

MATTEO MARRONE

*Dominus litis**

* Pubblico qui, anticipatamente, questo mio studio in memoria di Luigi Amirante, che apparirà presto negli *Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, ESI, Napoli.

1. È di uso comune, nel linguaggio giuridico (almeno tra gli studiosi del diritto romano), l'espressione *dominus litis* per indicare il soggetto a nome del quale e al suo posto altra persona – *cognitor, procurator, tutor*, etc. – agisce, o si appresta ad agire in giudizio: in buona sostanza, per indicare il soggetto rappresentato in giudizio¹; o, se si preferisce, il soggetto sostituito, per cui altri sostiene il giudizio al suo posto. In effetti, con questo significato l'espressione ricorre una decina di volte nelle fonti giuridiche romane². Assai più numerosi – più di un centinaio – sono i testi dove la persona rappresentata è detta semplicemente *dominus*³. In un passo giurisprudenziale e in due tarde costituzioni imperiali ad esser detto *dominus litis* è invece il *procurator* che ha agito *alieno nomine*⁴.

Da lungo tempo – almeno dal primo novecento – la dottrina non si è più occupata dell'argomento, se non per brevi cenni⁵. Mi è occorso di notarlo durante la preparazione di una relazione che sono stato invitato a tenere a un recente convegno della Società Italiana del Diritto⁶, e mi è parso che l'argomento meritasse ancora attenzione, se non per pervenire

¹ Parlo, e parlerò talvolta in seguito, al riguardo, di rappresentato, rappresentante e rappresentanza non in senso tecnico. D'altronde, com'è fin troppo noto, sul concetto, non romano, di rappresentanza la dottrina è divisa.

² Ai passi elencati *infra*, § 3 (ed esaminati nei §§ successivi) si devono aggiungere, per l'età postclassica, CTh. 2.12.7 (*infra*, § 19) e, per l'età di Giustiniano, I. 4.11.3 e C. 2.12.24 (*infra*, § 20).

³ Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II (Berolini 1933) s. v. *dominus*, 345 D 2 (*dominus separatur ab eo aut opponitur ei, qui eius nomine agit*); e *infra*, § 14.

⁴ Cfr. D. 49.1.4.5 (Macer 1 *de appellat.*), C. 2.12.22 (Costant., a. 319: qui si parla di *domini* non di *domini litis* ma *litis* vi è evidentemente sottinteso), CTh. 2.12.1 = C. 2.12.23 (Iulian., a. 363).

⁵ Cfr. C. WIRBEL, *Le cognitor* (Paris 1911) 88 s.; E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata 1922) 346; F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV (Milano 1956) 537 nt. 2; D. NÖRR, in B. Bischoff u. D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution Kaisers Iulians (c. Iuliani de postulando)* (München 1963) 30 nt 35. Sull'argomento, v. già P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozess* (Graz 1905) 119 ss.

⁶ M. MARRONE, *Alieno nomine agere e terzi nel processo romano*, note 48-50, di imminente pubblicazione in *L'agire per altri. Atti del Convegno internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, 15-17 novembre 2007* (su *dominus litis*, § 8 e ivi note 48-50); già apparso nel volume di studi in onore di Luigi Labruna *Fides, Humanitas, Ius. 9 maggio 2007* (Napoli 2009) 123 ss.; su *dominus litis*, ivi, 138 ss.

a nuovi risultati sul regime giuridico della sostituzione processuale, almeno per la verifica di quelli al riguardo più o meno consolidati in dottrina e, in ogni caso, per l'opportunità di procedere, soprattutto dal punto di vista della valenza in sé del sintagma, all'analisi congiunta di tutti i luoghi delle fonti dove si parla di *dominus litis*.

Dedico questo scritto, con profondo e immutato rimpianto, a Luigi Amirante, cui mi legavano sentimenti di reciproca stima e vera amicizia.

2. Vediamo i testi. Anzitutto, in assenza di testimonianze più antiche, i testi classici. Sono pressoché tutti giurisprudenziali, ad eccezione di C. 7.45.1, di Severo e Caracalla, e C. 7.62.9, di Diocleziano. Coprono un arco di tempo relativamente non molto ampio: il più antico, D. 2.11.14, risale a Nerazio. Proporne l'esame nell'ordine cronologico – peraltro, quanto ai testi giurisprudenziali, non sempre esattamente precisabile – non mi è parso conducente. Meglio, dal nostro punto di vista, considerare anzitutto quei passi dove l'espressione era riferita al soggetto rappresentato; e, nell'ambito di questi, procedere secondo l'ordine dettato dai diversi momenti del giudizio ai quali ogni volta si faceva riferimento (prima dell'inizio del giudizio, *in iure, apud iudicem, post rem iudicatam*, etc.); non senza d'altronde distinguere, ogni volta, i luoghi dove di *dominus litis* si diceva in relazione a una persona sostituita da un *cognitor* da quelli dove di *dominus litis* si diceva più verosimilmente, anche nella stesura originale, in relazione a una persona sostituita da un *procurator*, o per i quali, comunque, mancano elementi per ritenere che quei luoghi si riferissero originariamente al *cognitor*.

Vedremo poi D. 49.1.4.5, di Macro, il solo testo giurisprudenziale classico dove ad esser detto *dominus litis* è il *procurator* e, in connessione con esso, D. 44.4.11 pr., di Nerazio, che sembra esprimere sostanzialmente lo stesso concetto.

3. I luoghi classici nei quali *dominus litis* indica la persona rappresentata in giudizio sono, nell'ordine in cui li esamineremo: D. 2.11.14, D. 20.6.8.2, D. 46.7.10, D. 12.3.7, C. 7.45.1, D. 49.9.2, C. 7.62.9, D. 3.3.30, D. 3.3.31 pr.: in tutto nove testi.

D. 2.11.14 (Nerat. 2 *membra*): *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non*

esset stipularetur. propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset "quanti ea res erit": ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.

Il testo è assai complesso e discusso⁷. Si tratta di un procuratore – verosimilmente un *procurator omnium bonorum* – che si fa promettere *iudicio sisti* ma non stipula una pena per il caso di mancata comparizione. La *stipulatio* è pressoché (*propemodum*) nulla per difetto di *utilitas* dello stipulante ma, avendo questi, nello stipulare, gestito un negozio altrui, si ritiene che, nella specie, a venire in considerazione debba essere non tanto l'utilità dello stipulante-procuratore quanto quella del *dominus litis* suo principale sicché Nerazio, in definitiva, conclude per la validità della *stipulatio* in modo che il promittente sia tenuto nella misura dell'interesse del *dominus negotii* alla comparizione dell'avversario nel luogo del giudizio⁸.

La specie sembra essere non tanto quella della *cautio vadimonium sisti* edittale (e giudiziale)⁹, che era di natura penale e che pertanto, come tale, non dava luogo a problemi di validità, ma quella di un *vadimonium* extragiudiziale non edittale, con promessa del convenuto di comparire nel luogo del giudizio in vista dell'avvio del processo (del tipo dei *vadimonia* ampiamente testimoniati nei documenti della prassi).

Come si vede, la persona rappresentata dal procuratore è qui

⁷ Su di esso, tra gli altri: M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"* (Milano 1958) 118 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe* (Köln-Wien 1976), 35 s., 73 s.; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht* (Köln – Weimar – Wien 1993) 143 ss.; C. A. CANNATA *Le disavventure del capitano J. P. Vos in Labeo* 41 (1995) 401ss.; v. anche A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità* (Bari 2001) 299 nt. 115. Io mi sono attenuto fondamentalmente alle esegesi di Reichard e Cannata.

⁸ Cfr. D. 45.1.81 pr.-1 (Ulp. 77 *ad ed.*).

⁹ Questa, a differenza della *cautio* del fr. 14, si compiva *in iure* quando si palesava la necessità di un rinvio ad altra udienza: può pertanto essere considerata l'erede dei *vades* delle *legis actiones*. Su di essa: O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig 1927, rist. Aalen 1985) 515 s.; M. KASER und K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) 227 s.

qualificata *dominus litis* con riferimento a una lite ancora tutta da iniziare.

Dal nostro punto di vista interessa pure notare che la stessa persona è detta prima *dominus litis*, poi, con lo stesso valore, semplicemente *dominus*: le due espressioni appaiono pertanto essere state da Nerazio adoperate scambievolmente.

D. 20.6.8.2 (Marcian. *l. singulari ad form. hypoth.*): *Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam exstiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem, in tantum, ut putem recte dici et dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.*

Non si può dubitare – diceva Marciano – che il patto stretto dal procuratore del debitore, purché si tratti di *procurator in rem suam*, nuoce al creditore. Del pari, il patto compiuto dal procuratore *in rem suam* del creditore vanifica l'azione ipotecaria, e la relativa eccezione nuocerà anche ai *domini litis*, ai soggetti, cioè, formalmente rappresentati dal *procurator*-cessionario.

Anche questo testo, come il precedente, doveva riguardare sin dall'inizio il *procurator* – nella specie un *procurator in rem suam* – e una lite non ancora iniziata.

4. D. 46.7.10 (Mod. 4 *pand.*): *Si ad defendendum <cognitor> [procurator] datus fuerit, satisdare iubetur iudicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso <cognitore> [procuratore], sed a domino litis interponitur. Quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisdare iudicatum solvi stipulatione.*

L'onere di prestare la *satisdatio iudicatum solvi* è detto gravare prima sul *dominus litis*, poi, da *quod si*, sul *procurator*. Evidentemente il testo originario contrapponeva il regime relativo al *cognitor* – per cui ad esser tenuto era il *dominus litis* – a quello, contrario, relativo al *procurator*¹⁰. I compilatori, qui come sistematicamente altrove, sostituirono nella prima parte del passo la menzione del *cognitor* con

¹⁰ Cfr. Gai 4.101.

quella del *procurator*¹¹ ma mantennero la seconda parte, che in tal modo appare contraddire la prima¹².

Il *dominus litis* di cui parlava Modestino era pertanto il soggetto rappresentato dal *cognitor*, con riguardo a un momento del procedimento che preludeva al compimento della *litis contestatio*: quindi, comunque, *in iure*.

5. D. 12.3.7 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominus litis: denique Papinianus ait alium non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.*

In questo testo *dominus litis* indicava verosimilmente, nella stesura originale, sia *cognitor* sia *procurator*¹³.

Vulgo praesumitur, ricordava Ulpiano, che nessun altro al di fuori del *dominus litis* è legittimato a prestare il giuramento c. d. estimatorio (*ius iurandum in litem*). Si trattava di una regola di quelle c. d. *vulgo dictae*, attinte cioè ad ambienti nei quali i giuristi non si riconoscevano, più che altro alla prassi, e che gli stessi giureconsulti erano usi citare non di rado con accento critico¹⁴. È quel che è dato riscontrare anche nel nostro testo, dove Ulpiano richiamava subito dopo il pensiero di Papiniano, il quale aveva precisato che a poter giurare è solo la parte che ha contestato la lite *suo nomine*. Papiniano pertanto ridimensionava la *regula vulgaris* che, così come formulata, negava ai rappresentanti la legittimazione a giurare *in litem* ma non escludeva in sé, finalizzato al giuramento, l'intervento dello stesso *dominus litis* nella lite contestata da altri al suo posto. Papiniano, invece, negava anche questo, col risultato, come si deve ritenere, che, quando se ne dava il caso, alla stima del bene o diritto che era stato oggetto della lite contestata da un sostituto provvedesse direttamente il giudice.

A noi interessa il sintagma *dominus litis* che ricorre nella citazione della regola *vulgo praesumpta*, una qualifica che, nel contesto del passo

¹¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I (Leipzig 1889, rist. Roma 2000) 723, e, con lui, la dottrina concorde.

¹² La Glossa, *ad h. l.*, tentò di conciliare la contraddizione riferendo la prima parte al *procurator praesentis*, la seconda al *procurator absentis*.

¹³ Ciò si desume dalla collocazione originaria del passo nell'ottavo libro del commentario editale di Ulpiano: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II (Leipzig 1889, rist. Roma 2000) 447.

¹⁴ Cfr. T. MAYER-MALY, «Vulgo» und *Vulgarismus*, in *Labeo* 6 (1960) 7 ss., 23.

ulpiano, è bene riferibile anche alla parte che agisce direttamente, *suo nomine*. Si tratta in ogni caso del titolare del rapporto già dedotto in giudizio, *post litem contestatam* e *apud iudicem*¹⁵, che nella regola *vulgaris* è il rappresentato; nella citazione di Papiniano, la parte che ha agito e contestato la lite personalmente. Anche qui, ad ogni modo, il *dominus litis* appare come una figura evidentemente contrapposta (*alium non debere iurare quam ... alium non posse iurare quam ...*) a quanti conducono la lite *alieno nomine*: non necessariamente a tutti quanti ma almeno a quei rappresentanti dei quali Ulpiano si occupava nell'ottavo libro del suo commentario all'editto, che erano *cognitores* e *procuratores*¹⁶.

6. C. 7.45.1 (Sev. et Anton., a. 208): *Non videtur nobis rationem habere sententia decessoris tui, qui cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnavit, cuius persona in iudicio non fuit. Potes igitur ut re integra de causa cognoscere.*

Da lungo tempo il testo, almeno a mia conoscenza, è stato poco o nulla considerato in dottrina¹⁷. Si tratta di un rescritto di Severo e Caracalla. Gli imperatori censurarono la sentenza del predecessore (*decessor*) del richiedente perché questi, anziché condannare il procuratore, aveva condannato la stessa *domina litis*, *cuius persona in iudicio non fuit*. Decisero pertanto che il richiedente avrebbe potuto nuovamente giudicare ignorando l'esistenza della prima sentenza.

Nessun dubbio è possibile sulla natura *extra ordinem* del giudizio. Le ragioni sono ovvie: la lite era stata definita con sentenza da un giudice-funzionario non più in carica e che nella carica, con le funzioni

¹⁵ Era *apud iudicem*, infatti, che trovava posto il *ius iurandum in litem*. Buona parte dei più antichi studiosi del *Corpus Iuris*, dal diritto comune al primo '900, per conciliare il fr. 7 con quegli altri testi del *Corpus Iuris* che, con riguardo al tempo *post litem contestatam*, qualificano *dominus litis* il *procurator* (*supra*, nt. 4), ritennero che Ulpiano in D. 12.3.7, dicendo invece *dominus litis* il rappresentato, si fosse espresso impropriamente. Ancora in questo ordine di idee: P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. (nt. 5) 121 s. Su D. 12.3.7, tra gli ultimi, M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. (nt. 6) § 11 [= *Fides, Humanitas* cit. 146 s.].

¹⁶ *Supra*, nt. 13.

¹⁷ V., tra gli ultimi a me noti, brevemente: F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* (Freiburg und Tübingen 1881) 83 nt. 53; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 120 nt. 1; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. (nt. 5) 207 nt. 1.

anche di giudice, aveva avuto un successore ufficiale. Da notare ancora che il rescritto era indirizzato a tale Quintiliano, che sembra doversi identificare con il *praefectus vigilum* che compare in una iscrizione dello stesso periodo¹⁸.

Se è chiara la natura del processo, non è altrettanto chiara la fattispecie. Che vuol dire che la *persona* della *domina litis* ‘*in iudicio non fuit*? Che la *domina litis* non era stata presente durante il procedimento? Evidentemente no (l’assenza in giudizio della persona che si era fatta sostituire da un *procurator* – nonostante Paul. D. 3.3.9 – doveva essere certamente la regola, e sarebbe stato comunque un dato nella specie affatto irrilevante). In realtà nessuno l’ha mai pensato. Nell’età intermedia non si esitò pertanto a riferire il testo al caso del *procurator absentis* (la donna *in iudicio non fuit* perché *absens*) ma si rilevò al contempo che il principio da applicare avrebbe dovuto essere in ogni caso quello della condanna del procuratore, non importa se *procurator absentis* o *praesentis*. Di qui una serie di congetture sugli elementi specifici della fattispecie eventualmente omessi nel testo del rescritto così come pervenuto e in relazione ai quali le parole *cuius persona iudicia non fuit* avrebbero avuto rilievo per la decisione¹⁹.

Taluni autori più recenti, interessati più che altro alla sostituzione processuale, soprattutto del *cognitor*, nel processo ordinario classico hanno sbrigativamente messo da parte il testo perché attinente alla *cognitio extra ordinem*²⁰.

Ora, che la questione esaminata da Severo e Caracalla riguardasse un caso deciso in sede di *cognitio extra ordinem* è indubitabile, e ho già detto il perché. Ma è pure vero che – secondo quanto si ammette ormai comunemente – alla classica *cognitio extra ordinem*, dico meglio, alle classiche *cognitiones extra ordinem*, o almeno a talune di esse, non rimasero estranee strutture che richiamavano quelle formulari: una per tutte, la *litis contestatio*, sia pure in forme diverse e senza tutti quegli effetti fondamentali che le erano attribuiti nel processo *per formulas*²¹. Se questo non è possibile negare in ordine a talune strutture processuali, ancor di più si deve ammettere in ordine a certi principi propri delle liti

¹⁸ Cfr. P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, II. *Codex Iustinianus*, ad h. l.

¹⁹ Può essere sufficiente, al riguardo, fare rinvio alla Glossa, *ad h. t.*

²⁰ Cfr. P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 120 nt. 1; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 207 nt. 1.

²¹ Cfr. M. KASER u. K. HACKL, *Das röm. Zivilpr.*² cit. 490 s.

formulari. Specificamente si deve ammettere in relazione alla nostra c. 1; ché siamo in un tempo in cui nelle controversie tra privati il processo ordinario era quello formulare, e nelle loro opere i giureconsulti – peraltro solitamente partecipi ai lavori delle cancellerie imperiali – ne presupponevano l'applicazione.

In effetti, il principio affermato nella c. 1 è quello proprio del processo ordinario: quando il ruolo di convenuto è sostenuto da un *procurator* il giudice che dà ragione all'attore deve condannare il *procurator*, non il suo principale. La ragione è palese: con la *litis contestatio* il *procurator*, e come lui gli altri sostituti processuali, assumevano formalmente il ruolo di parte nel giudizio; o, come pure si usa dire, diventavano i soggetti processuali²². È questa la chiave per intendere le parole *cuius persona in iudicio non fuit* di C. 7.45.1: la *domina litis* non era stata *in iudicio* non perché il suo nome non stava nel *iudicium* (*iudicium* nel senso di *formula*: a parte il fatto, non decisivo, che siamo in sede di *cognitio extra ordinem*, è notissimo esattamente il contrario) ma perché, con la *litis contestatio* la *domina litis*, nel giudizio (*in iudicio*), non aveva avuto il ruolo di parte, che era stato assunto dal *procurator*²³.

Da notare, infine, che la qualifica di *dominus litis* (nella specie, *domina litis*) è anche qui riferita al titolare del rapporto sostanziale (non di quello processuale) controverso, con riguardo, come in D. 12.3.7, a una fase avanzata del giudizio, quella in cui la *domina litis in iudicio non fuit*: dopo la *litis contestatio* ma prima della sentenza.

7. D. 49.9.2 (Macer 2 *de appell.*): *Si procurator absentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilo minus ipse respondere debet. Sed an eo cessante dominus litis respondere possit exemplo adulescentis, videamus: magis tamen observatur, ut audiri debeat in causis appellationis reddendis is, cuius absentis procurator appellavit*²⁴.

Il *procurator absentis* che – si deve ritenere – ha già condotto il

²² V., per tutti, M. KASER u. K. HACKL, *Das röm. Zivilproz.*² cit., 210; M. MARRONE, *Agere alieno nomine* cit. (nt. 6) § 4 [= *Fides*, *Humanitas* cit. 131]. Sul punto v. pure più avanti, § 11, a proposito di D. 44.4.11 pr.

²³ Cfr. F. EISELE, *Cognitio und Procuratur* cit. 83 nt. 53.

²⁴ Sul testo: E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato* cit. (nt. 5), 360; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*. 14 (1967) 330 ss.

processo di primo grado²⁵, propone appello; poi rende i conti, cessa quindi dal suo ufficio di procuratore. La circostanza non ha effetti sul giudizio di appello, che è stato incardinato dal *procurator*, nel cui ambito egli mantiene il suo ruolo (*ipse respondere debet*); ché l'aver reso i conti abdicando all'ufficio di procuratore è una circostanza che attiene ai rapporti interni tra principale e procuratore. Si chiede tuttavia se il *dominus litis* possa intervenire e portare avanti il giudizio di appello, così come è possibile nel caso dell'adolescente. Il dubbio nasceva verosimilmente dalla considerazione che l'esito del giudizio, qualunque esso fosse stato, non avrebbe interessato il principale che non avesse ratificato l'operato del procuratore. Il principale, nella specie, non avrebbe pertanto patito alcun pregiudizio da un esito eventualmente sfavorevole del processo di appello. Questa ragione di dubbio – che avrebbe comportato la soluzione negativa – doveva essere stata espressa da Macro (lo mostra il *tamen* dopo *videamus*), ma non si legge più nel testo così come accolto nel Digesto. Vi è stata mantenuta la soluzione positiva di Macro, che sembra essere quella che era prevalsa nella prassi (arg. ex *magis tamen observatur*): verosimilmente per ragioni di opportunità.

Il passo riguardava certamente il *procurator* – un *procurator absentis* – anche nell'originale classico.

Esso faceva riferimento a un processo di appello, ovviamente *extra ordinem*, nella fase iniziale. Presupponeva pertanto un giudizio (di primo grado) già concluso con sentenza, e questa a sua volta una lite *contestata*. Ché, anche a ritenere che in primo grado il giudizio fosse stato *extra ordinem* (come è possibile ma, in difetto di indizi, tutt'altro che sicuro), bisogna tenere presente, da un canto, che di *litis contestatio* e *litem contestari* i classici discorrevano anche con riguardo alle classiche *cognitiones extra ordinem*²⁶; e, d'altro canto, che al tempo di Macro le sentenze, anche quelle formulari, erano tutte soggette ad appello; e che alla proposizione dell'appello molteplici costituzioni imperiali erano andate assegnando effetti sospensivi degli effetti della

²⁵ Sarebbe del tutto peregrino – anche per l'estrema brevità dei termini per proporre appello (entro il secondo o terzo giorno dalla sentenza: *biduum vel triduum*) – pensare a un *procurator absentis* intervenuto tempestivamente per la prima volta dopo la sentenza di primo grado emessa nei confronti o di altro procuratore oppure di un principale contumace o assentatosi in prossimità dell'emanazione della sentenza o comunque dopo l'istituzione del giudizio.

²⁶ Cfr. *supra*, § 6, a proposito di C. 7.45.1, e ivi nt. 21.

sentenza impugnata²⁷. È pertanto possibile supporre che il giurista avesse considerato la lite decisa con sentenza contro la quale fosse stato proposto appello alla stregua di una lite contestata e ancora in corso, e il giudizio di appello, sebbene *extra ordinem*, come la continuazione della lite già *iudicata*²⁸.

Si può ben dire, pertanto, di essere di fronte a un'altra testimonianza dell'uso di *dominus litis* per indicare il principale sostituito da un rappresentante giudiziale – un *procurator* – in una lite già contestata e ancora in corso.

Su D. 49.9.2 torneremo più avanti (§ 10), quando dovremo occuparci di un altro passo dello stesso Macro – D. 49.1.4.5 – con cui occorre confrontarlo.

C. 7.62.9 (Diocl. et Maxim., s. d.): *Dominus litis causam appellationis, quam procurator suus litigando interposuit, etiam absente procuratore exsequi potest.*

Si tratta di un *procurator* che, avendo condotto il processo in primo grado (arg. ex *litigando*) ed essendo rimasto soccombente, ha proposto appello. Il rescritto afferma il diritto del *dominus litis* di intervenire, accanto al *procurator*, nel giudizio di appello proposto dallo stesso *procurator*, e di portarlo avanti (*exsequi*) anche in sua assenza²⁹.

Dominus litis è ancora una volta il principale del *procurator*.

La materia, come si vede, è la stessa del passo di Macro or ora esaminato, e la fattispecie analoga cosicché può essere qui sufficiente invocare le considerazioni svolte su quel testo per affermare che anche l'estensore della c. 9 riferì il sintagma *dominus litis* al soggetto rappresentato in giudizio da un *procurator* per una lite in corso e già *contestata*.

²⁷ Cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile nel diritto romano* (Torino 1952) 400 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 390 ss.

²⁸ In effetti, che i classici, in generale, abbiano finito per considerare il giudizio di appello alla stregua di continuazione del giudizio di primo grado, non abbiamo testimonianze dirette. Sappiamo anzi che il diritto romano non giunse mai a negare alla sentenza di primo grado la qualificazione di *res iudicata*: cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile* cit. 398 ss.; G. PUGLIESE, v. *Giudicato civile (storia)*, in *ED.* 18 (1969) 747 (anche in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti*, II. *Diritto romano* [Napoli 1985] 159).

²⁹ Sul testo: W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 331.

8. D. 3.3.30 (Paul. 1 *sent.* = P.S. 1.3.9): *Actoris <cognitor> [procurator] non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest desiderare, ut sibi ex iudicati actione³⁰ satisfiat, si dominus litis solvendo non sit.*

Il procuratore non *in rem suam* dell'attore – *cognitor* nell'originale paolino –, se il *dominus litis* non è solvibile potrà con l'*actio iudicati* recuperare le spese occorse nella conduzione della lite (che si è evidentemente conclusa con la condanna dell'avversario).

Il testo presuppone prevalsa la regola per cui l'*actio iudicati*, pur competendo *iure civili* al *cognitor*, si dava di norma *iure praetorio* al principale³¹. Ma, nel caso di specie, constando l'insolvenza del *dominus litis*, il *cognitor* avrebbe potuto eccezionalmente *desiderare* e ottenere che l'azione del giudicato (almeno sino al concorso delle spese giudiziarie sostenute), anziché essere trasferita in favore del *dominus*, venisse esercitata direttamente dal *cognitor*³².

Lo stesso discorso, riferito al *procurator*, non avrebbe avuto senso perché l'*actio iudicati* gli spettava comunque. Di qui la restituzione di *cognitor* al posto di *procurator*.

Ad essere designato *dominus litis* era, nel testo di Paolo, di nuovo il rappresentato, con riferimento a una lite passata, già definita con sentenza non ancora eseguita ma in ordine alla quale (a differenza che in D. 49.9.2 e C. 7.69.2, appena esaminati) di appello non si discorre.

³⁰ Questa lezione '*ex iudicati actione*' è di F³; Mommsen e altri editori delle Pandette hanno adottato l'altra, '*ex iudicatione*'. che è di F¹. A me sembra preferibile la prima, che consente di intendere immediatamente il testo, d'accordo con *sch. ad Bas.* 8.2.30; allo stesso modo: F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* cit. 71 nt. 46; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 93 e *ivi* nt. 2; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 178 nt. 1; E. LEVY, *Pauli Sententiae* (New York 1945) 84 s.; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione nel diritto romano. I. Fonti e casi* (Milano 1947) 116 e *ivi* nt. 2; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano. I. Translatio iudicii* (Napoli 1956) 89. Leggono (e traducono) *ex iudicati actione* i traduttori tedesco e italiano del Digesto: cfr. *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Digesten 1-10*, a cura di O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H. H. Seiler (Heidelberg 1995) 289; *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzioni*, a cura di S. Schipani, I. 1-4 (Milano 2005) 236.

³¹ Sul punto, tra gli ultimi: M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. (nt. 6) § 13 [= *Fides, Humanitas* cit. 149 ss.].

³² Per le spese sostenute il *cognitor* avrebbe avuto l'azione *mandati contraria* ma, insolubile il principale, sarebbe stata più sicura l'*actio iudicati* contro l'avversario. È peraltro verosimile che l'avviso di Paolo fosse che l'*actio iudicati* si desse anzitutto al *cognitor*, e poi al principale: al primo, con *taxatio* nei limiti delle spese giudiziarie sostenute; al secondo, per il resto. Così P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 93; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 178.

Per semplicità parleremo più avanti, al riguardo di questo e casi simili, di liti passate, senza ulteriore specificazione.

D. 3.3.31 pr. (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si quis, cum <cognitorio> [procuratorio] nomine condemnatus esset, heres extiterit domino litis, iudicati actionem non recte recusabit...*

Il procuratore è stato condannato; muore il *dominus litis*: il procuratore che gli subentra quale erede non potrà ricusare l'*actio iudicati*.

Anche questo testo riguardava originariamente il *cognitor*³³, per considerazioni analoghe a quelle svolte a proposito di D. 3.3.30. *Non recte recusabit*, diceva Ulpiano: questo vuol dire che il rappresentante avrebbe potuto, in sé e per sé, *recusare* l'*actio iudicati*. Nella specie, però, essendo egli l'erede del rappresentato, l'avrebbe fatto *non recte* talché l'azione contro di lui avrebbe dovuto avere il suo corso. Ora l'uso di *recusare* ha fatto pensare, a buon diritto, che l'idea espressa da Ulpiano fosse che di norma il rappresentante, pur legittimato passivamente all'azione, potesse pretendere che essa venisse denegata. Ma questo in età classica era vero, secondo la regola, in ordine al *cognitor*, non al *procurator*³⁴. Di qui la sostituzione, per restituire l'originale ulpiano, di *procuratorio* con *cognitorio*.

Nessun problema circa il momento della lite al quale si fa riferimento in questo passo: certamente *post rem iudicatam*. Con *dominus litis*, pertanto, Ulpiano si riferiva, come Paolo in D. 3.3.30, al soggetto rappresentato di una lite passata.

9. Come si vede, nei testi esaminati *dominus litis* indicava la persona rappresentata in giudizio, ora da un *cognitor* ora da un *procurator*, e con riguardo a liti future, in corso e già passate: per quanto riguarda le liti in corso, sia che si trattasse di liti non ancora contestate sia che si trattasse di liti per le quali aveva già avuto luogo la *litis contestatio*. In tutti il

³³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, 450; F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator* cit. (nt. 5) 547 nt. 1; Id., *Studi sul processo formulare* cit. 82; M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. § 13 [= *Fides, Humanitas* cit. 150].; diversamente: F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico* (Milano 1963) 151 s..

³⁴ Cfr. M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. § 13 e § 16 [= *Fides, Humanitas* cit. 149 ss., 155]. Sul punto, ancora *infra*, § 19, a proposito di CTh. 2.12.7.

sintagma designava il soggetto rappresentato contrapposto al soggetto che l'avrebbe sostituito, lo sostituiva o l'aveva sostituito nel processo.

10. Vediamo ora

D. 49.1.4.5 (Macer 1 *de appellat.*): *Si procurator, qui iudicio interfuit, victus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus, quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse. Sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.*

Macro si chiedeva se al *procurator*, soccombente nella lite condotta per il principale, fosse consentito proporre appello tramite altro *procurator*³⁵. Ostava il principio per cui il *procurator* non può a sua volta, per lo stesso affare, nominare altro *procurator*. Ma il giureconsulto superava l'ostacolo ricordando – se ne parla come di cosa già nota (*meminisse oportet*) – che il *procurator*, una volta contestata la lite, diventava egli stesso *dominus litis*³⁶.

Ecco quindi che, a differenza degli altri sette testi giurisprudenziali e delle due costituzioni imperiali classiche esaminate, ad essere detto *dominus litis* è qui non il rappresentato ma il rappresentante (*procurator*). Da notare poi, più specificamente, la contraddizione con il già visto D. 49.9.2, appartenente alla stessa opera *de appellationibus* di Macro (al I libro il fr. 4.5, al II libro il fr. 2), e anch'esso relativo al caso di un *procurator* che abbia contestato la lite e sia rimasto soccombente.

³⁵ Sul fr. 4.5, dal punto di vista della legittimazione ad appellare, tra gli ultimi: W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* cit. 351 s.; *ivi*, nt. 185, altra letteratura.

³⁶ Si trattava verosimilmente di una regola *vulgo dicta*: arg. ex D. 17.1.8.3 (Ulp. 31 *ad ed.*). Per il riconoscimento al *procurator* della facoltà di farsi sostituire, *post litem contestatam*, da altro *procurator*, v. C. 2.12.11.2 (Anton., a. 229) e, con argomento *e contrario*, D. 17.1.8.3 cit. e C. 2.12.8 (Anton., a. 223), ma in nessuno di questi testi si parla di *dominus litis*. Sulle regole *vulgo dictae*, un cenno *supra*, § 5, e *ivi* nt. 14. Si è ritenuto, specie in passato, che la stessa facoltà di fare ricorso a un sostituto si desse pure al *cognitor*. Così, in maniera apodittica, F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* cit. 108; per un cenno, v. pure O. BEHREND, *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS.* 88 (1971) 250 nt. 139. Manca però ogni testimonianza al riguardo. In senso contrario: P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 100 ss. Per la negazione della facoltà del *cognitor* di farsi sostituire v. pure C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 142, che argomenta *e silentio* da D. 3.3.24 (Paul. 8 *ad ed.*). Non prende posizione: D. NÖRR, *Eine unbekanntes Konstitution* cit. (nt. 5) 36.

In merito a quest'ultimo punto giova rilevare sin d'ora che la qualifica di *dominus litis* che in D. 49.1.4.5 si riconosce al *procurator* è mirata a rimuovere l'ostacolo costituito dalla regola che nega al procuratore la facoltà di farsi sostituire da altro procuratore. Non così in D. 49.9.2, dove il giurista non mostra di stabilire alcuna relazione tra la designazione di *dominus litis* riferita al rappresentato e la soluzione in fine adottata. E peraltro, a differenza che nel fr. 4.5, nel fr. 2 non si trattava di attribuire al *procurator* una facoltà ma, al contrario, di riconoscerla al principale; talché qualificare *dominus litis* il *procurator*, qualunque ne fosse stata la valenza, avrebbe potuto apparire controproducente. Nella fattispecie il procuratore, rendendo i conti, aveva deposto l'ufficio di procuratore (*eo cessante*) talché il giurista dovette ritenere possibile, e insieme più conducente per la soluzione che si apprestava a enunciare, qualificare *dominus litis* il rappresentato, secondo quello che era del resto l'uso più diffuso quale appare dai testi più in alto analizzati.

Sul fr. 4.5 avremo modo di tornare ancora ripetutamente più avanti (almeno nei § 13, 15 e 16).

11. A dare fondamento all'idea espressa da Macro in D. 49.1.4.5 dovette essere assai verosimilmente la dottrina espressa da Nerazio nel noto

D. 44.4.11 pr. (Nerat. 4 membr.): *Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dulus nocere alteri debet. Si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit, dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. Et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.*

Se agisce il procuratore, l'eccezione fondata sul suo stesso dolo non gli è opponibile, perché la lite appartiene ad altri ed egli è estraneo alla *res*, né il dolo dell'uno deve nuocere all'altro: in altre parole, il dolo del procuratore non deve nuocere alla persona *cuius nomine* il procuratore agisce. Se però si tratta di dolo (del procuratore) successivo alla *litis contestatio*, il dubbio se sia o non opponibile *in iudicium* l'eccezione per dolo di lui (*eo nomine*) è proponibile, perché con la *litis contestatio* la *res* diventa del procuratore e in certo qual modo egli già la conduce (*exequitur*) a suo nome. Si ritiene

che possa essere opposta eccezione per dolo del procuratore. La stessa cosa si deve dire per il tutore che agisca a nome del pupillo³⁷.

Che il testo riguardasse il procuratore anche nell'originale classico, quanto meno da *si post litem contestatam*, si deve ritenere sicuro, ed è largamente riconosciuto in dottrina³⁸.

Ecco quindi che, secondo Nerazio, *ante litem contestatam* la *lis* è del rappresentato, dopo la *litis contestatio* la stessa *lis* – ora detta *res* (da intendere *res in iudicium deducta*) – diventa del *procurator* (*res procuratoris fit*). Il senso del discorso era certamente che, *lite contestata*, il *procurator* diveniva soggetto processuale, assumendo formalmente il ruolo di parte del rapporto che si costituiva con la *litis contestatio* qualunque fosse il tipo e la natura del giudizio. È peraltro probabile che Nerazio abbia avuto riguardo fundamentalmente ai *iudicia legitima in ius e in personam*, e che il senso del suo discorso sia stato specificamente questo: prima della lite titolare della posizione giuridica controversa è il rappresentato; con la *litis contestatio* si estingue il *dare oportere*³⁹; ne prende il posto un *condemnari oportere*, che non fa più capo, però, al rappresentato ma al rappresentante⁴⁰. Questi, pertanto, è adesso titolare del rapporto controverso: non del rapporto sostanziale (di cui rimane titolare il rappresentato) ma del rapporto processuale.

Nerazio andò poi oltre: dal momento della *litis contestatio*, aggiunse, il procuratore 'in certo qual modo' – *quodammodo* – conduce la lite (*exequitur*) *suo nomine*. *Quodammodo* scrisse Nerazio, non propriamente, quindi, perché propriamente il *procurator*, come ogni altro sostituto processuale (*cognitor*, *tutor*, etc.), agisce *alieno nomine*⁴¹.

³⁷ Sul testo, da altro punto di vista, tra gli ultimi: M. MARRONE, *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla litis contestatio*, in *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo (Padova 2006) 422 ss., e lett. richiamata ivi nt. 9 [anche in *Annali Palermo* 50 (2005) 189 ss., 190 nt. 9]. *Ivi*, 426 ss. [= *Annali Palermo* 50 cit. 193 ss.], su. D. 44.4.4.18 (Ulp. 76 *ad ed.*), dove è trattata la stessa questione di D. 44.4.11 pr. (*exceptio doli* per dolo del procuratore).

³⁸ La stessa soluzione (opponibilità dell'eccezione per dolo del sostituto) sarebbe stata impensabile se si fosse trattato di un *cognitor* perché in tal caso il principale, non potendo ripetere l'azione (Gai 4.98), avrebbe patito un intollerabile pregiudizio. D'altro canto, che il passo sia stato formalmente rimaneggiato, quanto meno accorciato, è fuori discussione.

³⁹ Gai 3.180.

⁴⁰ Cfr. F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator* cit. 537; W. D. GEHRICH, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionformen des klassischen Rechts* (Göttingen 1963) 40.

⁴¹ È possibile che il giurista, dicendo che il procuratore *quodammodo* conduce la lite *suo nomine*, intendesse riferirsi anche alla necessità della presenza del nome del *procurator* nel

12. Giova a questo punto notare che la stessa idea, sviluppata da Nerazio in D. 44.1.14 pr. e da questo giurista riferita al *procurator*, dovette assai verosimilmente essere espressa dai classici anche nei confronti del *cognitor*. Lo fa pensare un testo, per vero assai lacunoso, dei *Fragmenta Vaticana*, il 341 (di autore incerto), relativo all'editto pretorio sulla *translatio iudicii* c. d. *cognitoria*, per cui il principale *post litem contestatam* avrebbe potuto per gravi motivi pretendere il trasferimento della lite a se stesso o ad altro *cognitor*⁴². Ebbene, è in *Fragm. Vat.* 341 che, a un certo punto, dopo un'ampia lacuna si leggono le parole *cognitoris sit effecta*, che pressoché tutti gli editori leggono premettendo *lis (lis cognitoris sit effecta)*, col risultato di fare intendere che, con la *litis contestatio* (la procedura della *translatio* presupponeva appunto una lite già *contestata*), la lite diventasse propria del *cognitor*. Ciò è affatto credibile⁴³ perché, non meno del *procurator*, pure il *cognitor* agiva *alieno nomine*, e pure il *cognitor*, una volta contestata la lite, acquistava formalmente il ruolo di parte processuale⁴⁴.

È tuttavia possibile ritenere che a suggerire a Nerazio quel che egli in D. 44.4.11 pr. riferì al *procurator* siano state anche ragioni ulteriori, di ordine diverso rispetto a quelle di cui s'è detto. Il giurista può avere pensato anche all'indipendenza nella gestione della lite e alla disponibilità del rapporto contestato, l'una e l'altra riconosciute al *procurator* e negate al *cognitor*, ché fin tutta l'età classica *post litem contestatam* il *procurator*, a differenza del *cognitor*, non poteva essere estromesso dal processo contro la sua volontà; gli era riconosciuta la facoltà di intervenire nel giudizio in corso; poteva validamente ricevere la prestazione con conseguente assoluzione del convenuto; e, soprattutto, definita la lite con sentenza di condanna, era legittimato all'*actio iudicati*⁴⁵; nell'ambito della *cognitio extra ordinem* il *procurator*

testo dell'eccezione di dolo di cui alla *quaestio* in discussione: cfr. M. MARRONE, *Eccezione di dolo* cit. 25 s. [= *Annali Palermo* 50 cit. 192 s.].

⁴² Su ciò, *infra*, § 18, a proposito di C. 2.12.22.

⁴³ A torto scettico sulla possibilità di invocare *Fragm. Vat.* 341 quale testimonianza del concetto per cui *post litem contestatam* la lite comincia ad appartenere al *cognitor*: P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 120 nt. 3. Sul punto, un cenno presso D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution* cit. (nt. 5) 30 nt. 35.

⁴⁴ Notevole, in proposito, *Gai* 4.97, dove è detto che il *cognitor in locum domini substituitur* e *domini loco habetur*.

⁴⁵ Su tutto ciò: M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. § 13 e segg. [= *Fides, Humanitas* cit. 149 s.].

ebbe poi facoltà di proporre appello⁴⁶. Del tutto appropriata pertanto, anche da questo punto di vista, l'idea che con la *litis contestatio* la lite diventasse 'sua'.

13. Nerazio non qualificò *dominus litis* il *procurator post litem contestatam* espressamente, ma sostanzialmente sì. Dire che la lite è del *procurator* equivale a dire, almeno nel linguaggio classico maturo, che egli ne è *dominus*. Gli esponenti della dottrina condivisa da Macro nel più volte richiamato D. 49.1.4.5 si limitarono pertanto a esprimere in termini di *dominium* quel che Nerazio aveva espresso in termini di appartenenza.

Il testo di Macro, per vero, riguardava una fattispecie di lite non solo contestata ma anche decisa; una lite, pertanto, da ritenere estinta, e con essa estinto il relativo rapporto processuale; con la conseguenza che il *procurator, dominus litis* per effetto della *litis contestatio*, non avrebbe potuto essere più considerato tale in seguito alla sentenza. Ma giova qui richiamare quanto osservato più su (§ 7), a proposito di altro testo di Macro (D. 49.9.2), circa la diffusione dell'appello in età classica avanzata e gli effetti sospensivi della sentenza impugnata, per ritenere che, come in quel caso il giurista mostrò di considerare il giudizio di appello alla stregua della continuazione della lite *contestata* e decisa in primo grado, così, in vista della diversa ma (dal punto di vista che qui rileva) analoga fattispecie di D. 49.1.4.5, trattò alla stregua di lite *contestata* e in corso una lite decisa ma ancora appellabile. Solo che, per i motivi indicati più in alto (§ 10), in quel caso Macro indicò con *dominus litis* il rappresentato, qui il rappresentante.

14. A questo punto, pure se l'ordine cronologico dei testi considerati non sembra dare indicazioni, è possibile azzardare il seguente sviluppo.

Premetto. S'è già notato agli inizi come, a fronte di pochi testi nei quali ricorre il sintagma *dominus litis*, ve ne siano molti altri in cui, pur sempre con riguardo a fattispecie di rappresentanza processuale, si parla solo di *dominus*, senza il genitivo *litis*. Si tratta di testi soprattutto giurisprudenziali, e tutti databili dagli inizi del II secolo in poi: il più antico è di Nerazio (D. 2.11.14), dove le due espressioni – *dominus* e

⁴⁶ Cfr. D. 49.9.2 e C. 7.62.9, su cui *supra*, § 7.

dominus litis – sono adoperate scambievolmente. Già per questo – e anche per la tendenza, notissima, dei giuristi di fare ricorso assai spesso a espressioni abbreviate – è possibile che anche altrove, nei luoghi in cui si trattava di rappresentanti e rappresentati processuali, *dominus* sia stato adoperato al posto dell'intera espressione *dominus litis*⁴⁷. Ebbene, nel centinaio di passi nei quali, in questa materia, compare soltanto *dominus*, è stato facile notare che *dominus separatur ab eo aut opponitur ei, qui eius nomine agit (procuratori, cognitori, defensori)*⁴⁸. Non designa mai, pertanto, il sostituto processuale ma sempre e soltanto il sostituito, e quindi il (preteso) titolare del rapporto sostanziale controverso⁴⁹. E peraltro, i testi che qui vengono in considerazione si riferivano, così come quelli dove ricorre l'intera espressione *dominus litis*, a momenti diversi del processo: in più larga misura a liti future o iniziate⁵⁰, alcuni anche a liti in corso *post litem contestatam*⁵¹ o già passate⁵².

Ora è verosimile che l'uso di *dominus*, senza *litis*, nella nostra materia sia stato il più antico, del tempo in cui non era ancora consolidato il valore tecnico di *dominus* quale proprietario⁵³; e che abbia avuto la

⁴⁷ Nello stesso ordine di idee, come pare, F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator* cit. (nt. 5) 537 nt. 2. Al contrario, sembra diverso, in termini generali, il punto di vista di HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena 1926) 158 s., che attribuisce ai testi in cui *dominus* indica il rappresentato in giudizio valenza distinta rispetto agli altri in cui il rappresentato è detto *dominus litis*.

⁴⁸ Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II cit (nt. 3) s. v. *dominus*, 545 D 2.

⁴⁹ Fa eccezione C. 2.12.22, di Costantino, del 319, dove ad essere designato *dominus* è il *procurator*, con riguardo al tempo *post litem contestatam*. Ma v. più avanti, § 18.

⁵⁰ Si vedano, almeno: Gai 4.86, 4.87, 4.97, 101. *Fragm. Vat.* 317, D. 2.14.13 pr., D. 3.3.8.3, 10, 11, 12, 15 pr., 16, 29, 35.3, 39 pr.-1, 55, 73, D. 12.2.9.6, D. 12.2.18, etc. Vengono qui in considerazione anche i numerosi passi relativi alla *cautio ratam rem dominum habiturum*: ad es., Gai 4.84, 4.98, *Fragm. Vat.* 336, *Consult.* 3.8 (= P. S. 1.3.7), D. 3.3.39.2, 39.5 e 6, D. 5.1.56, etc., oltre ai tanti luoghi di D. 46.7.

⁵¹ Cfr. *Ulp. D.* 3.3.25, *Paul. D.* 3.3.26, *Ulp.* 27 pr.-1, *Ulp. D.* 5.1.56, *Pap. D.* 20.6.1.2, etc.; si veda anche *Fragm. Vat.* 341, pure se qui *dominus* è integrato dagli editori. I primi tre testi riguardavano nel testo classico il *cognitor*; così anche *Frag. Vat.* 341.

⁵² Cfr. *Fragm. Vat.* 317, 331, 332 e 339, *Paul. Sent.* 1.2.4, *Pap. D.* 21.1.66.3, *Ulp. D.* 42.1.4 pr., *Paul. D.* 44.4.9, etc. Alcuni di questi passi riguardavano in origine il *cognitor* (*Paul. Sent.* 1.2.4, D. 42.1.4 pr., D. 44.4.9), altri il *procurator* (*Fragm. Vat.* 331 e 332, D. 21.1.66.3), i rimanenti (*Fragm. Vat.* 317 e 339) sia il *cognitor* sia il *procurator*.

⁵³ Sul tema: R. MONIER, *La date de l'apparition du dominium*, in *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli 1948) 357 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Köln-Graz 1956) 308 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali Palermo* 30 (1967) 418 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I (Milano 1969) 477 ss.

valenza, generica, di principale, padrone dell'affare per cui si litigava, così indicando, in definitiva, la persona rappresentata in giudizio, il titolare (o preteso tale) della posizione giuridica in contestazione, senza differenza tra liti future, in corso o già decise.

Da un certo momento, non precisabile, verosimilmente dai primordi dell'età classica, si cominciò a parlare di *dominus litis*. Da notare, in proposito, che il termine *lis* designa sempre, nei testi giurisprudenziali, una controversia giudiziaria⁵⁴. Dapprima dovette indicare, al posto di *res*, l'oggetto corporale controverso, ma presto certamente fu adoperato per designare, ancora al posto di *res*, la questione controversa⁵⁵: specificamente, dapprima, la *res in iudicium deducta*. Se questo è vero, bisogna ritenere che con l'impiego di *dominus litis* si sia voluto esprimere in maniera più incisiva che col semplice *dominus* l'idea del titolare della posizione giuridica sostanziale in contestazione⁵⁶, e insieme l'idea del titolare della *lis*, della persona cui la lite appartiene, perché la lite è 'sua', così come al *dominus rei* appartiene la *res* (significativa, in proposito, anche la testimonianza di Paolo in D. 3.3.69). Anzi espresse dapprima qualcosa di più specifico, che la lite di cui si tratta è appunto una *lis*, e quindi una *res in iudicium deducta*⁵⁷; onde la valenza di *dominus litis* come titolare sostanziale di una lite che è andata oltre la fase iniziale essendo già pervenuta alla *litis contestatio*; una lite, peraltro, non ancora definita, destinata a estinguersi una volta emanata la sentenza.

Ma con *dominus litis* si pensò talvolta, non è possibile precisare da quando, anche al titolare del rapporto processuale che si costituiva in virtù della *litis contestatio*, e pertanto non tanto al rappresentato quanto al rappresentante. Ciò, peraltro, con riguardo più al *procurator* che al *cognitor* essendosi attribuito al nostro sintagma il valore ulteriore di persona che dispone della lite da padrone: un valore, questo, che dovette apparire bene appropriato se riferito al *procurator post litem contestatam* ma che (almeno da un certo momento) mal si attagliava

⁵⁴ Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, III 2 (Berlin – New York 1983) s. v. *lis*, 1638 ss.

⁵⁵ Sull'argomento, fondamentale: H. KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*, I (Breslau 1887) 248 ss.; *adde.* J. G. WOLF, *Die litis contestatio im röm. Zivilprozess* (Karlsruhe 1968) 33 s.; M. KASER u. K. HACKL, *Das röm. Zivilpr.*² cit. (nt. 9) 75; *ivi*, nt. 35, *altra* letteratura.

⁵⁶ Cfr. F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator* cit. 537 nt. 2.

⁵⁷ Cfr. P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 119.

al *cognitor* il quale, come si è già avuto modo di notare (§ 12), aveva perduto l'originaria posizione di indipendenza nella conduzione della lite già istituita.

Sin qui gli usi tecnici del nostro sintagma; il quale, peraltro, fu al contempo pure (anzi in prevalenza) adoperato – come già prima (e contemporaneamente) *dominus* – in accezione non tecnica, più scolorita, per indicare il rappresentato-titolare del rapporto sostanziale di liti solo iniziate, ancora da iniziare, e pure passate⁵⁸.

Questo sviluppo deve essere messo in relazione con un uso meno tecnico di *lis*, che andava oltre quello di *res in iudicium deducta*; ché di *lis* i classici parlarono anche, e assai più spesso, in un senso generico, tutto sostanziale, di controversia giudiziaria⁵⁹; con riferimento pertanto a liti ancora da iniziare, soltanto iniziate, e anche già decise sin quando la parte vincente non fosse stata soddisfatta in ordine alla pretesa fatta valere e il soccombente non fosse più esposto, per essa, a procedura esecutiva.

15. Il valore di *dominus litis* appare quindi essere stato presso i classici fondamentalmente quello di rappresentato in giudizio, sostituito, e come tale titolare del rapporto sostanziale, sia per liti condotte da un *cognitor* sia per di liti condotte da un *procurator*⁶⁰. Il valore originario, di titolare sostanziale di liti in corso *post litem contestatam* – anche se condotte personalmente (*suo nomine*) dall'interessato – è attestato in D. 12.3.7 e in C. 7.45.1 (§§ 5 e 6), ed è confermato – giusta quanto osservato nel § precedente circa la possibile equivalenza di *dominus* e *dominus litis* – da altri luoghi classici, insospettabili dal nostro punto di vista, nei quali con lo stesso valore di *dominus litis* ricorre semplicemente *dominus*⁶¹.

Il solo tra i testi dell'età del principato in cui *dominus litis* indica il rappresentante – specificamente il *procurator* (in quanto titolare del rapporto processuale) – è, come sappiamo, D. 49.1.4.5 (§ 10), di

⁵⁸ Così in D. 2.11.14, D. 20.6.8.2, D. 46.7.10, D. 3.3.30, D. 3.3, 31 pr.: §§ 3, 4 e 8.

⁵⁹ Cfr. *supra*, nt. 54.

⁶⁰ Con la stessa espressione, pertanto, avrebbero potuto essere indicati anche il pupillo quando per suo conto agiva il tutore, il minore quando per suo conto agiva il curatore, e così via. Sta di fatto però che, nelle nostre fonti, *dominus litis* ricorre esclusivamente in contesti relativi a *cognitor* o *procurator*. Si veda tuttavia D. 12.3.4 pr. (Ulp. 36 *ad ed.*), dove ad essere detto *dominus* (ma senza il genitivo *litis*) è il pupillo, *cuius nomine tutelae actio postulatur*.

⁶¹ V. i passi richiamati *supra*, nt. 51.

Macro, dove si legge «*procurator lite contestata dominus litis efficitur*». Il giurista, come affatto evidente (arg. ex *meminisse oportet*), faceva sua una dottrina già nota⁶², che a sua volta era stata implicitamente anticipata da Nerazio in D. 44.4.11 pr. (§ 10)⁶³, e poi, come si deve ritenere, portata a compimento da altri autori che non conosciamo, gli stessi cui attinse Macro.

Sembra pertanto che sulla valenza di *dominus litis* vi siano state presso tra i classici, limitatamente però al tempo *post litem contestatam* dei giudizi ancora in corso, posizioni contrapposte.

16. Ma vi fu al riguardo una vera e propria contrapposizione? Sembrerebbe di sì.

Non può tuttavia essere senza significato al riguardo il fatto che in pressoché tutti i testi classici in cui *dominus litis* indica la persona del rappresentato (e in tutti gli altri in cui con lo stesso valore si parla solo di *dominus*), all'impiego dell'espressione non sia dato alcun particolare risalto: essa sembra essere soltanto indicativa di una delle parti in gioco.

Non così in D. 49.1.4.5, di Macro, dove il sintagma è riferito al *procurator post litem contestatam* e dove ad essere qualificato *dominus litis* è il titolare non del rapporto sostanziale ma del rapporto processuale: qui, come già notato, è affatto evidente che la qualifica di *dominus litis* riconosciuta al *procurator* giovi al giurista ai fini della soluzione. In maniera analoga sono mirate alla soluzione le osservazioni sul *procurator post litem contestatam* di Nerazio in D. 44.4.11 pr., fatte proprie e portate a compimento dagli autori della dottrina condivisa da Macro. Se insieme a ciò si tiene presente quanto già rilevato circa il confronto tra D. 49.1.4.5 e D. 49.9.2 (§ 19) – ambedue di Macro ed escerpiti dalla stessa opera ma dove, per fattispecie analoghe, *dominus litis* è riferito a soggetti diversi – non deve sembrare del tutto azzardato (se si fa mente ai metodi giurisprudenziali di indagine, di impronta prevalentemente casistica) supporre che, se non tutti, almeno i più tra i classici riconoscessero a *dominus litis* i due valori, di titolare del rapporto sostanziale e di titolare del rapporto processuale, e che ricorressero all'uno all'altro di essi a secondo del risultato ritenuto preferibile.

Sin qui le fonti classiche.

⁶² Forse una regola *vulgo dicta*: cfr. *supra*, nt. 36.

⁶³ Ma v. pure *Fragm. Vat.* 341: *supra*, § 12.

17. La posizione dei giuristi che, per il tempo *post litem contestatam*, avevano qualificato *dominus litis* il *procurator* risulta essere stata condivisa – ormai evidentemente disancorata da ogni riferimento formulare – dalle cancellerie di Costantino e Giuliano l’Apostata: rispettivamente in C. 2.12.22, del 319, e CTh. 2.12.1 (= C. 2.12.23), del 363. Non vi sono al riguardo, sino a oltre il IV secolo, testimonianze contrarie. Non rileva in proposito C. 2.12.24 (Grat., Valent. et Theod., a. 382) perché, a parte il fatto che il testo faceva riferimento al tempo precedente l’istituzione del giudizio (*in principio quaestionis*), nella stesura originale, che è in CTh. 2.12.3 (= Consult. 3.13), non si parlava di *dominus litis*⁶⁴.

Interessa invece immediatamente il nostro punto di vista la tarda legge di Teodosio e Valentiniano in CTh. 2.12.7, del 424, dove ad esser detto *dominus litis*, anzi *dominus causae*, espressione evidentemente equivalente, per il tempo *post litem contestatam* è decisamente il soggetto rappresentato in giudizio.

18. Cominciamo dall’esame di C. 2.12.22 e CTh. 2.12.1.

C. 2.12.22 (Constant., a. 319): *Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominis effectis ii qui mandaverant non habeant facultatem negotia persecuendi, nisi capitales inimicitiae vel morbus vel alia necessaria causa intercesserit. tunc enim etiam invitis his transferri lis potest.*

Per valutare compiutamente il testo bisogna prendere le mosse dall’editto pretorio che diede facoltà al rappresentato di rimuovere *post litem contestatam*⁶⁵ il *cognitor*, previa *translatio iudicii*: c. d. *translatio iudicii cognitoria*. Il pretore, su istanza del principale, provvedeva *causa cognita*, dando luogo al trasferimento del *iudicium* dal *cognitor*

⁶⁴ Su CTh. 2.12.3 – una fondamentale legge di riforma del processo postclassico in ordine alla rappresentanza in giudizio – e sul confronto con C. 2.12.24 – che la adegua al punto di vista del diritto giustiniano – cfr. A. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle 1873) I, 500; F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* cit. (nt. 26) 218 ss.; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. (nt. 5) 210 ss.; R. MECKE, *Die Entwicklung des procurator ad litem*, in *SDHI* 28 (1962) 119 s., 123, 159; D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess* (München 1969) 78 ss.; P. ANGELINI, *Il procurator* (Milano 1971) 212.

⁶⁵ La revoca del *cognitor ante litem contestatam* non aveva dato luogo a problemi, ed era sempre stata ammessa: cfr. D. 3.3.16 (Paul 8 a ed.), D. 46.7.7 (Gai. 27 ad ed. prov.); M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit., § 9, e *ivi* nt. 54 [= *Fides, Humanitas* cit. 141, e *ivi* nt. 54].

al *dominus*, o ad altro *cognitor*, solo per gravi motivi, a prescindere dal consenso del primo *cognitor*: se del caso, pertanto, anche contro la sua volontà. Le *causae* per cui si poteva procedere a *translatio* andavano valutate dal pretore caso per caso⁶⁶. Si discute in dottrina se durante l'età del principato sia stata ammessa una *translatio procuratoria* non edittale. Pare di sì, ma comunque d'accordo col procuratore, e d'accordo pure con l'altra parte del giudizio⁶⁷.

Ebbene, la cit. 22, dopo avere negato al rappresentato di potere, *post litem contestatam*, procedere autonomamente per lo stesso affare perché, con la *litis contestatio*, il procuratore è divenuto lui il *dominus* – un termine evidentemente adoperato al posto dell'intera espressione *dominus litis*⁶⁸ –, fa salvi i casi di inimicizia, grave malattia o altra *causa necessaria*: il rappresentato, si dice, potrà allora ottenere che la lite gli sia trasferita anche contro la volontà del procuratore.

Siamo pertanto, come da tempo riconosciuto⁶⁹, di fronte al provvedimento legislativo che estese in via generale ai giudizi condotti da *procuratores* la *translatio iudicii cognitoria*. In definitiva, la costituzione in esame rafforzò la posizione dei procuratori nel processo⁷⁰: il regime classico comportava che il principale, poiché il *procurator* non deduceva in giudizio il rapporto sostanziale (Gai 4.98), potesse non ratificarne l'operato e riproporre il giudizio *ex novo*. Non erano mancate deroghe, anche significative⁷¹, ma la regola non era cambiata. La c. 22 – pure

⁶⁶ Cfr. Fragm. Vat. 341 (*auct. inc.*), D. 3.3.17 pr.-2 (Ulp. 9 *ad ed.*) e i frr. che seguono dello stesso titolo, sino al fr. 26; M. KASER u. K. HACKL, *Das röm. Zivilpr.*² cit. (nt. 9) 353 s.; M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit., § 12, e gli autori richiamati *ivi* nt. 85 [= *Fides, Humanitas* cit. 147 s., e *ivi* nt. 85]..

⁶⁷ Cfr. G. BROGGINI, *A propos de mutatio iudicii et de translatio iudicii*, in *TR* 27 (1959) 334 nt. 82 [= *Coniectanea. Studi di diritto romano* (Milano 1966) 252 nt. 82]; M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit., § 16, e *ivi* t. 108 [= *Fides, Humanitas* cit. 156 e *ivi* nt. 108].

⁶⁸ Cfr. Macer D. 49.1.4.5 cit.: *Sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur...*

⁶⁹ Cfr. P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. (nt. 5) 115 s.; C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 155 s.

⁷⁰ Ciò verosimilmente, in linea con la considerazione sociale delle persone – non di rado avvocati, una classe tenuta in alta considerazione (ma con alti e bassi) – che erano solite assumere il ruolo di *procuratores*. Su questi problemi, molto discussi, M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, III (Bonn 1866) 167 s.; D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution* cit. (nt. 5), 34; R. ANDREOTTI, *Problemi della Constitutio de postulando attribuita all'imperatore Giuliano e l'esercizio della professione forense nel tardo Impero*, in *RIDA*. XIX (1972) 167 ss., 212.

⁷¹ Cfr. M. KASER u. K. HACKL, *Das röm. Zivilpr.*² cit. 216 s.

se in termini non facili da rapportare al regime precedente così come espresso dai giuristi classici – la negò radicalmente, salva la possibilità, affatto eccezionale, di ottenere *translatio iudicii*.

E peraltro, il rilievo che nella stessa costituzione si volle dare all'acquisto della qualifica di *dominus* in capo al *procurator* appare correlato al rafforzamento della sua posizione processuale.

CTh. 2.12.1 (Iulianus, a. 363): *Nulla dubitatio est post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litis procuratorem effectum etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire, quippe cum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos inchoata transmittere veteris iuris voluerint conditores.*

La stessa costituzione fu accolta in C. 2.12.23, con la soppressione delle parole *et ad heredes suos inchoata transmittere* e con qualche modifica formale⁷².

Nessun dubbio, si dice, che, una volta istituito il giudizio⁷³, poiché il procuratore è diventato *dominus litis*, dopo la morte del mandante egli potrà terminare i giudizi iniziati, stante che i *veteris iuris conditores* vollero che egli potesse pure farsi sostituire da un procuratore e trasmettere agli eredi i rapporti processuali già costituiti (*inchoata*).

⁷² Cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in *Annali Palermo*, 16 (1931) 154 nt. 1, 304, 331 nt. 1, 464 nt. 1. La soppressione del tratto *et ad – transmittere* potrebbe fare ritenere che la soluzione compilatoria fosse di negare il passaggio della lite contestata agli eredi del procuratore, così come in CTh. 2.12.7, del 424, che vedremo nel prossimo §. Ma la c. 7 non fu compresa nel Codice giustiniano. La questione può qui essere lasciata da parte.

⁷³ Con le parole 'una volta istituito il giudizio', intendo 'una volta pervenuti a un momento del giudizio al quale, sia nel testo originale sia in quello giustiniano, andavano riferiti gli effetti che nel processo formulare erano propri della *litis contestatio*'; e, pertanto, anche alla semplice chiamata in giudizio; in ogni caso, anche alla *litis contestatio* del processo giustiniano, fatta coincidere con l'istituzione del contraddittorio: cfr. M. KASER u. K. HACKL, *Der röm. Zivilpr.*², cit., 589, 594; M. MARRONE, *Personae, petitum e causa petendi, tra preclusione, litispendenza e autorità del giudicato*, in *Studi in onore di A. Pensavecchio Li Bassi*, I, Milano 2004, 714 s. [anche in M. MARRONE, *Scritti giuridici*, II (Palermo 2003) 826]. Ebbene, le parole *post causam in iudicio publicatam* del Teodosiano fanno pensare già a un momento successivo alla chiamata in giudizio (diversamente Cuiacio, cit. da L. CHIAZZESE, *Confronti* cit. 331 nt. 1, che le riferiva alla *litis denuntiatio*: onde l'intervento compilatorio); ancor di più fanno pensare a un momento successivo alla chiamata in giudizio le parole *post causam in iudicio agitatam* del Codice giustiniano, che rinviano al contraddittorio già istituito.

Si tratta in buona sostanza, come peraltro dichiarato col richiamo ai *veteris iuris conditores*, di soluzioni già proprie del diritto classico⁷⁴.

Anche qui, come nel testo precedente di oltre 40 anni prima, il *procurator post litem contestatam* è qualificato *dominus litis*; e anche qui, come ogni volta che si riconosce la stessa qualifica al *procurator post litem contestatam*, essa è evidentemente correlata (arg. ex *utpote*) alla decisione, o decisioni, che si vanno ad adottare.

19. Di tutt'altra intonazione nel punto che più direttamente interessa è

CTh. 2.12.7 (Theod. et Valentin., a. 424). *Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime eius quaerantur heredes, ne de supervacuo domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum. Nec sane videtur incongruum cognitore, cum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit in iudicio prosperiore fortuna vel eadem reflante devictus, iudicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino. Et haec quidem in actoris persona de litis ministro edixisse sufficet; ceterum in rei quoque idem licere non dubium*

⁷⁴ Così, certamente, per quanto riguarda la morte del principale del *procurator* (morto il principale, la lite continuava in testa al *cognitor*: arg. ex Ulp. D. 3.3.31 pr.; a fortiori doveva continuare il testa al *procurator* con la morte del suo principale). In merito alla facoltà riconosciuta allo stesso *procurator* di farsi sostituire da altro *procurator*, v. *supra*, nt. 36, a proposito di D. 49.1.4.5. Circa la successione degli eredi del procuratore – affermata dagli estensori di CTh. 2.12.1 nel tratto *et ad heres - transmittere*, soppresso dai compilatori del *Codex Justinianus* – la soluzione classica doveva essere sostanzialmente la stessa; solo che, poiché con la morte di una parte processuale il giudizio si interrompeva, sarebbe occorsa *translatio iudicii*; nel cui ambito il pretore avrebbe trasferito il giudizio in capo agli eredi del *procurator* (cioè, a differenza che nel caso di morte del *cognitor*: *infra*, § 19, e ivi nt. 78). Da notare che l'autore della *interpretatio* alla costituzione di Giuliano riferì la decisione al *procurator in rem suam*, evidentemente indottovi dalle riforme di CTh. 2.12.7 (*infra*, § 19). Su CTh. 2.12.1 = C. 2.12.23 e sui problemi che il testo solleva: F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* cit. 244 s.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo* cit. (nt. 30), 98 s.; e, soprattutto: D. NÖRR, *Eine unbekannte Komstitutio* cit. 27 ss.; presso questo autore, ampiamente, sulla *constitutio Iuliani de postulando*, direttamente riguardante il *cognitor*, anch'essa di Giuliano, la cui stretta relazione con CTh. 2.12.1 è affatto evidente. Sulla *constitutio Iuliani de postulando*, da altro punto di vista, R. ANDREOTTI, *Problemi della Constitutio de postulando* cit (nt. 70) 181 ss.

est, quamvis abunde legum veterum observatione munita sit, quae, si in rem quoque suam cognitor vel procurator quis fuerit ordinatus, simili modo nihil novi requirere patiuntur.

Accanto al *procurator* ritroviamo, in questa tarda c. postclassica, il *cognitor*: una figura ancor viva al tempo di Giuliano⁷⁵ ma che si era poi andata oscurando e che veniva ormai praticamente confusa col *procurator praesentis*⁷⁶. Anche la c. 7, come le precedenti di Costantino e di Giuliano già esaminate, faceva riferimento alla fase del giudizio *post litem contestatam* ma, a differenza di queste e con espreso riferimento a liti condotte vuoi da *cognitores* vuoi da *procuratores*, riservò ripetutamente la qualifica di *dominus* della lite – qui detto *dominus causae* – al rappresentato, in evidente esplicita contrapposizione al rappresentante; il quale, a sua volta, viene nella stessa costituzione più volte qualificato semplicemente *minister litis*.

L'impressione immediata è di essere di fronte a un ridimensionamento dell'alta considerazione del *procurator* quale emerge dalle due costituzioni viste prima⁷⁷: un ridimensionamento che procede parallelamente a un sostanziale indebolimento della posizione di *cognitor* e *procurator* e conseguente rafforzamento della posizione giuridica del soggetto rappresentato in giudizio, appunto il *dominus causae*. Giuliano aveva riconosciuto che, morto il *procurator*, la lite passasse ai suoi eredi. La c. di Teodosio e Valentiniano, al contrario, stabilì che, morti *cognitor* o *procurator post litem contestatam*, il giudizio già istituito tornasse automaticamente nelle mani del principale, e vi tornasse *statim*: da intendere, senza necessità di dovere attivare quel procedimento di *translatio iudicii* che, come sappiamo, era prima richiesto (almeno sin tutta l'età classica) quando moriva una delle parti del giudizio; i cui sbocchi, peraltro, nel contrasto tra le parti, erano generalmente diversi a

⁷⁵ Cfr. la *const. de postulando* richiamata nella nota precedente.

⁷⁶ Cfr. F. EISELE, *Cognitur und Procuratur* cit. 221 s., C. WIRBEL, *Le cognitor* cit. 213 ss., D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution* cit. 32 s.; M. KASER u. K. HACKL, *Der röm. Zivilpr.*² cit. 560. L'assimilazione del *cognitor* al *procurator praesentis* si può scorgere anche nella *interpretatio* alla nostra c. 7: *Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit*, etc; ed è ripresa ancora, dopo Giustiniano, nell'opera erudita di Isidoro di Siviglia, *Differentiae* I.123: *Inter cognitorem et procuratorem. Cognitor non nisi praesens a praesente datur, procurator autem et absens constituitur adversus absentem.*

⁷⁷ Cfr. *supra*, §18, e ivi nt. 70.

seconda che si trattasse di morte del *cognitor* o morte del *procurator*: nel primo caso, il pretore avrebbe privilegiato il principale⁷⁸, nel secondo caso, gli eredi del procuratore⁷⁹. La c. 7 unificò le posizioni di *cognitor* e *procurator* stabilendo che in ogni caso la lite tornasse *statim* al principale.

La stessa costituzione affermò al contempo non essere ‘incongruo’ che, definita la lite ad opera del rappresentante e con una sentenza di condanna, l’*actio iudicati* si desse *sine ulla cunctatione* al o contro il rappresentato, ora nuovamente designato *dominus*. Ne risultò così modificato il precedente regime giuridico: meno in relazione al *cognitor*, di più in relazione al *procurator*. Anche in età classica, infatti, l’azione del giudicato si dava al o contro il principale del *cognitor* ma *iure praetorio* e previa *causae cognitio*⁸⁰; pure a norma della c. 7 l’*actio iudicati* avrebbe dovuto essere data al o contro il principale, ma *sine ulla cunctatione*: direttamente, e quindi a prescindere da *causae cognitio*. Più profonda, dicevo, e assai più incisiva nella sostanza, la novità rispetto al diritto classico per quanto riguarda il *procurator*, che era direttamente legittimato all’*actio iudicati* sia dal lato attivo sia dal lato passivo⁸¹, e che adesso viene del tutto parificato al *cognitor*.

La costituzione 7, infine, confermò il diritto precedente in merito alla posizione di *cognitor* e *procurator in rem suam*.

20. Lo stato delle fonti che direttamente ci riguardano nella compilazione giustiniana è il seguente: salvo errori, i testi con *dominus litis* sono quattordici. Di questi solo tre indicano il sostituto processuale (D. 49.1.4.5, C. 2.12.22 e C.2.12.23), e riguardano liti contestate e ancora in corso. A fronte di questi stanno undici passi – ai nove classici già esaminati (§ 3 e segg.) bisogna aggiungere I. 4.11.3 e C. 2.12.24 – dove *dominus litis* designa la persona rappresentata in giudizio: riguardano

⁷⁸ Cfr. P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii* cit. 104 ss.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo* cit. 99 nt. 71; D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution* cit. 30 s. Il pretore avrebbe invece privilegiato gli eredi del *cognitor* se si fosse trattato di *cognitor in rem suam*: cfr. la *constitutio Iuliani de postulando*, relativa appunto, come sembra, al *cognitor in rem suam*: cfr. D. NÖRR *Eine unbekannte Konstitution* cit. 28 ss.

⁷⁹ Cfr. *supra*, nt. 74.

⁸⁰ Cfr. *supra*, § 8, a proposito di D. 3.3.30 e 31 pr. Che l’azione del giudicato nei confronti del principale del *cognitor* si desse *causa cognita* è detto in *Fragm. Vat. 331* (*Papin. 2 resp.*).

⁸¹ Cfr. *Fragm. Vat. 317* (*auct. inc.*).

per lo più liti future, solo iniziate o passate; alcuni di essi anche liti contestate e in corso (§§ 5-7). Il riferimento dell'espressione al soggetto rappresentato è pertanto nettamente predominante. Può giovare al riguardo ulteriormente osservare che il citato testo delle Istituzioni (I. 4.11.3) è tutto di fattura giustiniana⁸², e che nella c. 24 di C. 2.12 l'attribuzione della qualifica di *dominus litis* al principale è di mano dei compilatori: mancava infatti nel testo originario, che sta in CTh. 2.12.3 (= Consult. 3.13). Giova ancora ricordare che nel *Corpus Iuris* figurano un centinaio di passi nei quali *dominus* – riferito alla persona sostituita in giudizio, mai al *procurator* o ad altro sostituto processuale – appare molte volte del tutto corrispondente a *dominus litis*⁸³.

Nessun dubbio, pertanto, che in termini generali il *dominus litis* del *Corpus Iuris* è il rappresentato, e quindi il titolare sostanziale del rapporto giuridico in contestazione.

Con specifico riguardo, però, a liti contestate e ancora in corso, è necessario un discorso a parte. S'è visto poco più in alto che la cancelleria imperiale di Costantino, nel 319, e quella di Giuliano, nel 363 – rispettivamente in C. 2.12.22 e CTh. 2.12.1 (= C. 2.12.23) – con evidente determinazione qualificarono *dominus litis* il *procurator post litem contestatam*; di contro, qualche tempo dopo, nel 424, gli estensori di CTh. 2.12.7, di Teodosio e Valentiniano, con non minore determinazione e con riguardo pure a liti contestate e in corso, negarono la stessa qualifica al rappresentante (*cognitor* o *procurator*), riservandola al principale rappresentato; né si mancò di sottolineare che *cognitor* e *procurator* dovevano essere considerati niente più che *ministri litis*. Ebbene, le costituzioni di Costantino e Giuliano entrarono a far parte del Codice giustiniano, quella di Teodosio e Valentiniano, no. Vuol dir questo che i compilatori, in merito alla qualificazione di *dominus litis*, condivisero il punto di vista richiamato da Macro in D. 49.1.4.5 e fatto proprio dalle cancellerie imperiali di Costantino e Giuliano? Sembra di sì⁸⁴. Lo dico con le cautele del caso, perché è sempre azzardato, specie in questioni tecniche e di qualificazione giuridica come questa, pretendere che i compilatori

⁸² Cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle "Istituzioni" di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1901) 199 s. [= C. FERRINI, *Opere. Studi sulle fonti del diritto romano*, II, Milano 1929, 414].

⁸³ Cfr. *supra*, § 14.

⁸⁴ Diversamente F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator* cit. (nt. 5) 537 nt. 2; v. pure, già, E. BETTI, *D. 42.1.63* cit. (nt. 5) 346. Poco o nulla, sulla questione, ci dicono le fonti bizantine: cfr. D. NÖRR, *Eine unbekannte Konstitution* cit. 34 nt. 68.

abbiano avuto un orientamento unitario, o comunque pretendere di stabilire il punto di vista più corretto alla luce di una interpretazione complessiva del *Corpus Iuris* (come era uso fare un tempo).

Per vero, i luoghi del *Corpus Iuris* che designano *dominus litis* il rappresentato per liti contestate e in corso sono in lieve maggioranza rispetto agli altri che indicano il rappresentante (4 contro 3)⁸⁵. Ma, più che il dato quantitativo – in sé di scarsa entità – a me sembra che abbia peso in proposito il fatto che, a differenza di tutti gli altri testi in cui ricorre *dominus litis*, nei tre dove lo stesso sintagma indica il *procurator* la relativa qualifica riconosciuta al procuratore gioca, come ogni volta a suo luogo rilevato⁸⁶, valore determinante per la decisione. Non meno significativa è la presenza nella compilazione del passo di Nerazio (D. 44.4.11 pr.), che non qualifica *dominus litis* il procuratore ma afferma, anche qui in relazione diretta alla soluzione prospettata dal giurista, che la lite con la *litis contestatio* è diventata propria del procuratore⁸⁷.

Per il diritto del *Corpus Iuris* non si può andare oltre. Ché, per evidenti motivi, non vi si può estendere quanto si è osservato più in alto (§ 16) circa la posizione della giurisprudenza classica. Mi riferisco al rilievo per cui è affatto verosimile che gli stessi giuristi (considerato il metodo di indagine loro proprio, prevalentemente casistico), in merito alle liti contestate e ancora in corso possano avere qualificato *dominus litis* ora il rappresentato (in quanto sostanziale titolare del rapporto in contestazione) ora il rappresentante (in quanto titolare del rapporto processuale), optando di volta in volta per l'una o l'altra valenza a secondo del risultato ritenuto migliore.

⁸⁵ *Dominus litis* indica il rappresentato in D. 12.3.7, D. 49.9.2, C. 7.45.1 e C. 7.62.9; indica il *procurator* in D. 49.1.4.5, C. 2.12.22 e C. 2.12.23.

⁸⁶ *Supra*, § 10, § 16, § 18.

⁸⁷ *Supra*, § 11. Da notare ancora che, nei tre passi della compilazione in cui *dominus litis* designa il *procurator*, la valenza non può essere altra che quella di soggetto processuale e, come tale, formalmente parte nel giudizio in corso. Non vi si può invece attribuire il valore che, come sopra osservato (§ 12 i. f. e § 14), può pure avere avuto l'espressione presso i giuristi classici, di persona cioè che gestisce la lite in modo autonomo e indipendente. Con la compilazione di Giustiniano, infatti, al *procurator ad litem* si estese in larga misura il regime giuridico già proprio del *cognitor* nell'ultima età classica, quando ormai il rappresentato aveva acquistato, a scapito del *cognitor*, una vera e propria disponibilità del giudizio in corso (cfr. M. MARRONE, *Alieno nomine agere* cit. (nt. 6), § 16 [= *Fides, Humanitas* cit. 157]). Di qui l'impossibilità, per diritto giustiniano, di rappresentare il *procurator* processuale come vero e sostanziale 'padrone' della lite.

Finito di stampare
dalla
Salerno Arti Grafiche
Palermo, Gennaio 2010