individua nei *continentia aedificia*, comprendenti gli *horti urbani iuncti* ed i sobborghi della città, le costruzioni addossate alle

2. Con ciò, l'indagine sul frammento ulpiano non può però dirsi conclusa, giacché residua un ultimo interrogativo, invero di non facile soluzione, al quale l'interprete deve cercare di dare una risposta e che, per quel che mi consta, la dottrina ha tralasciato di porsi, cioè quello dell'individuazione del frangente nel quale Ulpiano aveva avuto modo di occuparsi della definizione di 'absens'.

E questo, ad onta della sconsolata conclusione di chi<sup>34</sup> ha ritenuto che quest'ultima sia una delle non poche *significationes* in ordine alle quali le fonti a nostra disposizione non consentono purtroppo di determinare con esattezza l'occasione in cui erano state formulate dal giurista, anche se per alcune di esse può suppersi che avessero avuto nel testo originario una funzione interpretativa. E pure a dispetto di chi<sup>35</sup> ha reputato che la *definitio* ulpiana, come tante altre della giurisprudenza classica, riguardasse un vocabolo dell'uso comune e, quindi, non avente un significato tecnico-giuridico, ma che solo eventualmente avrebbe potuto assumere rilievo giuridico.

Ora, un importante dato dal quale prendere le mosse è costituito dalla precipua tendenza di Ulpiano, ravvisabile nei *libri de omnibus tribunalibus*, ma anche in altre sue opere, come, ad es., i *libri de officio proconsulis*<sup>36</sup>, ad avvalersi di norme positive contenute in fonti autoritative, in particolare *constitutiones principum*, che, lungi dal configurarsi come un semplice accumulo di disposizioni imperiali, rappresentano i mattoni su cui si fonda l'organizzazione della produzione letteraria di questo giurista, il quale, appunto sulla base di un consistente nucleo di provvedimenti emanati da diversi imperatori che recavano innovazioni o precisazioni su punti particolari, irrobustiva il proprio commento, supportando così il dispiegarsi della sua elaborazione scientifica: *constitutiones* (D. 50.13.1.13), *epistulae* (D. 26.10.7.2), *rescripta* (D. 42.1.59.1, 50.13.1.9, 50.13.1.10 e 50.13.1.12) e, soprattutto, *orationes* (D. 2.12.1 pr., 2.12.1.2, 2.15.8 pr., 2.15.8.2, 2.15.8.3, 2.15.8.4, 2.15.8.6, 2.15.8.8, 2.15.8.12, 2.15.8.17, 2.15.8.20, 27.9.6, 27.9.8.1, 27.9.8.2 e 42.2.6.2).

mura cittadine, distribuite, sebbene in modo non uniforme, comunque in connessione con le vie che conducevano in città, e Gagliardi, *Mobilità e integrazione* cit. 373 ss., secondo il quale la poderosa e disordinata crescita dell'agglomerato urbano aveva comportato che i sobborghi si fossero ampliati a dismisura e che avessero costituito una specie di valvola di sfogo per la popolazione dei cittadini, che la cinta muraria non avrebbe potuto contenere. Ma tutti gli abitanti residenti al di fuori delle mura non avrebbero potuto essere considerati domiciliati entro la città. Tuttavia, ciò sarebbe stato in contrasto proprio con la funzione che i sobborghi svolgevano. Pertanto, si marcò particolarmente l'assimilazione tra la città vera e propria ed i quartieri dei sobborghi e si equipararono, dal punto di vista giuridico, gli abitanti dei sobborghi a quelli della città, considerandoli tutti ugualmente abitanti di Roma. Ma v. pure, più limitatamente, Todisco, *Ripensare lo spazio* cit. 713 s.

<sup>34</sup> R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 337 e 342.

<sup>35</sup> M. Marrone, *Le 'significationes' di D. 50.16 ('de verborum significatione')*, in *SDHI*. 60, 1994, 591 ed *Osservazioni su D. 50.16* cit. 49 e nt. 37.

<sup>36</sup> D. Mantovani, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'de officio proconsulis' di Ulpiano*, in *BIDR*. 96-97, 1993-1994, 246 s. e 249.

Ed è proprio in relazione ad una di queste *orationes*, cioè quella di Settimio Severo vietante (in assenza di particolari circostanze) ai tutori ed ai curatori di alienare i *praedia rustica vel suburbana* dei *pupilli* e degli *adulescentes* di cui a D. 50.16.198<sup>37</sup>, che Ulpiano commentava il lemma ‘*urbana praedia*’, il che prova che questo giurista aveva l’abitudine di sviluppare il proprio pensiero citando testualmente il testo normativo a suo sostegno, ciò che, a mio avviso, deve allora reputarsi essere avvenuto pure per il vocabolo ‘*absens*’ presente in D. 50.16.199 pr. Anche se può escludersi un collegamento tra questi due testi, giacché la possibile congettura che Ulpiano esaminasse il termine ‘*absens*’, al pari della locuzione ‘*urbana praedia*’, in riferimento all’*oratio Severi* è confutata dal fatto che, mentre questo provvedimento e D. 50.16.198 avevano ad oggetto il diritto sostanziale (chiarendo infatti il giurista che, per ‘*urbana praedia*’, dovevano intendersi tutti gli edifici e, quindi, non solo quelli che si trovano nelle città, ma anche quelli che sono ubicati nelle campagne, nei villaggi o le lussuose case di campagna), D. 50.16.199 pr. affrontava invece un problema di diritto processuale (appunto, quello dell’*absentia* del convenuto).

Per tentare di rispondere al quesito concernente la determinazione dell’evenienza nella quale Ulpiano aveva avuto modo di considerare il lemma ‘*absens*’, in ordine al quale il Solazzi<sup>38</sup> si è limitato a rilevare genericamente che il giurista in D. 50.16.199 pr. e 50.16.173.1 «commentava una fonte, dov’era discorso di *abesse, absens*», decisivo appare, a mio avviso, D. 50.16.99, un altro passo di Ulpiano proveniente dal primo dei *libri de officio consulis* – opera scritta, al pari dei *libri de omnibus tribunalibus*<sup>39</sup>, sicuramente durante il principato

<sup>37</sup> (Ulp. 2 de omn. trib.): ‘*Urbana praedia*’ omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam holitorii, magis haec non sunt urbana.

<sup>38</sup> Solazzi, *Il consenso* cit. 163.

<sup>39</sup> Lenel, *Palingenesia* 2 cit. 992 e nt. 8; T. Kipp, *Le Fonti del diritto romano. Introduzione allo studio delle istituzioni e della storia del diritto romano*, trad. di G. Pacchioni, Lipsia-Bologna 1897, 77; P. Jörs, voce «*Domitius*», in *PWRE* 5.1, 1903, 1455; G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*. 2.15, 1976, 744 e nt. 302; Id., *Besprechung von T. Honoré, Ulpian (Oxford 1982)*, in *ZSS*. 102, 1985, 610; D. Liebs, voce «*Domitius Ulpianus*», in K. Sallmann (her.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 – 284 n. Chr.* 4, München 1997, 183; A.L. Smyshliaev, *La nourrice au tribunal du gouverneur romain*, in *CCG*. 13, 2002, 115. Secondo T. Honoré, *Ulpian’s Method and the ‘Lex Irnitana’*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)* 3, Madrid 1988, 1439 ed *Ulpian* cit. 196 e 201, quest’opera sarebbe stata composta nel 215 d.C. Ma, in precedenza, tale autore – del quale v. anche la voce «*Domitius Ulpianus*», in *Oxford Classical Dictionary*, Oxford 1996, 493 – aveva attribuito al princi-

di Caracalla<sup>40</sup> – ed inserito dai compilatori giustiniane, come D. 50.16.199, sotto il titolo «*De verborum significatione*» del Digesto: *'Notionem' accipere possumus et cognitionem et iurisdictionem*. 1. *'Continentes provincias' accipere debemus eas, quae Italiae iunctae sunt, ut puta Galliam: sed et provinciam Siciliam magis inter continentales accipere nos oportet, quae modico freto Italia dividitur*. 2. *'Instrumentorum' appellatione quae comprahendantur, perquam difficile erit separare: quae enim proprie sint instrumenta, propter quae dilatio danda sit, inde dinoscemus*. 3. *Si in praesentiam personae, quae instruere possit, dilatio petatur (puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui actor fuit constitutus), putem videri instrumentorum causa peti dilationem*.

Come altrove<sup>41</sup> ho già avuto modo di dimostrare, Ulpiano citava alla lettera alcune disposizioni di un'oratio di Marco Aurelio avente contenuto processuale e ricordata anche in D. 2.12.1<sup>42</sup>, 2.15.8<sup>43</sup> e

pato di Caracalla i primi otto libri ed a quello di Macrino o di Eliogabalo gli ultimi due: *The Severan lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI*. 28, 1962, 210 s. Cfr. P. Birks, *Honoré's Ulpian*, in *The Irish Jurist* 18, 1983, 167 ss.

<sup>40</sup> Come si evince da D. 42.1.15.1, 3-4 e 8 (Ulp. 3 *de off. cons.*): Lenel, *Palingenesia* 2 cit. 951 nt. 1; H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle 1908<sup>2</sup>, 119; P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München-Leipzig 1912<sup>2</sup>, 246 nt. 187; A. Dell'Oro, *I 'libri de officio' nella giurisprudenza classica*, Milano 1960, 31; Honoré, *The Severan lawyers* cit. 210.

<sup>41</sup> F. Arcaria, *'Oratio Marci'*. *Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 257 ss.

<sup>42</sup> (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad iudicium venire, oratione divi Marci exprimitur, quia occupati circa rem rusticam in forum conpellendi non sunt*. 1. *Sed si praetor aut per ignorantiam vel socordiam evocare eos perseveraverit hique sponte venerint: si quidem sententiam dixerit praesentibus illis et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recte fecerit qui eos evocaverit: sin vero, cum abesse perseveraverint, sententiam protulerit etiam absentibus illis, consequens erit dicere sententiam nullius esse momenti (neque enim praetoris factum iuri derogare oportet): et citra appellationem igitur sententia infirmabitur*. 2. *Sed excipiuntur certae causae, ex quibus cogi poterimus et per id temporis, cum messes vindemiaeque sunt, ad praetorem venire: scilicet si res tempore peritura sit, hoc est si dilatio actionem sit preemptiona. Sane quotiens res urguet, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, verum ad hoc tantum cogi aequum est ut lis contestetur, et ita ipsis verbis orationis exprimitur: denique alterutro recusante post liem contestatam litigare dilationem oratio concessit*.

<sup>43</sup> (Ulp. 5 *de omn. trib.*): *Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesenti: divus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta. Solet igitur praetor intervenire et inter contentientes arbitrari, an transactio vel quae admitti debeat*. 1. *Eiusdem praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio sive vestiarius sive de praediis alimentum legabitur*. 2. *Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta sive ad testamentum factis sive ab intestato. Idem erit dicendum et si mortis causa donata fuerint relicta vel ab eo, cui mortis causa donata sunt, relicta. Sed et si condicionis implendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus*.

*Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine praetore auctore transigi. 3. Sive igitur in menses singulos sive in dies sive in annos fuerint relicta, oratio locum habet. Sed et si non fuerint perpetuo relicta, sed usque ad annos certos, idem est. 4. Si integra quantitas alicui fuerit legata, ut ex usuris se alat et mortis tempore pecunias restituat: non cessabit oratio, licet non in annos singulos videatur id relictum. 5. Sed et si sit certa quantitas relicta Titio vel res ita, ut inde alimenta Seio praestentur: magis est ut transigere Titius possit, nec enim transactione Titii minuuntur alimenta Seii. Idemque est et si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario fuerint relicta. 6. Eam transactionem oratio improbat, quae idcirco fit, ut quis repraesentatam pecuniam consumat. Quid ergo si quis citra praetoris auctoritatem transegerit, ut quod per singulos annos erat ei relictum, consequeretur per singulos menses? Aut quid si, quod per singulos menses ei relictum erat, consequeretur per singulos dies? Quid deinde si, quod consummato anno ut acciperet, initio anni consequatur? Et puto eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit: noluit enim oratio alimenta per transactionem intercepti. 7. Nihil autem interest, utrum libertini sint quibus alimenta relicta sunt an ingenui, satis locupletes an minus. 8. Vult igitur oratio apud praetorem de istis quaeri: in primis de causa transactionis, dein de modo, tertio de persona transigentium. 9. In causa hoc erit requirendum, quae causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet praetor. Causae fere huiusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat: aut si destinet domicilium transferre alter eorum: aut si causa aliqua urgeat praesentis pecuniae: aut si a pluribus ei alimenta relicta sint et minutatim singulos convenire difficile ei sit: aut si qua alia causa fuit, ut plures solent incidere, quae praetori suadent transactionem admittere. 10. Modus quoque pecuniae, quae in transactionem venit, aestimandus est: ut puta quantitas transactionis. Nam etiam ex modo fides transactionis aestimabitur. Modus autem pro aetate eius, qui transigit, arbitrandus est et valetudine: nam alias cum puero, alias cum iuvene, alias cum sene transigi palam est: constat enim alimenta cum vita finiri. 11. Sed et personarum contemplatio habenda est, hoc est, cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an sequioris, qui de alimentis pendeant. In persona eius, a quo alimenta relicta sunt, haec erunt specienda: in quibus sunt facultatibus, cuius propositi, cuius opinionis. Tunc enim apparebit, numquid circumvenire velit eum, cum quo transigit. 12. Qui transigit de alimentis, non videbitur neque de habitatione neque de vestiario transegisse, cum divus Marcus specialiter etiam de istis transigi voluerit. 13. Sed et si quis de alimentis transegerit, non habebit necesse etiam de habitatione vel ceteris invitus transigere: poterit igitur vel de omnibus simul vel de quibusdam facere transactionem. 14. De calciario quoque arbitrio praetoris transigendum est. 15. Si uni pluribusve fundus ad alimenta fuerit relictus velintque eum distrahere: necesse est praetorem de distractione eius et transactione arbitrari. Sed si pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus et hi inter se transigant: sine praetoris auctoritate facta transactio rata esse non debet. Idem est et si ager fuerit in alimenta obligatus: nam nec pignus ad hoc datum inconsulto praetore poterit liberari. 16. Arbitratu praetoris vel de universis alimentis vel de parte eorum transigi oportere plus quam manifestum est. 17. Si praetor aditus citra causae cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti: praetori enim ea res quaerenda commissa est, non neglegenda nec donanda. Sed et si non de omnibus inquisierit, quae oratio mandat, hoc est de causa de personis transigentium, dicendum est, quamvis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam. 18. Sed nec mandare ex hac causa iurisdictionem vel praeses provinciae vel praetor poterit. 19. Transactiones alimentorum etiam apud procuratorem Caesaris fieri possunt: scilicet si a fisco petantur alimenta. Secundum quae et apud praefectos aerarii transigi poterit. 20. Si cum lis quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset: transactio valere inconsulto praetore non potest, ne circumveniatur oratio. Fingi enim lites poterunt, ut transactio etiam citra praetoris fiat auctoritatem. 21. Si eidem alimenta et praeterea legatum praesenti die datum sit, et transactum fuerit citra praetoris auctoritatem: id quod datum est imputabitur prius in legatum quod praesenti die datum est, superfluum*

42.2.6.2<sup>44</sup> e commentava alcuni termini tecnici direttamente desunti da tale *oratio*, sicché, mentre nel *principium* e nel primo paragrafo venivano formulate le definizioni di 'Notio' e di 'Continentes provinciae', nel secondo e terzo paragrafo veniva illustrato il concetto di 'Instrumenta' e di *Dilatio instrumentorum causa*.

E, inverò, occorre prestare attenzione al fatto che tanto uno di questi testi, D. 2.12.1 pr., quanto D. 2.12.7 dello stesso Ulpiano<sup>45</sup>, nel quale veniva esaminata la *dilatio instrumentorum causa* in relazione appunto all'*oratio Marci* che l'aveva disciplinata, sono accomunati da un singolare e rilevante dato lessicale, cioè dalla circostanza che il giurista, nel commentare tale *oratio*, adoperasse il verbo

*in alimentariam causam*. 22. Si quis de alimentis transegerit sine praetoris auctoritate, id quod datum est in praeterita alimenta cedet. Nec interest tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus, an plus: nam et si minus sit, adhuc tamen id quod in solutum datum est in praeterita alimenta imputabitur. Sane si his, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione: in quod factus sit locupletior aequissimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet ex alieno damno esse locuples. 23. Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta homini honestioris loci veluti salarium annuum vel usus fructus, transactio et sine praetore fieri poterit: ceterum si usus fructus modicus alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra praetorem factam nullius esse momenti. 24. Si cui non nummus ad alimenta, sed frumentum atque oleum et cetera, quae ad victum necessaria sunt, fuerint relicta: non poterit de his transigere, sive annua sive menstrua ei relinquuntur. Si tamen ita sine praetore transegerit, ut in vicem eorum nummum quotannis vel quotmensibus acciperet et neque diem neque modum permutavit, sed tantum genus: vel ex contrario si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quae in nummis ei relicta fuissent: vel si vinum pro oleo vel oleum pro vino vel quid aliud commutavit: vel locum permutavit, ut quae erant ei Romae alimenta relicta, in municipio vel in provincia acciperet vel contra: vel personam commutavit, ut quod a pluribus erat accepturus, ab uno acciperet: vel alium pro alio debitorem acceperit: haec omnia habent disceptionem praetoris et pro utilitate alimentarii recipienda sunt. 25. Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta et ita sit transactum sine praetore, ut habitatio praestetur, valet transactio, quia fructus habitationis praestatur, licet ruinae vel incendio subiecta transactio est. Per contrarium quoque si pro habitatione, quae erat relicta, placuerit certam quantitatem praestari, transactio rata est et citra praetorem.

<sup>44</sup> (Ulp. 5 de omn. trib.): Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habebis, atque si domini mei fundum esse pronuntiatum esset. Et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis divi Marci debere et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem et, si non restituatur, lis aestimabitur.

<sup>45</sup> (Ulp. 1 de off. cons.): Oratione quidem divi Marci amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est: sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio tam ex eadem quam ex alia provincia secundum moderamen locorum impertiri solet, et maxime si aliquid inopinatum emergat. Illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta, an successori quoque eius dari debeat, an vero, quia iam data est, amplius dari non possit? Et magis est, ut et hic causa cognita dari debeat.

*exprimere*, affermando nel primo passo che «*oratione divi Marci exprimitur*» e nel secondo che «*oratione quidem divi Marci expressum est*». Questo rilievo terminologico assume allora particolare importanza in quanto dimostra, a mio avviso, che Ulpiano avesse sotto gli occhi il testo dell'*oratio*, nella quale appunto «*exprimitur*» ed «*expressum est*», cioè è 'espresso', 'manifestato', 'detto' il complesso delle disposizioni processuali che egli andava ad esaminare.

Quanto ora immaginato trova una precisa conferma in D. 2.12.1.2, in cui Ulpiano afferma inequivocabilmente che l'essere costretti «*ad praetorem venire... ut lis contestetur*» non era solo una sua interpretazione dell'*oratio Marci* (*verum ad hoc tantum cogi aequum est*), ma era stato letteralmente disposto dal provvedimento: «*et ita ipsis verbis orationis exprimitur*». E risulta ulteriormente avvalorato da D. 49.4.1.<sup>746</sup>, in cui Ulpiano, prendendo in considerazione una norma della stessa *oratio* in materia di appello, riporta alla lettera, anche se brevemente, una frase del disposto imperiale o, addirittura, quest'ultimo nella sua interezza («*is dies servabitur, quo primo adeundi facultas erit*»)<sup>47</sup>.

Commentando le diverse disposizioni dell'*oratio*, Ulpiano si era quindi curato di suffragare e corroborare il proprio pensiero riportando testualmente i brani corrispondenti del provvedimento di Marco Aurelio. Si appalesa così un'utilizzazione dei *verba orationis* che, per un verso, induce a ritenere che nei testi ulpiani ora ricordati fossero state trasposte intere parti dell'*oratio* – si pensi, ad esempio, al lungo elenco di provvedimenti d'urgenza di cui a D. 2.12.2<sup>48</sup> che il *praetor* poteva adottare anche «*diebus feriaticis*» – e, per altro verso, depone in favore dell'idea che le singole parole dell'*oratio* fungessero da puntello per l'interpretazione giurisprudenziale di questo importante provvedimento imperiale.

Prova ne sia, infine, la circostanza che tanto l'or ora ricordato D. 2.12.7 quanto D. 50.16.99.2-3 trattino dello stesso istituto, cioè la *dilatatio instrumento-*

<sup>46</sup> (Ulp. 1 *de app.*): *Dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquid utiles esse oratio divi Marci voluit, si forte eius, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur: ait enim: 'is dies servabitur, quo primo adeundi facultas erit'. Quare si forte post sententiam statim dictam copiam sui non fecerit is qui pronuntiavit (ut fieri adsolet), dicendum est nihil nocere appellatori: nam ubi primum copiam eius habuerit, poterit provocare. Ergo si statim se subduxit, similiter subveniendum est.*

<sup>47</sup> Sul punto v. D.A. Musca, *Da Traiano a Settimio Severo: 'senatus consultum' o 'oratio principis'?*, in *Labeo* 31, 1985, 17, 22 nt. 44 e 38.

<sup>48</sup> (Ulp. 5 *ad ed.*): *Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes, excusationes allegentur, alimenta constituentur, aetate probentur, ventris nomine in possessionem mittatur, vel rei servandae causa, vel legatorum fideicommissorum, vel damni infecti: item de testamentis exhibendis: ut curator detur honorum eius, cui an heres exstaturus sit incertum est: aut de alendis liberis parentibus patronis: aut de adeunda suspecta hereditate: aut ut aspectu atrox iniuria aestimetur: vel fideicommissaria libertas praestanda.*

*rum causa*, e, per di più, siano provenienti dallo stesso primo libro del *de officio consulis* di Ulpiano, ossia in una sede nella quale non solo si esponevano delle regole generali inerenti all'esercizio della giurisdizione (com'è appunto dimostrato da D. 50.16.99 pr.), ma si trattava specificamente, secondo la ricostruzione del Lenel<sup>49</sup>, anche la materia delle *dilationes instrumentorum causa*<sup>50</sup>. Il che ha fatto giustamente pensare<sup>51</sup> non solo che Ulpiano «scrivesse avendo dinanzi a sé il testo ufficiale dell'*oratio*, commentandone singoli punti ed espressioni», ma anche che «l'*oratio divi Marci in senatu recitata* avesse natura di provvedimento normativo generale in materia di processo civile».

Peraltro, il fatto che in D. 2.12.7 e D. 50.16.99.2-3 Ulpiano commentasse e spiegasse, avendone il testo davanti, le disposizioni ed i singoli termini tecnici di quella parte dell'*oratio Marci* che disciplinava la *dilatatio instrumentorum causa*, consente, a mio avviso, di comprendere anche il significato delle espressioni '*notio*' e '*continentes provinciae*' esaminate da Ulpiano rispettivamente nel *principium* e nel primo paragrafo di D. 50.16.99, in ordine alle quali bisogna porsi degli interrogativi, che, nella loro semplicità ed ovvietà, stupisce non rinvenire in dottrina<sup>52</sup>.

Infatti, come può spiegarsi la concentrazione di temi così disparati nel medesimo testo? O, forse meglio, come si spiega il fatto che Ulpiano esaminasse e definisse nello stesso testo istituti ed argomenti così diversi, quali '*notio*', '*continentes provinciae*', '*instrumenta*' e *dilatatio instrumentorum causa*? E, ancora, quale era stata l'occasione o, per meglio dire, quale era il testo in cui le definizioni '*notio*' e '*continentes provinciae*' erano state formulate?

Credo che una verosimile e soddisfacente risposta a tali quesiti possa aver-si ritenendo che anche questi due termini fossero oggetto dell'attenzione di Ulpiano in quanto facenti parte, al pari di '*instrumenta*' e *dilatatio instrumentorum causa*, del testo integrale dell'*oratio Marci* che il giurista aveva sotto gli occhi.

Se questo è vero, si comprende allora benissimo cosa volesse dire e, soprattutto, a cosa volesse alludere Ulpiano in D. 50.16.99 pr., laddove, definendo il lemma '*notio*', affermava che, con questa locuzione, «*accipere possumus et cognitionem et iurisdictionem*».

Il giurista adoperava infatti il vocabolo '*notio*' in un significato tale da potere

<sup>49</sup> Lenel, *Palingenesia* 2 cit. 951 s.

<sup>50</sup> Dell'Oro, *I 'libri de officio'* cit. 37.

<sup>51</sup> G. Scherillo, *Lezioni sul processo. Introduzione alla 'cognitio extra ordinem'*, Milano 1960, 249.

<sup>52</sup> Fatto salvo un breve, e tuttavia illuminante, accenno di M. Talamanca, *Recensione di Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors I-II (Pamplona 1987)*, in *BIDR.* 91, 1988, 778, secondo cui «resta, senz'altro, da spiegare la concentrazione degli argomenti in questione nella l. 99».

ricomprendere (*accipere possumus*) tanto la *cognitio* quanto la *iurisdictio*, quindi come termine comprensivo di ogni funzione giurisdizionale, includendovi così tanto i procedimenti formulari quanto quelli cognitivi.

E, per la presente indagine e come si evince anche da D. 2.15.8.1, non è senza significato la circostanza che il termine ‘*notio*’ ricorra in quest’ultimo testo nel senso di ‘esame’ (*Eiusdem praetoris notio ob transactionem erit*), indicando dunque l’esame compiuto dal titolare di pubbliche funzioni e, insieme, come si evince da D. 50.16.99 pr., la sua ‘competenza’<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> D. 2.15.8.1, in cui Ulpiano precisa che l’esame per la transazione sarà compiuto dal pretore stesso (*Eiusdem praetoris notio ob transactionem erit*) se saranno lasciati per legato sia il diritto di abitazione sia il vestiario sia gli alimenti «*de praediis*» (*sive habitatio sive vestiarium sive de praediis alimentum legabitur*), ribadisce la competenza del pretore ad autorizzare, o meno, una transazione su alcuni diritti lasciati per legato e ciò che occorre mettere in rilievo è costituito appunto dall’affermata competenza del pretore, alla quale allude il termine «*notio*». Ora, a prescindere dalle diverse e spesso inconciliabili soluzioni prospettate in dottrina in ordine alla ricostruzione del significato del termine «*notio*» – che, appunto in D. 50.16.99 pr., secondo alcuni (vedili accuratamente citati in L. Raggi, *La ‘restitutio in integrum’. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 86 nt. 58) attesterebbe l’estensione alla *cognitio extra ordinem* del concetto di *iurisdictio*, secondo altri (F. von Velsen, *Das ‘edictum provinciale’ des Gaius*, in *ZSS.* 21, 1900, 90; F. De Martino, *La giurisdizione in diritto romano*, Padova 1937, 298 e 357 ss.; G. Pugliese, voce «*Cognitio*», in *NNDI.* 3, Torino 1959, 435; T. Spagnuolo Vigorita, *‘Imperium mixtum’. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index* 18, 1990, 117) testimonierebbe una netta antitesi fra *iurisdictio* e *cognitio* seppure unificate terminologicamente, secondo altri ancora (G.I. Luzzatto, *Il problema d’origine del processo ‘extra ordinem’. I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 93 ss.; Raggi, *La ‘restitutio in integrum’* cit. 88 ss.; M. Sargenti, *Studi sulla ‘restitutio in integrum’*, in *BIDR.* 69, 1966, 213 nt. 46; J.-P. Coriat, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Roma 1997, 406 s.) svolgerebbe la funzione di categoria unificante tra *iurisdictio* e *cognitio* – un dato è però sicuro. E, cioè, che Ulpiano adoperava il termine «*notio*» in un significato tale da potere ricomprendere (*accipere possumus*) gli altri due, «*cognitio*» e «*iurisdictio*»: A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, 143. Quindi, come termine comprensivo di ogni funzione giurisdizionale, includendovi così tanto i procedimenti formulari quanto quelli cognitivi: Spagnuolo Vigorita, *‘Imperium mixtum’* cit. 117 e P. Pasquino, *‘Sed voluntariam’. Ricerche in tema di ‘iurisdictio’*, Napoli 2020, 249 e nt. 116 (ivi altra letteratura citata). E, ancora, che esso avrebbe, tanto in D. 50.16.99 pr. quanto in D. 2.15.8.1, il duplice significato di ‘esame’ e ‘competenza’: L. Falletti, *Évolution de la jurisdiction civile du magistrat provincial sous le Haute-Empire*, Paris 1926, 144 nt. 2; De Martino, *La giurisdizione* cit. 363 nt. 1; R. Martini, *Il problema della ‘causae cognitio’ pretoria*, Milano 1960, 34 nt. 46; Carcaterra, *Le definizioni* cit. 143. Indicando così, come sottolinea il Carcaterra, *Le definizioni* cit. 143, l’«esame (di un fatto giuridico) compiuto, per decidere del fatto stesso, da chi ha certe pubbliche funzioni». Anche se in D. 2.15.8.1, come è stato rimarcato dal Mancuso, *‘Decretum praetoris’*, in *SDHI.* 63, 1997, 392, «è indubbio il riferimento a una generica indagine conoscitiva compiuta dal pretore». Peraltro, D. 2.15.8.1 lascierebbe intendere – secondo M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, 91 – che l’alimentando avrebbe dovuto sottoporre al pretore la proposta di transazione sia che egli

Quest'ultimo rilievo, combinato con l'idea che Ulpiano traesse anche il termine 'notio' direttamente dal testo dell'*oratio Marci*, consente perciò di concludere, a mio avviso, che questa locuzione fosse presente ed utilizzata, appunto in questo provvedimento imperiale, in maniera precisa e tecnica, per indicare che alcune sue disposizioni, pur essendo state previste per i soli processi formulari (come quelle riferiteci da D. 2.12.2) o esclusivamente per quelli cognitivi (come quelle di cui a D. 2.12.7), si applicavano tuttavia indistintamente sia agli uni che agli altri laddove l'organo giurisdicente fosse competente per entrambi.

Pertanto, il lemma 'notio' faceva riferimento al processo provinciale ed all'organo ad esso preposto, che cumulava appunto la competenza a decidere tanto i processi dell'*ordo* quanto quelli *extra ordinem*, ai quali si applicavano dunque, in maniera indifferenziata, le disposizioni dell'*oratio Marci* in materia di *dilatio instrumentorum causa*. Conclusione, questa, che mi sembra confermata dal rilievo che Ulpiano, in D. 2.12.7, pur esaminando questo istituto in riferimento alla *cognitio extra ordinem* ed alle sole competenze consolari, affermava tuttavia che la possibilità di concedere una seconda *dilatio* era prevista «tam ex

avesse voluto transigere sul legato di alimenti in generale, ricomprendente tutte e tre le prestazioni alle quali questa disposizione testamentaria dava diritto, e sia che avesse desiderato transigere invece singolarmente su alcune di esse. Ma, in senso contrario, depone, come è stato evidenziato da C. Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino 1908, 1007 nt. 1, la precisazione del contenuto degli *alimenta* in ordine ai quali è obbligatorio l'intervento pretorio e, in stretta correlazione a ciò, la fissazione di limitazioni al contenuto delle stesse transazioni. Infatti, quel che viene debitamente sottolineato è l'ampiezza del termine '*alimentum*', sicché, se in genere esso indica tutto quello che è necessario alla vita e, quindi, essenzialmente, l'*habitatio*, il *vestiarium* ed i *cibaria* – il cui richiamo, secondo J.L. Murga, *La continuidad 'post mortem' de la fundación cristiana y la teoría de la personalidad jurídica colectiva*, in *AHDE*. 38, 1968, 521 nt. 75, sarebbe «una prueba evidente de que los juristas no pensaron siquiera en un fenómeno corporativo» – menzionati nel passo, questa peculiare tipologia di *transactio* comporta un'interpretazione restrittiva del concetto di *alimenta*, dal momento che, come è stato sottolineato da A. Bellodi Ansaloni, *Un caso di 'iurisdictio voluntaria': la 'transactio alimentorum'*, in *BIDR*. 101-102, 1998-1999, 470, «se la *notio* magistratuale deve investire specificamente anche i lasciti di *habitatio* e *vestiarium*, ciò significa che la transazione avente ad oggetto *alimenta* non può ritenersi di per sé comprensiva di *habitatio* e *vestiarium*». Ed è inverosimile lo stesso Ulpiano a precisare, in D. 2.15.8.12, che questa interpretazione, lungi dall'essere farina del suo sacco, era stata espressamente manifestata – trattandosi così, diremmo oggi, di una vera e propria 'interpretazione autentica' – dalla stessa *oratio Marci*, ciò che appare confermato dall'avverbio «*specialiter*», con cui si rimarca il fatto che l'attribuzione al pretore della competenza ad autorizzare tali *transactiones* trovasse la sua fonte in un apposito atto autoritativo, quale appunto l'*oratio* di Marco Aurelio: *Qui transigit de alimentis, non videbitur neque de habitatione neque de vestiario transegisse, cum divus Marcus specialiter etiam de istis transigi voluerit*. Così, giustamente, anche Bellodi Ansaloni, *Un caso* cit. 473 nt. 23. Ma v. pure F. Wycisk, '*Alimenta*' et '*vicus*' dans le droit romain, in *RHDFE*. 50, 1972, 209 e, più recentemente, L. Fanizza, '*Iurisdictio mandata*', in *SDHI*. 60, 1994, 316 e *L'amministrazione della giustizia nel Principato. Aspetti, problemi*, Roma 1999, 83.

*eadem quam ex alia provincia*», allargando così il suo ambito di osservazione anche al processo provinciale.

Se esiste un preciso collegamento tra D. 2.12.7, 50.16.99 pr. e 50.16.99.2-3, questo deve esservi allora anche con D. 50.16.99.1, che, come subito si dirà, è quello che più ci interessa al fine di individuare l'occasione in cui Ulpiano aveva formulato le sue precisazioni in ordine al lemma '*absens*' di cui a D. 50.16.199 pr.

In questo paragrafo, del quale ho avuto modo più volte di occuparmi<sup>54</sup> in specifico riferimento alla menzione della Sicilia, Ulpiano afferma che, con l'espressione '*continentes provinciae*', si dovessero intendere quelle province che sono unite all'Italia, come la Gallia (*accipere... Galliam*), specificando però subito dopo che in tale novero «*accipere nos oportet*» anche la provincia di Sicilia, benché divisa dall'Italia da un piccolo stretto (*sed... dividitur*).

Fermo restando che questo testo, nel riferirsi comunque alle province, costituisce una precisa conferma dell'idea che lo stesso Ulpiano menzionasse in D. 50.16.99pr. il governatore provinciale, in questa sede non è necessario indagare a quale scopo rilevassero la definizione dell'espressione '*continentes provinciae*', che ricorreva nel testo dell'*oratio Marci*, e la divisione tra queste e le rimanenti *trans mare* e, conseguentemente, chiedersi quale fosse il nesso esistente tra il concetto di '*continentes provinciae*' e quelli di '*notio*', '*instrumenta*' e *dilatatio instrumentorum causa*, bastando, sul punto un rinvio a quanto altrove<sup>55</sup> ho già avuto modo di spiegare.

Quel che, ai fini di una migliore intelligenza di D. 50.16.199 pr., occorre invece sottolineare è il dubbio interpretativo che si poneva Ulpiano, consistente nel chiedersi quale fosse l'esatta portata dell'espressione '*continentes provinciae*' utilizzata dall'*oratio Marci*.

Interrogativo, questo, ampiamente giustificato dal fatto che il participio aggettivale '*continentes*', unito al sostantivo '*provinciae*', stava ad indicare, in maniera assolutamente generica, le province '*adiacenti*', '*contiguae*', '*attiguae*', '*vicine*'<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> F. Arcaria, *La Sicilia nelle fonti giuridiche romane tra realtà 'insulare' e finzione 'continentale'*, in C. Giuffrida, M. Cassia (a c. di), *Silenziose rivoluzioni. La Sicilia dalla Tarda Antichità al primo Medioevo. Atti dell'Incontro di Studio Catania-Piazza Armerina, 21-23 maggio 2015*, Catania 2016, 10 ss.; Id., *La Sicilia romana tra realtà geografica 'insulare' e finzione giuridica 'continentale'*, in *LR. 5*, 2016, 178 ss. e, specialmente, Id., *Ulpiano, lo Stretto di Messina e le 'continentes provinciae'*, in *Κοινωνία* 40, 2016, 51 ss.

<sup>55</sup> Arcaria, '*Oratio Marci*' cit. 264 s.

<sup>56</sup> I. Lana, *Vocabolario della lingua latina*, Torino 1978, 819, s.v. «*continens*»; G. Campanini, G. Carboni, *Nuovo vocabolario latino-italiano*, Torino 2000, 284, s.v. «*continens*»; K.E. Georges, F. Calonghi, *Dizionario enciclopedico della lingua latina* 1, Torino 2002, 350, s.v. «*continens*»; G.B. Conte, E. Pianezzola, G. Ranucci, *Dizionario di latino-italiano*, Firenze 2004, 461, s.v. «*continens*»; L. Castiglioni, S. Mariotti, *Vocabolario della lingua latina*, Torino 2007, 275, s.v. «*continens*».

Ed il giurista rispondeva a tale quesito chiarendo appunto che tali dovevano essere considerate quelle province che, come la Gallia, «*Italiae iunctae sunt*»<sup>57</sup> e ritenendo però che tra queste doveva ritenersi ricompresa anche la Sicilia, quantunque geograficamente *non iuncta* all'Italia, e dimostrando così che, nonostante il motivo storico dell'epoca in cui egli scriveva consistesse nella progressiva parificazione delle province all'Italia, egli aveva ben presente la contrapposizione esistente ancora tra le seconde e la prima, sicché distingueva accuratamente tutte le province dell'impero in '*continentes provinciae*'<sup>58</sup> ed in province

<sup>57</sup> Secondo R.J.A. Talbert, *Rome's Provinces as Framework for World-View*, in L. de Light, E. Hemelrijk and W. Singor (ed.), *Roman Rule and Civic Life: Local and Regional Perspectives. Proceedings of the Fourth Workshop of the International Network 'Impact of Empire' (Roman Empire, c. 200 B.C. – A.D. 476), Leiden, June 25-28, 2003*, Amsterdam 2004, 25 nt. 13, Ulpiano «indicates that there were circumstances in which a magistrate would need to be aware of which provinces adjoined Italy».

<sup>58</sup> Per completezza d'indagine deve ricordarsi che lo stesso Ulpiano sembrerebbe fare riferimento alle *continentes provinciae* in D. 48.22.14 pr. Il condizionale è però ampiamente giustificato e, anzi, è d'obbligo, giacché tale testo, la cui *inscriptio* non reca menzione dell'opera ulpiana dalla quale è stato escerpito dai compilatori giustiniani, è stato ricostruito, sulla base dei Basilici (60.54.14), in siffatta maniera: *Relegatus est is cui interdicatur provincia aut urbe continentibusve in perpetuum vel ad tempus*. Il giurista – che probabilmente commentava un testo normativo a noi ignoto nel quale ricorreva il termine «*relegatus*»: Martini, *Le definizioni* cit. 337 e 343 – affermava dunque che tale fosse chi venisse interdetto dalla provincia (*provincia*) o dalla città (*urbe*) «*continentibusve*», in perpetuo o temporaneamente. Ora, capire a cosa facesse riferimento Ulpiano con il participio aggettivale «*continentibus*» e la particella enclitica «*ve*» non è affatto semplice, giacché, dovendosi necessariamente riferire «*continentibus*» ai primi due sostantivi (*provincia* ed *urbs*), il frammento parlerebbe, in maniera inspiegabile, di provincia o città 'adiacenti', 'contigue', 'vicine' (ma a che cosa?). Il «*ve*», che significa sia 'ovvero' e sia 'anche', posposto a «*continentibus*» non contribuisce affatto a chiarire il senso dell'affermazione ulpiana, dal momento che, non potendo essere interpretato come «*aut*» (il testo direbbe allora: *provincia aut urbe aut continentibus*) in quanto appunto participio aggettivale dei sostantivi «*provincia*» ed «*urbe*», va necessariamente inteso come «*etiam*». In questo caso, il testo (che direbbe dunque: *provincia aut urbe etiam continentibus*) farebbe riferimento alla «*provincia*», all'«*urbs*» ed anche, ma in maniera altrettanto incomprensibile, alle (sottintese) *provinciae* ed *urbes* 'contigue', 'vicine'. A queste difficoltà di lettura del passo di Ulpiano si aggiunge poi la circostanza che i Basilici sembrano volere dire qualcosa di completamente diverso: Ἐξόριστός ἐστιν ὁ κωλύμενος ἐπαρχίας ἢ Πόμης, ἢ τοῦ περὶ τὸ τεῖχος αὐτῆς τόπου, διηλεκῶς ἢ προσκαίρω. Qui, al pari del testo ricostruito, si menziona la provincia (ἐπαρχίας), ma, in luogo della generica «*urbs*», troviamo Roma (Πόμη) e, inoltre, l'espressione «*continentibusve*» è specificata come 'il luogo attorno alle mura della stessa (Roma)', sicché il testo greco potrebbe essere reso in latino in maniera completamente diversa da quella più sopra riferita: *Relegatus est is, cui provincia, vel Roma, vel continentibus eius perpetuo, vel ad tempus interdicatur* (K.W.E. Heimbach, *Basilicorum libri LX* 5, Lipsiae 1850, 891). Alla luce di questi rilievi appare pertanto prudente non utilizzare D. 48.22.14pr. tanto a supporto dell'interpretazione di '*continentes provinciae*' data da Ulpiano in D. 50.16.99.1, quanto ad integrazione della nostra ricostruzione del significato complessivo di quest'ultimo frammento. Anche se, *incidenter tantum*, può avanzarsi a mio avviso l'ipotesi che,

transmarine, anche se, tra queste ultime, finiva per non considerare la Sicilia<sup>59</sup>, della cui geografica insularità, come è dimostrato dal riferimento allo Stretto di Messina, pure aveva piena contezza.

al pari di D. 50.16.99, pure D. 48.22.14 provenisse dai *libri de officio consulis* di Ulpiano, ciò che mi sembra potersi ragionevolmente dedurre dal secondo paragrafo di quest'ultimo testo, in cui il giurista aveva modo di precisare che «*relegare possunt princeps et senatus et praefecti et praesides provinciarum, nec tamen consules*». Su D. 48.22.14 pr. e sulla sua restituzione grazie ai Basilici v., ampiamente, W. Kaiser, *Die Lücken in D. 48, 20 und D. 48, 22*, in M. Armgardt, F. Klinck, I. Reichard (her.), *'Liber amicorum' Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, 167 ss. e, più limitatamente, Lenel, *Palingenesia* 2 cit. 1198 e nt. 5; H. Peters, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Classe* 65, 1913, 18 ss.; U. Brasiello, *La repressione criminale in diritto romano*, Napoli 1937, 281 ss. e 291; P. Garnsey, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, 116 e nt. 4; Talamanca, *Recensione di W. Simshäuser, 'Iuridici'* cit. 520; E. Ricart Martí, *La tradición manuscrita del digesto en el Occidente Medieval, a través del estudio de las variantes textuales*, in *AHDE*. 57, 1987, 183; M. Torres Aguilar, *La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano*, in *AHDE*. 63-64, 1993-1994, 739 e nt. 128; F. Stini, *Exil in der römischen Kaiserzeit*, in E. Olshausen, H. Sonnabend (her.), *Troianer sind wir gewesen' – Migrationen in der antiken Welt. Stuttgarter Kolloquium zur Historischen Geographie des Altertums* 8, 2002, Stuttgart 2006, 301 e nt. 11; M.L. López Huguet, *Limitaciones a la libertad domiciliaria en derecho romano*, Madrid 2016, 300; Todisco, *Ripensare lo spazio* cit. 713; Buongiorno, *'Continentia aedificia'* cit. 235 s.

<sup>59</sup> Ciò avvenendo in seguito ad una vera e propria finzione giuridica – basantesi sull'assunzione di una particolare nozione di 'continuità', espressa appunto dal verbo *contineo*, comportante che il «*modicus fretus*» non implicasse una 'discontinuità territoriale' tra la Sicilia e la *terra Italia* (così, giustamente, Buongiorno, *'Continentia aedificia'* cit. 233) – che si sovrapponeva così ad una ben diversa realtà geografica e che condusse appunto alla fuoriuscita della *provincia Sicilia* dal novero delle province *non continentes* ed alla sua configurazione come 'provincia continentale'. Questa conclusione sembrerebbe essere smentita da un altro passo dello stesso Ulpiano, D. 5.1.9, proveniente dal nono dei *libri ad edictum*, in cui il giurista, affermando che «*Insulae Italiae pars Italiae sunt et cuiusque provinciae*», parrebbe riferirsi – ciò che è stato ritenuto probabile da O. Behrends, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS*. 88, 1971, 293, il quale ha inoltre bollato come «*kompilatorische Verallgemeinerung*» la chiusa «*et cuiusque provinciae*» (292 nt. 320) – non solo alla Sicilia, ma anche a tutte le altre isole maggiori diverse da questa e, quindi, pure alla Sardegna ed alla Corsica. Ma, al di là dell'integrazione di questo testo proposta da G. Rotondi, *Postille esegetiche* [1919], in Id., *Scritti giuridici*. III. *Studii varii di diritto romano ed attuale*, a c. di E. Albertario, V. Arangio-Ruiz, P. De Francisci, Milano 1922, 469, secondo cui il frammento andrebbe invece letto «*Insulae Italiae pars Italiae sunt et cuiusque provinciae insulae pars sunt eiusdem provinciae*», in senso decisamente contrario si è espresso P. Catalano, *Appunti sopra il più antico concetto giuridico di Italia*, in *Atti della Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche* 96, 1961-1962, 213 nt. 2 ed *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. 'Mundus', 'templum', 'urbs', 'ager', 'Latium', 'Italia'*, in *ANRW*. 2.16.1, 536 nt. 415, il quale ha concluso che Ulpiano non facesse riferimento alle isole maggiori, bensì a quelle minori. Nel medesimo senso v. anche A. Mastino, R. Zucca, *Identità Insulare*, in J. Velaza (ed.), *Insularity, Identity and Epigraphy in the Roman World*, Cambridge 2017, 17, secondo cui «Ulpiano ... indica la correlazione giuridica delle isole

Ora, quel che occorre sottolineare è la circostanza che la locuzione 'continentes' di cui a D. 50.16.99.1 viene adoperato nella forma di «continentia» per ben due volte anche in D. 50.16.199 pr. (*extra continentia ... continentia*) e, come si è già detto, in esclusivo riferimento alla città di Roma (*extra continentia urbis*): il contesto di questi due frammenti era dunque lo stesso.

Deduzione, questa, che appare suffragata anche da due precisi indizi formali: l'utilizzo dell'espressione «accipere debemus» nell'esordio tanto di D. 50.16.99.1 ('*Continentes provincias accipere debemus*) quanto di D. 50.16.199 pr. ('*Absentem accipere debemus*) e l'accenno a territori transmarini, implicito (come si è appena detto) nel primo testo ed esplicito nel secondo (*trans mare*).

Pertanto, può concludersi, a mio avviso, che Ulpiano, come nel primo testo esaminava il significato di un termine ('continentes') contenuto nell'*oratio Marci* in riferimento al governatore ed al processo provinciale (sia formulare che cognitorio), così nel secondo commentava il lemma 'absens' anch'esso presente nella medesima *oratio* ma in relazione agli organi giudicanti a Roma, cioè i pretori urbano e peregrino e tutti i giudici *extra ordinem* della capitale.

3. In D. 50.16.199.1 Ulpiano ha poi modo di precisare che non si reputava assente chi fosse stato catturato dai nemici (*Abesse ... est*), ma chi fosse trattato dai *latrones*.

minori all'Italia ed a ciascuna provincia. Il passo ... va senz'altro riferito alla sfera giuridica che discende dal principio citato, ossia l'imperium del governatore della provincia si estendeva a tali isole minori ed esse erano soggette allo stesso regime giuridico e fiscale della provincia». Ciò che, invero, mi sembra confermato, in primo luogo, da Sch. Sin. 14.38 (*Insulas: τῆς ἰταλίας εἶναι δοκοῦσιν καὶ αἱ νῆσοι τῆς ἰταλίας. οὐκοῦν ὁ τῆς ἰταλίας ἐξορισθεὶς εἴργεται καὶ τῶν νήσων ταύτης*), in cui, per un verso, il verbo «δοκοῦσιν» attesta non una certezza ma un'apparenza e, per altro verso, la menzione del *relegatus* (ἐξορισθεὶς) fa propendere l'interprete a ritenere che ci si riferisse qui – come sembra potersi evincere anche da Cass. Dio 56.27.2, che ricorda un provvedimento di Augusto stabilente il divieto per gli esiliati di risiedere in un'isola distante meno di 400 stadi (circa 40 miglia nautiche) dal continente, con l'eccezione delle isole di Coe, Rodi, Samo e Lesbo – solo alle isole minori e molto lontane da Roma, che normalmente erano i luoghi di confino deputati ad accogliere i *relegati in insulam*. E, in secondo luogo, da Bas. 7.5.9, che, senza fare alcun riferimento all'Italia di cui a D. 5.1.9, afferma semplicemente che «μῆρος εἰσὶν ἐκάστης ἐπαρχίας αἱ νῆσοι αὐτῆς», cioè che «*pars cuiusque provinciae sunt insulae ipsius*» (K.W.E. Heimbach, '*Basilicorum libri LX*' 1, Lipsiae 1833, 276). Pertanto non accoglibile appare l'interpretazione che di quest'ultimo testo è stata data dal Behrends, *Die Prokuratorur* cit. 292 nt. 320, secondo cui sarebbe «bezeichnend die elegante Wiedergabe der Basiliken, in der Italien zur Provinz geworden ist: „Bestandelt einer jeden Provinz sind ihre Inseln“». Sul rapporto esistente tra Sch. Sin. 14.38 e D. 5.1.9 v. anche, limitatamente, P. Krüger, *Die Sinai-Scholien zu Ulpian's 'libri ad Sabinum'*, in ZSS. 4, 1883, 22 e nt. 2. Su D. 5.1.9 e Sch. Sin. 14.38 v. pure, rispettivamente e limitatamente, K.M.T. Atkinson, *Rome and the Rhodian Sea-Law*, in *Iura* 25, 1974, 69 nt. 82 e Nörr, *Zur Palingenesie* cit. 10 e nt. 41.

Il principio espresso dal giurista, che, secondo il Gómez-Iglesias Casal<sup>60</sup>, nonostante il frammento trattasse della *cognitio extra ordinem*, era perfettamente valido anche per il processo dell'*ordo*, è stato spiegato sulla base del fatto che, mentre il primo, divenuto *servus hostium*, aveva perduto la capacità di stare in giudizio<sup>61</sup> e, quindi, era esente dalla disciplina dell'*absentia*, il secondo, invece, non aveva subito tale effetto e, perciò, poteva essere ritenuto *absens*.

La peculiare connotazione dell'*absentia* come un fatto oggettivo, e quindi non abbinabile ad alcuna qualificazione soggettiva, trovava quindi un'eccezione nella regola enunciata da Ulpiano in quanto l'esclusione dell'«*ab hostibus captus*» dipendeva dal fatto che la sua *capitis deminutio* 'assorbiva' la qualifica di assente, che pure, in astratto, poteva essergli attribuita<sup>62</sup>. La cattura del *civis* da parte degli *hostes*, cioè dei nemici in una guerra formalmente dichiarata, comportava infatti una schiavitù di diritto, ciò che non poteva dirsi per quella operata dai *latrones* (ed anche dai *praedones*, che ugualmente praticavano il banditismo), poiché non era qualificabile come una vera e propria *causa servitutis*<sup>63</sup>, ma piuttosto come una situazione che solo 'fattualmente' privava il cittadino della sua libertà<sup>64</sup>. Anche se può ritenersi<sup>65</sup> che la distinzione tra i *capti a latronibus* ed i *capti ab hostibus* sotto il profilo dell'*absentia* rimaneva esclusivamente nominale, dal momento che, tra i casi di *restitutio in integrum* a seguito dell'assenza del *civis* previsti dall'editto pretorio, la *captio a latronibus* era contemplata insieme quella *ab hostibus*.

<sup>60</sup> Gómez-Iglesias Casal, *Citación cit.* 141.

<sup>61</sup> Così anche F. Cuenca Boy, *Ausencia y «postliminium»*, in *RDR*. 8, 2008, 1.

<sup>62</sup> Buti, *Il 'praetor' cit.* 275 e nt. 171 ed Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia cit.* 43, il quale puntualizza che «la ausencia podía darse bien por la propia voluntad del sujeto – con ocasión de un viaje o un desplazamiento temporal – o, como nos informa Ulpiano, por un acontecimiento externo y violento, como es el que otros se 'apropien' de su persona».

<sup>63</sup> «Mancando, infatti, ai *latrones* una comunità di riferimento, non è possibile formalizzare nei loro confronti una rituale dichiarazione di guerra – dalla quale deriva il reciproco diritto di cattura – in quanto non è possibile applicare le norme del *ius gentium*, concepite per regolare i rapporti tra i popoli»: L. D'Amati, '*Servitus*' del '*civis ab hostibus captus*'. *Ancora una riflessione*, in *LR*. 2, 2013, 341.

<sup>64</sup> F. Cursi, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996, 143; F. Zuccotti, «*Bellum iustum*» o del buon uso del diritto romano, in *RDR*. 4, 2004, 46; L. D'Amati, *Sulla cooperazione cit.* 872 s.; Ead., *L'inattività del convenuto cit.* 17 s. La Moatti, *Le traitement des absents cit.* 324, puntualizza che «le captif, parce qu'il est servus de l'ennemi, n'est donc pas, le plus souvent, traité comme un absent, puisqu'il est en état de mort civile, contrairement au prisonnier de pirates ou de brigands car pirates et brigands, n'étant pas dans une relation juridique avec Rome, n'ont aucune influence sur le statut de celui qu'ils détiennent».

<sup>65</sup> Cursi, *La struttura del 'postliminium' cit.* 143 nt. 59.

Ma l'importanza dell'enunciazione ulpiana<sup>66</sup>, che conferma dunque quanto affermato dallo stesso giurista nel *principium*, cioè che doveva reputarsi assente chi non era concretamente raggiungibile e reperibile e, perciò, non poteva essere *in ius vocatus*<sup>67</sup>, va ravvisata anche e, secondo la Fanizza<sup>68</sup>, soprattutto nel fatto che Ulpiano, laddove faceva dipendere lo *status* di *absens* del convenuto dal fatto che egli si trovasse, o meno, all'interno del territorio di Roma o «*trans mare*» (50.16.199 pr.) o che fosse stato catturato dai nemici oppure dai *latrones* (D. 50.16.99.1) e proprio nella misura in cui prospettava questo caso limite, delineava «una teoria dello spazio interessantissima per le sue implicazioni processuali. Partendo dalla considerazione che è assente chi non è nel luogo nel quale ci si attende che sia, afferma che rientra in questa situazione chi non è nei pressi della città ma non al di là del mare. Questa indicazione ricorre anche in altri passi della produzione ulpiana per segnalare un limite territoriale ... funzionale alla configurabilità di un processo che possa aver luogo in tempi certi e quindi di una citazione effettiva, che raggiunga cioè l'assente e ne possa provocare la comparizione in giudizio in un tempo determinato. Quest'ordine non si ritiene evidentemente realistico rispetto ai luoghi che si trovino al di là del mare, proprio per le difficoltà di considerare reperibile chi sia così dislocato».

Queste considerazioni consentono allora, a mio avviso, di ritenere che la puntualizzazione ulpiana in ordine al *captus ab hostibus*<sup>69</sup> ed al *captus a latronibus* – attestante il «fatto che nella realtà il confine tra la condizione del *captivus* e quella del *captus a latronibus* pur essendo di diritto ben definito doveva essere di fatto, nella condizione materiale in cui si trovava il soggetto coinvolto, assai incerto»<sup>70</sup> –

<sup>66</sup> Confusamente ricostruita da U. Ratti, *Studi sulla 'captivitas'*, Roma 1927, 16 s. in questi termini: «la posizione giuridica del prigioniero è sostanzialmente diversa da quella del servo dei ladroni (o del *liber serviens* in genere) e da quella dell'assente, non trovandosi questi ultimi in uno stato di servitù riconosciuto dal diritto; ma solo ha in comune con il primo la schiavitù di fatto e con il primo ed il secondo la lontananza dalla sede dei propri interessi».

<sup>67</sup> Così anche Fanizza, *L'assenza* cit. 36; A. Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'* 1, Milano 1998, 24; D'Amati, *Sulla cooperazione* cit. 873; Ead., *Assenza, appello e giudicato*, in *TSDP*. 8, 2015, 6 e nt. 8; Ead., *L'inattività del convenuto* cit. 18 s.

<sup>68</sup> Fanizza, *L'assenza* cit. 20 s.

<sup>69</sup> In ordine al quale il Periñán Gómez, *Un estudio* cit. 151 s., ha osservato che Ulpiano, ai fini dell'assenza, avrebbe dovuto considerare non solo la cattura *in bello*, ma anche quella *in pace*.

<sup>70</sup> R. Ortu, «*Captus a piratis*»: *schiavitù di fatto?*, in *RDR*. 10, 2010, 9, la quale fonda questa giusta conclusione anche su D. 32.1 pr. (*Si incertus quis sit, captivus sit an a latronculis obsessus, testamentum facere non potest. Sed et si sui iuris sit ignarus putetque se per errorem, quia a latronibus captus est, servum esse velut hostium, vel legatus qui nihil se a captivo differre putat, non posse fideicommittere certum est, quia nec testari potest, qui, an liceat sibi testari, dubitat*), proveniente dal primo dei *libri fideicommissorum* dello stesso Ulpiano, in cui «il giurista utilizza un caso di specie in cui l'incertezza sullo *status* di un uomo ruota attorno alla distinzione fra colui che è *captivus* e colui che invece potrebbe essere un *captus a latronibus*».

valesse non solo per i giudizi che si tenevano a Roma, ma anche per quelli provinciali: infatti, a ben vedere, la possibilità che un convenuto fosse assente perché catturato dai nemici o trattenuto dai *latrones* ricorreva laddove egli fosse stato citato a comparire tanto presso un tribunale cittadino quanto davanti al tribunale del *praeses provinciae*.

E questa conclusione conferma inoltre la supposizione, più sopra avanzata, che anche il lemma ‘*absens*’ – al pari di ‘*notio*’ e ‘*instrumenta*’ (e *dilatio instrumentorum causa*) – fosse presente nell’*oratio Marci*, che avrebbe dunque dettato disposizioni in materia di *absentia* del convenuto in tutti i tribunali dell’impero e, tra questi, in particolare quelli cittadini, ai quali era rivolta l’attenzione di Ulpiano in D. 50.16.199 pr.-1, e quello del governatore provinciale, al quale il giurista si riferiva, come si è appena rilevato, nel solo D. 50.16.199.1.

Francesco Arcaria  
Università di Catania  
farcaria@lex.unict.it