

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXV
(2022)

Estratto



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXV
(2022)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4586-3

ISSN 1972-8441

I contributi proposti per la pubblicazione vanno inviati, muniti di abstract in lingua inglese e parole chiave, al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

La pubblicazione è subordinata alla procedura di revisione (peer review) secondo il sistema del double-blind. Ciò nel rispetto delle linee-guida delineate dal "Committee on Publication Ethics" per la pubblicazione di lavori scientifici e in aderenza al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), assunto in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

Autori e Revisori sono tenuti a seguire le indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista, consultabile sul sito <https://www.annalisediminariogiuridicoaupa.it>.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
† Jan H.A. Lokin	Groningen
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone, Giuseppe Romano
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. COSSA, Dare a Paolo quel che non è di Paolo: un controverso trattato in materia di <i>cognitio extra ordinem</i>	3
N. DONADIO, 'Sectores, sicarii, proditores'. L'accusa di complicità nelle proscrizioni sillane e i 'loci' dell'invettiva politica tardorepubblicana	73
G. PURPURA, Il PSI XIV, 1449 e l' <i>actio utilis ex lege Aquilia</i>	101
G. ROMANO, <i>Contrahere e animus contrahendi</i> in Salvio Giuliano	121
G. ROMANO, Tra patti dotali e spese di viaggio. A proposito dell' <i>actio utilis in factum</i> di Pap. 4 resp. D. 23.4.26.3	171
G. ROSSI, La ricezione della lettera di cambio nella <i>common law</i> tra Cinque e Seicento	199
F. TERRANOVA, Indagine su 'et ut quidam adiciunt' in Gai 2.104	223

NOTE

R. GOUDJIL, Des <i>Lites immortales</i> à Byzance (X ^e -XV ^e siècle)? Quelques éléments de réflexion sur l'autorité de la chose jugée	245
R. LAMBERTINI, P.S. 4.1.6 e la libertà di forma del fedecompresso	263
D. PENNA, The <i>platos</i> and the <i>Basilica</i> . An attempt to master the chaos ...	277
S. SCIORTINO, Nota sull' <i>adrogatio libertorum</i>	291

VARIE

F. BRANDSMA, Viele Schafe oder eine Herde? Die Vindikation einer Sachgesamtheit von byzantinischen Juristen erläutert	307
G. FALCONE, Pietro Cerami giurista e accademico	317
F. MAZZARELLA, Oltre la concezione volontaristica del contratto (a proposito di un recente libro)	327
B.H. STOLTE, Johannes Henricus Antonius (Jan) Lokin (21.2.1945-19.6.2022)	335

Giuseppe Romano

Tra patti dotali e spese di viaggio.
A proposito dell'*actio utilis in factum* di Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3

ABSTRACT

This study deals with Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3, interesting text of Papinian in which an *actio utilis in factum* is granted against the husband who, in violation of what was agreed, had not reimbursed his wife for the travel expenses incurred to reach him. The author excludes it was a contractual action (*a. praescriptis verbis, a.c.i.*), believing rather that it was an *a. de dolo in factum*, in application of the principle that prohibited the exercise of infaming actions between spouses (C. 5.12.1.2; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1).

PAROLE-CHIAVE

Actio utilis in factum; patti dotali; contratti innominati; *actio de dolo*; azioni infamanti tra coniugi.

Si ringrazia l'Università di Palermo per il supporto alla ricerca attraverso il FFR 2021 – Romano.

TRA PATTI DOTALI E SPESE DI VIAGGIO.
A PROPOSITO DELL'*ACTIO UTILIS IN FACTUM*
DI PAP. 4 *RESP. D. 23.4.26.3*

1. Di patti dotali e rimborso di spese di viaggio tra coniugi si occupa Papiniano in

D. 23.4.26.3 (Pap. 4 *resp.*) *Convenit, ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veberetur, atque ideo mulier pactum ad litteras viri secuta provinciam, in qua centurio merebat, petit. Non servata fide conventionis licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.*

Non è semplice ricostruire con esattezza la vicenda prospettata al giurista severiano, essendo essa descritta in termini che si prestano a più di un'interpretazione e che a tratti appaiono anche non limpidissimi.¹ Stando a quella che sembra l'ipotesi più probabile, pare di capire che la donna, facendo affidamento (*ideo*)² su un precedente impegno assunto dal marito di tenerla indenne dalle spese di viaggio da questa affrontate, su richiesta del marito stesso (*pactum ad litteras viri secuta*),³ si fosse affrettata a raggiungerlo nella provincia (*pro-*

¹ In proposito vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 222 nt. 233.

² Espunge le parole '*atque ideo*' G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 1, Palermo 1936, 312; per la genuinità vd. diversamente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 232, che ritiene l'avverbio del tutto coerente con lo sviluppo logico-discorsivo del frammento.

³ Così già Stefano nello sch. Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124): ὁ ταύτης ἀνὴρ δι' ἐπιστολῆς αὐτὴν μετεστεύλατο' (Hb. III 473: «maritus eius [...] per literas eam accessivit»); per l'attribuzione dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, in *Basilicorum Libri LX. Tom. VI. Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 288. Negli stessi termini di Stefano, Accursio, in *Glossa in Digestum vetus ad librum XXIII. Tit. IIII. De pactis dotalibus. Ad L. XXVI*, Lugduni 1549, 1157 lett. a («Ad literas quibus voluit mulierem ad se pervenire»); J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani. Ad lex XXVI de pactis dotalibus. Ad §. Convenit*, in *Opera omnia. Tomus quartus*, Prati 1837, 2072 («maritus [...] scripsit uxori ut ad se veniret»); tra gli autori moderni vd., tra le righe, R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, 106; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano II*, Torino 1995, 275 nt. 48; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 («reist sie, auf einen Brief des Mannes hin der Vereinbarung folgend, in die Provinz»). Per una tale interpretazione non sembra occorra leggere '*ac litteras*' anziché '*ad litteras*' secondo una proposta discretamente diffusa tra gli autori di diritto comune e che ha addotto a sostegno l'appena richiamato sch. Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24: ἡ δὲ τῷ τε συμφώνῳ καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ γραφεῖσι πεισθεῖσα κατέλαβε τὴν ἐπαρχίαν' (Hb. III 473 «illa autem et pacto et literis eius freta venit in provinciam»). In favore della correzione vd. tuttavia

vinciam [...] *petit*),⁴ dove questi prestava il servizio militare in qualità di centurione.⁵ Non avendo però tenuto fede il marito all'impegno assunto (*non servata fide conventionis*), la donna si rivolgeva al giurista per sapere come far valere il patto, in modo da ottenere il rimborso di quanto speso, in conformità a quanto le era stato promesso. In assenza di rimedi processuali edittali direttamente impiegabili (*licet directa actio nulla competit*), a detta di Papiniano, la donna avrebbe dovuto fare valere la propria pretesa mediante un programma di giudizio appositamente predisposto, e per ciò detto *in factum*, che il giurista definisce inoltre *utilis*, con una precisazione il cui esatto significato non è di facile interpretazione ed anche per questo è stata fatta bersaglio di svariate critiche.⁶

Dai termini approssimativi in cui è descritto, rimane semmai in qualche misura indeterminata la portata effettiva dell'accordo. Più precisamente non si è nella condizione di

(«sic Graeci legunt recte, non ad literas») J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani* (*Opera* IV) cit., 2072; in senso contrario ci limitiamo a segnalare F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena 1891, 127; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 nt. 48; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 233. Da altro punto di vista deve ritenersi poco verosimile l'interpretazione della locuzione *ad litteras* nel senso di 'alla lettera', come se la donna, nel mettersi in viaggio alla volta del marito, si fosse attenuta scrupolosamente a quanto pattuito tra i due: lo esclude condivisibilmente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 nt. 4. Al di là dell'interpretazione del tratto in questione, non sembra vi siano ragioni specifiche per ritenerlo non genuino, secondo quanto sostenuto da G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 312, con una diagnosi che, d'altra parte, non ha avuto seguito neppure presso la critica interpolazionistica: non si trovano rilievi, per fare solo degli esempi, in P. VOICI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 270; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Nemours 1947, 381. Per la genuinità vd., del resto, già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* I, Pavia 1913, 326; più recentemente, tra i tanti, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 e ivi nt. 234, che pure mette in risalto le difficoltà interpretative del tratto in questione e più in generale dell'intero passaggio '*pactum-petit*'.

⁴ Così già Accursio in *Glossa in Digestum vetus ad librum XXIII. Tit. IIII. De pactis dotalibus. Ad L. XXVI* cit., 1157 lett. e); adesivamente J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani* (*Opera* IV) cit., 2072 («in provinciam profecta est, Basilica πρὸς αὐτὸν ἀπεξήλαθε»); F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 276 n. 48.

⁵ Per una possibile connessione del verbo *petere* con *pactum*, da intendersi come participio passato di *pacisci*, ove a questo punto *secuta* andrebbe collegato a *provinciam*, vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 nt. 234, con un'interpretazione che non incide comunque sulla ricostruzione sostanziale della vicenda esaminata dal giurista severiano.

⁶ Prendono posizione per l'origine bizantina dell'espressione *actio utilis in factum* G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1909, 31 s.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* I, cit., 326; P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Früchte der Dos*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel LX anno del suo insegnamento*, IV, Milano 1930, 3 nt. 2; S. SOLAZZI, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in AG 113, 1946 = *Scritti di diritto romano*, IV (1938-1947), Napoli 1963, 521 («*Utilis* davanti a *in factum* non solo è esuberante; è anche improprio»); P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s., che giudica l'espressione sorprendente; in termini molto netti G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 75, 1958, 282 nt. 78; per l'interpolazione anche G. WESENER, *Utiles actiones in factum*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, 500 ss., per quanto lo studioso si premurasse di sottolineare come le espressioni *a. in factum-a. utilis*, in quanto tali, non sarebbero tra loro coerenti, facendo piuttosto riferimento ad aspetti differenti («*actio utilis* ist ein Terminus des materiellen Rechts, abgestellt auf das Verhältniss des gegebenen Anspruchs zu seinem Vorbild; *actio in factum* hingegen ist ein prozessualer Begriff, der sich auf die Konzeption der Formel bezieht»); critiche più di recente si trovano anche in G. ZARRO, *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli 2018, 110 s., su cui vd. *infra* nt. 83. Richiama l'attenzione sulle difficoltà interpretative della locuzione L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 190 nt. 71.

stabilire con certezza se il marito si fosse impegnato a farsi carico di tutti i costi di viaggio della moglie, ovunque questa avesse deciso di recarsi, in piena autonomia, o se diversamente l'impegno coprisse le sole spese affrontate per seguire il marito, ovunque questi fosse andato. Tutto dipende, in definitiva, se si ritenga soggetto (sottinteso) della proposizione *'quoquo iretur'* la moglie,⁷ come per la verità parrebbe a guardare al piano squisitamente sintattico-grammaticale, o piuttosto l'uomo, come sembra da altro punto di vista decisamente più probabile, tenuto anche conto che l'esempio in concreto riportato, e dal quale trae origine il responso di Papiniano, riguarda proprio il caso di un ricongiungimento col marito, avvenuto peraltro, come si è detto, su richiesta di quest'ultimo. Come si può agevolmente intuire, e come del resto si vedrà, non si tratta affatto di aspetto marginale.

Pur nella genericità della descrizione della vicenda, è certo verosimile che l'accordo fosse maturato nell'ambito di una convenzione dotale,⁸ secondo quanto suggerisce il dato palinogenetico,⁹ unitamente alla collocazione del frammento nel titolo del digesto *'de pactis dotalibus'*. In più la fattispecie è esaminata all'interno di un più ampio discorso in cui Papiniano si occupava proprio di convenzioni dotali: (pr.) *Inter socerum et generum convenit [...]* (§ 2) *Cum inter patrem et generum convenit*.¹⁰ Sembra quindi del tutto legittimo ritenere che anche in questo caso ci si trovi nell'ambito dei patti dotali, con la differenza (rispetto ai §§ precedenti) che a provvedere alla costituzione della dote doveva essere stata direttamente la moglie,¹¹ analogamente (del resto) alla vicenda esaminata nel successivo § 4 (*Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut rell.*). Ciò ci consente ragionevolmente di

⁷ In questo senso vd. già gli scolii Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24: *'συνεφώνησε δὲ ὁ ἀνὴρ ὅπουδῆποτε ἀπελεύσει, ὧ γύναι, ἔμοις ἀπελεύσει δαπανήμασι'*, e Ἰσιδώρου. Οὕτε *ad Bas.* 29.5.24: *'ὅπουδῆποτε εἰ ἀπελεύσει, ἔμοις ἀπελεύσει δαπανήμασιν'*. Così anche J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis*, Salmanticae 1650 (*Caput XI. De actione, quae nascitur e contractu, facio ut des; & utrum sit praescriptis verbis?* n. 7), 115; tra gli studiosi recenti si vedano, nel senso qui indicato, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106: «le spese dei viaggi che la moglie avesse voluto intraprendere per qualsiasi destinazione»; F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 275 («in qualunque luogo andasse»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222.

⁸ Interpretazione che si trova anch'essa formulata già nel più volte richiamato sch. Γυνή τις *ad Bas.* 29.5.24: *'Γυνή τις ἐπιδέδωκε προῖκα'* («Mulier quaedam dotem dedit»: Hb. III 473). Tra gli autori moderni vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985, 47 nt. 82; («Il testo doveva riguardare un caso di convenzione dotale») R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106, 108 nt. 75, il quale d'altra parte fa notare come questo sia «il solo caso, tra quelli riportati in D. 23.4.26, in cui la convenzione non è riferita espressamente alla dote»; F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 279 s.; in termini molto netti («Wohl im Zusammenhang mit der Bestellung einer Mtgift») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 s. e ivi nt. 231; V. HALBWACHS, *Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. Überlegungen zum Verhältnis von Schenkungsverbot und Unterhaltsleistungen zwischen Ehepartnern*, in Fundamina 16.1, 2010, 137 nt. 33, che si limita a richiamare il brano; A. TORRENT, *Previsiones aquilianas. II. Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae. Las llamadas acciones mixtas*, in RIDROM 23, 2019, 398. In senso contrario G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 34, il quale da parte sua osserva che, se così fosse stato, per far valere il patto la donna avrebbe avuto a disposizione l'*a. rei uxoriae*.

⁹ Il l. 4 *resp.* è dedicato in larghissima misura al tema della dote: in proposito vd. O. LENEL, *Pal.* 1.897 ss.

¹⁰ La notazione può trovarsi in R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106.

¹¹ In questo senso J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072: «Inter virum et uxorem pacto nudo in urbe convenit»; tra gli autori moderni F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222.

escludere che a essere in discussione fosse la possibilità che il patto producesse effetti a favore di un terzo.

Rimane invariata la questione dell'individuazione del mezzo processuale al quale doveva pensare Papiniano. Di esso si sa solo, come si è detto, che dovrà presentare un programma di giudizio congegnato *in factum*, e dunque per il caso specifico,¹² e che viene inoltre definito, in termini che si prestano a più di un'interpretazione, *utilis*.

È risaputo che su questa parte del brano non sono mancati sospetti. In molti hanno denunciato un impiego scorretto di *licet* con l'indicativo.¹³ Si tratta di rilievo che non legittima una diagnosi interpolazionistica dell'intera chiusa '*licet-danda est*',¹⁴ così come non giustifica neppure la proposta di chi ha suggerito di uncinare il tratto *directa actio nulla competit*,¹⁵ con un intervento che avrebbe dovuto quantomeno portare a una soppressione del correlato avverbio *tamen*, che non troverebbe più a quel punto alcuna giustificazione.¹⁶ Ammesso che si tratti effettivamente di impiego grammaticalmente scorretto (e c'è da dubitare),¹⁷ sarebbe certo più ragionevole pensare a un innocuo guasto determinatosi in sede di tradizione testuale.¹⁸ Eccessivi appaiono anche i sospetti che si sono addensati, come si è detto, sulla stessa coerenza dogmatica dell'espressione *a. utilis in factum*.¹⁹ Né si

¹² Sull'utilizzo dell'espressione *a. in factum* per indicare l'azione decretale ai sensi di Pap. 8 *quaest. D.* 19.5.1 pr.-2, da approntarsi per il caso specifico, indipendentemente dalla *conceptio (in ius o in factum)* dell'*intentio*, ci limitiamo a rinviare a R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 114 s.; G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, I, Torino 2021, 221 ss.; ID., *L'actio in factum come surrogato dell'azione di ripetizione? A proposito di Iul. 60 dig. D.* 39.6.18.1 e *Iav. 13 epist. D.* 19.5.10, in AUPA 64, 2021, 187 e ivi nt. 64, con indicazioni bibliografiche.

¹³ Rilievi in tal senso si trovano in G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 326; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270; S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 51; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.; G. WESENER, *Utiles actiones in factum* cit., 501 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107 s., in termini che però non mettono in discussione la genuinità sostanziale della soluzione finale.

¹⁴ Così invece G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 326; G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 312; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.; G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 501 ss. In senso contrario, come si è appena visto (nt. prec.), R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107, su cui vd. però nt. seg; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 222 s. nt. 236.

¹⁵ R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107 s., che pensa più precisamente alla mano di un glossatore postclassico.

¹⁶ Così correttamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 278 nt. 62.

¹⁷ Lo mette condivisibilmente in dubbio F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 s., il quale fa osservare come l'uso dell'indicativo si trovi attestato nei principali lessici, oltre a essere documentato in un considerevole numero di frammenti del digesto; adesivamente, con un invito a non fare eccessivo affidamento sulla purezza linguistica di Papiniano, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 236.

¹⁸ Così, ancora una volta, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 228; con un'ipotesi fatta propria da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 236.

¹⁹ In proposito vd. *supra* nt. 6. In difesa della locuzione vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 94 s. e ivi nt. f («Pleonastisch sind diese Ausdrücke gerade nicht»), ove si richiama, nello stesso ordine di idee, D. 11.7.7.1; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 354, il quale d'altra parte pensa ad azione esperita nelle forme del processo cognitorio, trattandosi di controversia sorta in ambito provinciale (nel senso di un processo cognitorio vd. già A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, in IVRA 20, 1969, 58 nt. 11); non muovono rilievi, tra gli autori recenti, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 276 ss.; F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli 2001, 50; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 ss.; P.

vede, infine, in che modo si possa validamente invocare, ai fini dell'origine compilatoria, Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr.,²⁰ in cui il riferimento al punto di vista di Papiniano, tratto sempre dal *l. 4 resp.*, riguarda la connessa ma certo differente questione della ripetibilità di quanto prestato dal marito alla moglie a copertura delle spese di viaggio che questa avrebbe dovuto affrontare per raggiungerlo,²¹ in ragione del fatto che tale elargizione dovesse considerarsi ricadente o meno nel divieto di donazione tra coniugi.²²

2. Che Papiniano lasciasse senza tutela la donna che aveva fatto affidamento sull'impegno assunto dal marito è davvero scarsamente verosimile.²³ Resta semmai da chiarire a quale modello processuale intendesse egli riferirsi. Già a una prima lettura, tra le diverse soluzioni astrattamente prospettabili, sembra si possa ragionevolmente escludere l'ipotesi di un ricorso all'*actio civilis incerti* aristoniana, in quella che sarebbe stata (secondo larga parte della più recente dottrina) la sua formulazione. Trattandosi di azione incerta (di stretto diritto) senza *demonstratio*, e dunque astratta,²⁴ non avrebbe potuto essere definita *in factum*, con una qualificazione che implica inevitabilmente una espressa individuazione del fatto generatore della pretesa. In sostanza, l'unico impiego di tale azione compatibile con il brano sarebbe quello di un'integrazione del programma di giudizio mediante *praescriptio* o *demonstratio* descrittiva del *factum*, con un'ipotesi che rischia però di determinare significative complicazioni rispetto alla possibilità di un utilizzo dell'azione secondo il suo schema standard. Non si può infatti non considerare, da questo punto di vista, che l'adeguamento *in factum* viene qui prospettato, non come semplicemente facoltativo,²⁵ ma come indispen-

GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 29 nt. 12.

²⁰ Così invece, ma con conclusioni che non possono affatto condividersi, G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 35 ss.; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 («la comparaison du texte avec un passage où Ulpian, faisant une référence directe au texte de Papinien, passe sous silence l'octroi par le jurisconsulte de l'action en cause»).

²¹ Per una svalutazione del brano ai fini della soluzione della questione discussa in Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3 vd. R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107; per una giusta evidenziazione dei profili di difformità tra le due vicende anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 e ivi nt. 240. Sulla testimonianza di Ulpiano vd. anche *infra* § 3.

²² Sul punto vd. V. HALBWACHS, *Non enim donat* cit., 130 ss.: 136 s. per il brano di Ulpiano.

²³ Per l'inazionabilità del patto vd. tuttavia G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss., il quale nella concessione dell'*a. in factum utilis* vede un'alterazione compilatoria, in linea col nuovo regime introdotto in materia di patti dotali da Giustiniano in C. 5.13.1.16 (a. 230), per quanto l'autore (37 s.) non sembri escludere del tutto la possibilità di un impiego della *condictio*; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270, che conseguentemente ricostruisce il brano nei termini seguenti: «*Non servata fide conventionis [licet directa actio] nulla competit [utilis tamen in factum danda est]*»; fondamentalmente anche G. WESENER, *Utiles actiones in factum* cit., 502, su cui vd. però *infra* nt. 77. In senso contrario vd. già S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 521; più recentemente R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 106, che argomenta dall'appena richiamato Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr.

²⁴ Al riguardo vd. (soprattutto) A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988, 137 s., 154; ID., *I contratti innominati*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 77; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 108 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 181 ss.

²⁵ In relazione alla possibilità di precisare, mediante *praescripta verba*, il fatto fondativo della pretesa all'interno dell'*a. civilis incerti* vd. A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 s., 154; ID., *I contratti innominati*

sabile ai fini dell'esercizio stesso dell'azione ('*utilis tamen in factum danda est*').

Ciò vuol dire che, in assenza di un siffatto adattamento, l'azione non sarebbe stata utilizzabile. Il che rappresenterebbe inevitabilmente un serio intralcio per quanti pensano a un'azione edittale²⁶ astratta, che avrebbe avuto tra i suoi principali scopi proprio quello di tutelare vicende negoziali non riconducibili ad alcuna delle figure contrattuali previste a livello edittale. Non c'è dunque da stupirsi se l'ipotesi di un'adozione qui dell'*a.c.i.* aristoniana non sia stata presa in considerazione in dottrina tra quanti hanno prospettato un impiego dell'azione contrattuale atipica, i quali si sono semmai indirizzati per l'applicazione dell'*a.p.v.* (labeoniana), facendo proprie così certe suggestioni che circolavano già nelle fonti bizantine,²⁷ in un contesto storico in cui però, è appena il caso di ricordarlo, non si era ancora affacciata l'ipotesi di una differenziazione tra i due rimedi processuali (*a.p.v.*, *a.c.i.*).²⁸ Si tratta peraltro di suggestioni, anche questo va detto, che non avevano raccolto significative adesioni tra gli autori di diritto comune,²⁹ i quali per di più non mostrarono grande interesse verso il brano, che fu scarsamente studiato se non addirittura largamente trascurato. Se non ci inganniamo, a provare a riabilitare l'ipotesi di un impiego

cit., 83; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 108 s.; negli stessi termini, pur attribuendo l'innovazione a Mauriciano, T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 184 ss.

²⁶ Sulla ricezione dell'azione all'interno dell'editto vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 18, 28 s., 35, che pensa a una collocazione «in appendice alle *formulae* delle *actiones* o *condictiones certae pecuniae e certae rei*», 40 s., 68; ID., *Osservazioni* cit., 137. Maggiore cautela in ID., *Panoramica sul contratto nelle dottrine della giurisprudenza romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli 2007, 575.

²⁷ Per un'identificazione dell'*a. in factum utilis* con l'*a.p.v.* vd. Anastasio nello sch. Ἐκ τοῦ *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2125): Ἐκ τοῦ συμφώνου δηλαδὴ ἵμφακτουμ οὔτιλεμ ἦτοι πρᾶεσκρίπτις βέρβοις, ὡς φησιν Ἄναστάσιος. Nello stesso ordine di idee anche Cirillo (il giovane) in sch. Κυρίλλου. Ἐὐν πακτεῦση *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124), su cui vd. *infra* § 4. Più genericamente, di «τὴν ἀπὸ τοῦ συμφώνου ἀγωγὴν» si discorre in *Bas.* 29.5.24: in relazione alla possibilità che dietro tale formulazione i *repurgatores* si riferissero all'*a.p.v.* vd., favorevolmente, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*, Pavia 1916, 193. L'ipotesi di una identificazione con l'azione contrattuale atipica è diversamente esclusa da Isidoro, nello sch. Ἰσιδώρου. Οὐτε *ad Bas.* 29.5.24, su cui vd. *infra* nt. 78 e nel testo del § 5: dubbi sulla paternità dello scolio in questione si trovano in F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127 («Isidorus, oder wohl Dorotheus»); P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2* cit., 194, raccogliendo così le perplessità manifestate da K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Rec. a J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit Byzantin*, in Kri. Jar. 15, 1844, 811, che propendeva piuttosto per un'attribuzione a Doroteo, nell'ambito di un più ampio ordine di idee che, almeno in un primo momento, aveva sollevato seri dubbi sulla realizzazione di un commentario al Digesto da parte di Isidoro: in proposito e in senso contrario vd. H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antecessors*, Leiden 1970, 29 s.

²⁸ Al riguardo ci permettiamo di rinviare per una prima panoramica a G. ROMANO, *Giuliano 1* cit., cap. I § 1.

²⁹ Una critica rispetto all'ipotesi di un ricorso all'azione contrattuale può trovarsi in J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., ove si pensa piuttosto all'impiego di azione *in factum* pretoria: *infra* nt. 50; adesivamente SCIPIO GENTILIS, *De donationibus inter virum, & uxorem libri IIII*, Hanoviae 1604, (*Lib. II, Cap. VI*) 175; A. DADINUS ALTESERRAE, *Recitationes quotidianae in varias partes digestorum & codicis*, in *Opera omnia. Tomus VIII. Volum. II, editio prima neapolitana 1777, (Ad titulum de pactis dotalibus L. 26 § convenit)* 82 («datur utilis actio in factum, quae est praetoria»), adducendo in tal senso la *L. si quis pro uxore* (Ulp. 32 *ad Sab. D.* 24.1.21 pr.); R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus secundus. Nova editio*, Lugduni 1782, 46 lett. a).

dell'azione contrattuale (*a.p.v.*) fu, intorno alla metà del XVII sec., José Fernández de Retes,³⁰ con un tentativo che non ebbe però successo e che del resto non fu in grado di ravvivare l'attenzione della dottrina sul passo di Papiniano.³¹ Esclusa del tutto ovviamente sotto le intemperie della critica interpolazionistica,³² l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale è stata invece gradualmente recuperata a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, sapendo raccogliere col passare degli anni più di un apprezzamento.³³ A esercitare una certa suggestione in tal senso è stata indubbiamente la qualificazione dell'azione come *utilis*, con un'indicazione che già a partire dai glossatori era di regola associata all'azione contrattuale atipica e che anche oggi da parte di autorevole dottrina è considerata espressiva di un tratto identitario dell'azione.³⁴ Da questo punto di vista si è anzi voluta intravedere una diretta relazione tra l'*a. in factum utilis* di Pap. 4 *resp.* e la *utilis conductio* di cui si discorre in C. 5.14.1,³⁵ da identificarsi ancora una volta con l'*a.p.v.*,³⁶ al punto che c'è chi ha ritenuto di poter attribuire la paternità del provvedimento imperiale alla penna di Papi-

³⁰ J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 115, con critica al punto di vista di Accursio, seguito (anche) da Cuiacio, i quali non avrebbero considerato che non si tratterebbe qui di nudo patto, ma di contratto innominato del tipo *facio ut des*.

³¹ A questo proposito non si può fare a meno di osservare come il brano, tranne rarissime eccezioni, abbia continuato a essere fondamentalmente ignorato per tutto il XIX sec., sia tra quanti si sono specificamente occupati del tema della tutela delle convenzioni atipiche (non vi si trova alcun riferimento ad es. negli studi di Accarias e Pernice) o della materia dotale, sia tra gli autori di trattazioni di carattere generale: si pensi a Savigny (che si limita a un fugace richiamo: *supra* nt. 19) o Glück.

³² Contro l'eventualità di un impiego dell'azione contrattuale da parte di Papiniano, ci limitiamo a segnalare, seppur con varietà di posizioni, G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 325 ss.; ID., *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 193 s.; P. COLLINET, *La nature* cit., 381 s.

³³ All'impiego di azione con *praescripta verba* pensano, seppur in vario modo, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 107 s.; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 29 nt. 12. Non del tutto chiaro il punto di vista di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s., il quale, se per un verso si orienta per l'*a.p.v.*, per altro ipotizza non meglio chiariti rapporti con l'*a.c.i.* aristoniana, quasi si trattasse di un suo sviluppo o adattamento («eine Klage *praescriptis verbis*, die als Fortentwicklung von Aristos *actio incerti civilis* anzusehen ist»). Si mantiene vago sull'esatta natura dell'azione A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 47 nt. 82; ID., *I contratti innominati* cit., 83.

³⁴ Tra tutti in particolare R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 93 ss.

³⁵ Per una connessione tra le due testimonianze vd. ad es. F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. e ivi nt. 246 («Es ist mehr als wahrscheinlich, daß [...] beide Fragmente Ausdruck einer einheitlichen Rechtsauffassung sind»).

³⁶ In questo senso vd. tra i tanti, non senza scostamenti sul piano della concreta struttura prospettata, ma anche delle sottostanti logiche solutive, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 100 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. Così già J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solennes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus nonus*, Prati 1839, 102 s., che respingeva però, come si è visto (nt. 29), l'eventualità che lo stesso potesse valere per Pap. 4 *resp.* Per un riferimento all'*a.c.i.* aristoniana vd. diversamente A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88; negli stessi termini A. GIFFARD, *Les Maîtres de Beyrouth et l'action praescriptis verbis*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene 1934 = *Études de droit romain*, Paris 1972, 181 s., ma in un ordine ricostruttivo che, com'è risaputo, non prende in considerazione l'ipotesi di una distinzione tra i due rimedi processuali (*a.c.i.-a.p.v.*) e che anzi parte dal presupposto dell'origine bizantina dell'*a.p.v.*, come azione generale di buona fede accordata in sostituzione della classica *a.c.i.*, da identificarsi col modello dell'*actio qua incertum petimus* (astratta e di stretto diritto) di cui si discorre in Gai 4.131.

niano, che d'altra parte rivestiva in quegli anni la carica di *praefectus praetorio*.³⁷

Anche in questo caso si tratta di una congettura difficilmente praticabile, soprattutto là dove si dovesse pensare all'applicazione dell'*a.p.v.*, come azione generale di buona fede da causalizzare in concreto.³⁸ Modello che pare incoerente con la qualificazione dell'azione come *utilis*, a voler interpretare per lo meno l'aggettivo in senso tecnico, visto che inteso in tale accezione non potrebbe che condurci all'ipotesi di un intervento su schema processuale tipico.³⁹ Problema che non sempre è stato avvertito in dottrina e in particolare da Santoro,⁴⁰ perché si è confidato su risalenti indirizzi interpretativi che tendevano a considerare *tout court* l'azione in questione come *utilis*,⁴¹ senza valutare sino in fondo le ragioni che avevano portato a tale qualificazione e che, come si è altrove evidenziato, dipendevano da una ricostruzione dell'azione come estensione di modelli processuali editali simili.⁴² Ricostruzione che invece non è fatta propria dall'illustre studioso, con una presa di posizione che avrebbe dovuto indurlo a interrogarsi in che senso un'azione (o, se si preferisce, un modello o meccanismo) generale, da causalizzare in concreto, avrebbe potuto definirsi *utilis* in senso tecnico. Che questo potesse dipendere dalla presenza di una *praescriptio*⁴³ in quanto tale, non è verosimile.⁴⁴ Semmai è l'adattamento mediante *praescriptio* di azione preesistente (ma di per sé non impiegabile), che rende o potrebbe rendere questa *utilis*:⁴⁵ ma non è a un adeguamento di azione tipica mediante *praescripta verba* che pensa Santo-

³⁷ F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 e ivi nt. 68.

³⁸ Così in sostanza Santoro, su cui vd. nt. 46. Più in generale per una ricostruzione dell'*a.p.v.* come azione contrattuale generale vd. (anche e soprattutto) C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997, 39 ss.; ID., *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009, 16 ss.; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano* II.2, Torino 2017, 197. Per la dottrina del XIX sec., in particolare, C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866, 60 ss., 71 ss.; così anche A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 25, 1885, 451 («allgemeine, selbständige Klage»).

³⁹ Evidenza come l'*actio utilis* non fosse «un'azione autonoma, bensì l'applicazione delle azioni editali [...] in via estensiva» anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277.

⁴⁰ R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108.

⁴¹ In questo senso, tra i tanti, vd. A. ALCIATUS, *Ad rescripta Principum Commentarii*, Lugduni 1537, (*In Cod. Iustiniani ad transactionem. Quum mota*) 304: «actio praescriptis verbis [...] semper utilis dici potest, nempe aliarum actionum respectu, quae ordinariae sunt, & quas ipsa praescriptis verbis actio imitatur»; J. CUJACIUS, *Recitationes solennes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus septimus*, Prati 1839, 1316. Ancora nel XIX sec. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816, 156. In senso contrario C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 60 ss. («il faut admettre sans hésiter que cette action est directe et non pas utilis»), 73 («n'est pas une simple action utilis [...] c'est une action originale, un type et non pas une copie de modèles divers»), in termini che si rivelano certo coerenti col modello di azione contrattuale generale di buona fede teorizzato dall'autore francese.

⁴² In proposito vd. G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. I § 1.

⁴³ R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108: «lo strumento della *praescriptio*, cui allude la qualifica *utilis*».

⁴⁴ Scettico sul punto anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 nt. 55.

⁴⁵ Così giustamente già F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 277 nt. 55.

ro.⁴⁶ Da questo punto di vista non è forse un caso se lo studioso, appellandosi agli stessi rilievi sintattico-grammaticali già formulati dalla dottrina interpolazionistica, ha proposto di espungere quel riferimento all'*actio directa*,⁴⁷ che lo avrebbe altrimenti costretto ad attribuire all'azione qui evocata da Papiniano una caratterizzazione chiaramente non compatibile col modello di azione generale cui si ispira (in definitiva e a dispetto di certe affermazioni)⁴⁸ l'autore.

3. Contro l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale generale depone del resto la specificità della vicenda di Pap. 4 *resp.*, la quale si presenta priva di una struttura sinallagmatica. Non si può davvero non considerare che ci troviamo in presenza di una fattispecie che si caratterizza per l'assenza di uno scambio di attribuzioni patrimoniali. Non c'è sicuramente un *facio ut des*,⁴⁹ ma non c'è neppure un *do ut facias*. Quanto al primo, non può certo sostenersi che la moglie raggiunga il marito per ottenere in cambio il rimborso delle spese di viaggio. Il rimborso delle spese non rappresenta la *causa finalis*, ma (al più) quella *efficientis*. Non, dunque, *feci ut*, ma *feci quia*, come a dire: mi sono messa in viaggio perché (o per meglio dire: *anche perché*) mi era stato promesso il rimborso delle spese di viaggio.

Quanto al secondo, si sarebbe potuto prospettare un *do ut facias* nel caso, certo differente rispetto a quello qui esaminato, in cui il marito avesse elargito una somma di denaro alla moglie affinché (*ut*) questa lo raggiungesse. Anche qui ci troveremmo però al di fuori di una relazione di scambio in senso rigoroso, visto che il comportamento atteso dalla moglie (il ricongiungimento), per il quale si è disposti a sopportare un sacrificio economico (rimborso delle spese), non costituisce tecnicamente una controprestazione, nel senso che non rappresenta il corrispettivo, in termini economici, dell'attribuzione patrimoniale gravante sul marito: ancora una volta, visto dal lato della moglie, non è in *funzione*, ma in *ragione*.

Qui però, per quanto ne sappiamo, c'è solo una generica e indeterminata promessa di *dare*. Peraltro, al momento dell'assunzione dell'impegno da parte del marito non vi è neppure alcun principio di esecuzione.⁵⁰ Ed è proprio per superare questi aspetti problematici

⁴⁶ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 72 s., 288 s., ove ci si orienta per un adattamento *in factum* (mediante *praescriptio*) di un modello generale (ma non editale) di azione incerta civile di buona fede; punto di vista confermato in ID., *Aspetti formulari* cit., passim e in particolare 123 s., seppur con qualche oscillazione lessicale che rischia di prospettare non meglio chiarite relazioni col diverso modello (per struttura e funzione) della *condictio incerti*.

⁴⁷ Così («Quel che occorre espungere allora [...] è la menzione dell'*actio directa*») R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108 s.

⁴⁸ R. SANTORO, *Il contratto* cit., 72 s. Sulla necessità di tenere distinta l'*a.p.v.* come «modello generale da causalizzare in concreto» rispetto alla bizantina *γενική ἀγωγή*, come «azione ('tipica') posta a generale tutela dei contratti innominati» vd. G. ROMANO, *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014, 10, 51 ntt. 67-69.

⁴⁹ Diversamente F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principii del diritto romano*, Padova 1868, 351 nt. 18; così, ancor prima, lo si è evidenziato (nt. 30), J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 115.

⁵⁰ Una notazione in tal senso può trovarsi già in J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., con un'osservazione che induceva lo studioso a prendere posizione, sulla scia di Isidoro («Isidorus recte notavit»), per la concessione di un'*a. in factum* pretoria («non posse, quia ex pacto nudo non nascitur actio [...] nec enim ita conventio habita est, *do ut eas ad me*, ex quo contractu nasceretur actio civilis praescriptis verbis, sed *quocumque ibis dabo*, quae pactio nuda est, quia

e per restituire alla vicenda nel suo complesso almeno la parvenza di una relazione strutturalmente sinallagmatica (a prestazione costitutiva), che la dottrina ha da tempo fatto valere la natura dotale del patto, come convenzione maturata all'interno o comunque nell'ambito di una *datio dotis*,⁵¹ prospettandosi così quel *dari certa lege*, al quale, altrove, lo stesso Papiniano ricollegerebbe espressamente l'esercizio dell'*a.p.v.*⁵²

Che si tratti di patto dotale, come si è già osservato, è assai ragionevole. Non sembra però che la natura del patto, o per meglio dire la sua origine, abbia assunto uno specifico rilievo nella decisione del giurista severiano. Soprattutto non sembra si possa parlare in senso rigoroso di una *datio (sub) certa lege*, in quanto non si intravede alcuna seria relazione tra il patto in sé e la costituzione della dote: non (lo si è già detto) in senso sinallagmatico, il che è del tutto evidente, ma neppure in termini, per così dire, di precisazione regolativa degli effetti dell'atto costitutivo della dote. Al più la dote è stata l'occasione per il raggiungimento dell'accordo. Discorso almeno parzialmente diverso sarebbe se si dovesse giungere alla conclusione che il marito si fosse impegnato a tenere la donna indenne per le spese di qualunque viaggio ella avesse, del tutto liberamente, ritenuto di intraprendere. In tal caso, anche se al di fuori di una relazione di scambio in senso proprio, si potrebbe quantomeno prospettare una sorta di limitazione all'attribuzione patrimoniale disposta dalla moglie (mediante la costituzione della dote), diretta al soddisfacimento (peraltro) di un suo interesse patrimonialmente apprezzabile. Non è però questo, come si è detto, il contenuto dell'accordo intervenuto tra i due. La vicenda in concreto esaminata porta a ritenere che il marito si fosse piuttosto impegnato a farsi carico delle spese che la donna avesse dovuto di volta in volta affrontare per ricongiungersi al marito stesso. Da questo punto di vista non si può sottovalutare, lo si è evidenziato, che la donna si era messa in viaggio su espressa sollecitazione del consorte (*ad litteras viri*).

neque datione ulla, neque facto sumpsit effectum, sed dictum est tantum: *quocumque ibis dabo sumptus quos feceris in itinere*). Di qui anche la critica rivolta a Cirillo e Anastasio che ritenevano invece accordata l'*actio praescriptis verbis* («Igitur male Cyrillus & Anastasius dari uxori actionem praescriptis verbis»); tra gli studiosi recenti vd., implicitamente, A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 («señala que no cabe una *actio directa* para reclamar aquellos gastos siguiendo la máxima *ex nud[a]<o> pact[a]<o> actio non oritur*»).

⁵¹ R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 108 («Papiniano l'avrà concessa, verosimilmente, non in base al mero patto, ma nel presupposto dell'esecuzione della *datio dotis*»); così («zur Durchsetzung eines durch *datio* bekräftigten *pactum*») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s., che, in aggiunta al già citato C. 5.14.1, vorrebbe addurre a sostegno anche Gai. 3 *ad l. XII tab.* D. 2.14.48 e Paul. 35 *ad ed.* D. 23.4.20.1. Diversamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 275 ss., il quale, più che a un'applicazione della dottrina labeoniana o aristoniana del sinallagma, pensa a un'applicazione in via utile (mediante *praescripta verba*) dell'*a. ex stipulatu*, da inserirsi nel quadro della innovativa politica giurisdizionale adrianea che avrebbe accompagnato la codificazione dell'editto voluta dall'imperatore, la quale (politica) avrebbe reimpostato i meccanismi di tutela sull'estensione in via analogica dei rimedi processuali edittali: al riguardo vd. G. ROMANO, *Giuliano* 1 cit., cap. II § 6.

⁵² Si pensi a Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8 '*si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur*'. Sul brano vd., tra i tanti, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 49; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 286 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 215 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 234; R. FERCIÀ, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evidenza dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014, 27 s., 70 nt. 197. In ottica interpolazionistica ci limitiamo a segnalare P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 303; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 282 s.

Peraltro, l'esame del giurista non sembra interessarsi a questa eventuale relazione, e pare piuttosto proiettare la soluzione su un piano più generale, provando a valutare l'azionabilità del patto in quanto tale, a prescindere dunque dall'esistenza stessa della dote. Il rimborso delle spese di viaggio rappresentava del resto una prassi assai diffusa tra coniugi, e costituiva una questione ampiamente dibattuta, che toccava (come si è accennato) il tema delle donazioni tra coniugi, di cui si occupava, sempre nel *l. 4 resp.*,⁵³ lo stesso Papiniano, il quale ne aveva affermato l'irripetibilità, anche in assenza di apposita convenzione, secondo quanto testimoniato nel già ricordato Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr. Soluzione, questa, che, come si affrettava a precisare Ulpiano, doveva ancor di più valere per le ipotesi in cui la moglie si fosse messa in viaggio non di sua iniziativa, ma su invito del proprio uomo, con modalità che avrebbero a maggior ragione escluso la sussistenza di intenti donativi,⁵⁴ essendo in sostanza il viaggio avvenuto nell'interesse del marito stesso (*maxime si ipsius causa profecta est*). Ed era proprio questa precisazione che offriva ad Ulpiano lo spunto per citare (seppure in una prospettiva più allargata) l'opinione di Papiniano.⁵⁵

4. Permane invero sempre la possibilità di un adattamento mediante *praescripta verba* di uno specifico programma di giudizio, al di fuori dunque di un modello generale. Ipotesi che non è necessariamente incompatibile con l'affermazione di Papiniano '*licet directa actio nulla competit*'. Se è vero che in prima battuta essa farebbe pensare che il giurista non stesse prendendo a riferimento uno specifico strumento processuale, su cui eventualmente intervenire al fine di assicurare un'estensione dell'ambito applicativo, ma che stesse diversamente e più ampiamente evidenziando l'assenza di rimedi edittali cui fare validamente ricorso, non si può d'altra parte non considerare, come si è del resto avuto modo altrove di precisare,⁵⁶ che non sono del tutto assenti casi in cui l'espressione *nulla actio* si trova diversamente adoperata al fine di segnalare l'impossibilità di avvalersi di un determinato mezzo processuale: quasi a voler sottolineare che questo non fosse in alcun modo adoperabile.⁵⁷

⁵³ Per una connessione palinogenetica tra i due brani vd. già H.E. DIRKSEN, *Civilistische Abhandlungen*, I, Berlin 1820, 217 e ivi nt. 59a; anche se con cautela («Jungendum fortasse cum fr. 500 § 3»), O. LENEL, *Pal.1.* 898 nt. 2 (Pap. 501); P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 325 s.; più decisamente R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107.

⁵⁴ Circostanza che avrebbe altrimenti reso prospettabile, come si è accennato, la ripetizione di quanto pagato per il ben noto divieto di donazione tra coniugi.

⁵⁵ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.21 pr. *Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere praestari solet, solvisset, an quasi locupletiore ea facta exactio fiat, an vero nulla sit donatio? et magis puto non interdictum hoc, maxime si ipsius causa profecta est. nam et Papinianus libro quarto responsorum scripsit vecturas uxoris et ministeriorum eius virum itineris sui causa datas repetere non posse: iter autem fuisse videtur viri causa et cum uxor ad virum pervenit. nec interesse, an aliquid de vecturis in contrahendo matrimonio convenerit: non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas et aliquid maritus expensarum nomine ei praestiterit, hoc revocandum non est.*

⁵⁶ G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V ntt. 12, 365.

⁵⁷ Impiego al quale, del resto, non sembrerebbe sottrarsi lo stesso Papiniano in Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7, tratto sempre dal *l. 4 resp.*, in cui non è poi così irragionevole ritenere che attraverso l'espressione *nulla est actio viro* il giurista intendesse riferirsi all'azione contrattuale da compravendita: per una valenza generale vd. tuttavia A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, 172; stando almeno alla traduzione del passo, H. ANKUM, *Eviktion von Dotalsachen im klassischen römischen Recht*, in *BIDR* 100, 1997, 55; non diversamente vd. già Stefano nello sch. 'Ἐχε ταῦτα a Bas. 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2066) 'ὁδὲμίαν ἔχει κατὰ τῆς γυναικὸς ὁ ἀνὴρ ἀγωγὴν': per

Resta ovviamente la difficoltà di precisare quale modello processuale avrebbe potuto prestarsi a un siffatto scopo. Purtroppo il dato palinogenetico non ci fornisce informazioni utili in tal senso, visto che non si può certo pensare a un intervento adeguativo dell'*a. rei uxoriae*. Al di là delle molte questioni che sussistono sulla struttura della formula (se si trattasse di azione *certa* o *incerta*, sulla collocazione della *clausola quod eius melius aequius erit*)⁵⁸ un dato può ritenersi pacifico, se si prescinde da rarissime eccezioni:⁵⁹ e cioè che l'azione fosse volta alla restituzione della dote e che dunque nell'*intentio* fosse indicato un *reddere oportere*.⁶⁰ Nel nostro caso l'azione era concessa al solo scopo di far valere il patto dotale, con un intento chiaramente aberrante rispetto alla funzionalità dell'*a. rei uxoriae*, anche a voler ipotizzare un adeguamento del programma di giudizio. Né del resto può considerarsi un caso se una tale ipotesi interpretativa, se non ci inganniamo, non sia stata mai affacciata in dottrina.⁶¹

Piuttosto sono state prospettate diverse possibilità. Volendo prescindere dall'*actio negotiorum gestorum in factum*,⁶² dall'*a. legis Aquiliae*⁶³ o ancora dalla congettura di un'azione editale *in factum* diretta a ottenere un decoroso sostentamento,⁶⁴ le quali ci condurrebbero tutte, comunque, al di fuori del raggio applicativo dell'*a.p.v.*, si è per lo più pensato all'*a. mandati* e all'*a. ex stipulatu*.

L'eventualità di un'estensione in via utile dell'*actio mandati* è fatta risalire a Cirillo il giovane,⁶⁵ sulla scorta dello sch. Κυρίλλου. Ἐὸν πακτεύσει ad Bas. 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124).⁶⁶ Si tratta in realtà di un'interpretazione che non si mostra propria-

l'assegnazione della paternità dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 287; sul brano di Papiniano vd. *infra* § 5.

⁵⁸ Per tali aspetti si rinvia a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. La formula dell'actio rei uxoriae*, I, Torino 2006, 15 ss., con illustrazione delle diverse ipotesi ricostruttive avanzate in dottrina, già a partire dagli autori di diritto comune.

⁵⁹ Così ad es. A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia 1869, 126; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 352.

⁶⁰ M. VARVARO, *Studi* cit., 15 ss., 189 ss.; più recentemente F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*. *Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca*, in RDR 20, 2020, 438 s. e ivi nt. 28.

⁶¹ Un adattamento *praescriptis verbis* dell'*a. rei uxoriae* è preso in effetti in considerazione da J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s., ma solo relativamente alla ben differente ipotesi di C. 5.14.1, in cui è in gioco la restituzione del denaro trasferito al marito *dotis causa* (in proposito vd. *infra* nel testo). Quanto a Pap. 4 *resp.*, lo si è più volte sottolineato, il maestro culto era piuttosto dell'idea che a trovare applicazione fosse un'*a. in factum* pretoria.

⁶² Così E. VALIÑO, *Actiones utiles* cit., 354; in senso contrario, condivisibilmente, F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278 s. nt. 67 («mancano la prospettiva e la sostanza della gestione di affari altrui»).

⁶³ Così, seppur con cautela, A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 ss.

⁶⁴ F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127 («Diese utilis in factum setzt ein<e> directa in factum actio voraus, die im Edict gestanden, aber für den vorliegenden Fall nicht ausgereicht haben wird»); in termini non molto differenti, prendeva posizione per l'estensione di azione editale pretoria già K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Erster Band*, Leipzig 1840, 340 e ivi lett. g. («Insbesondere konnte die Fassung einer solchen in factum actio einer im prätorischen Edicte aufgestellten in factum actio angeschlossen werden, wodurch eine utilis in factum actio entstand»).

⁶⁵ Sul giurista vd. *infra* nt. 125.

⁶⁶ Così già F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 127: «Cyrillus, der [...] die versagende directa actio für eine Mandatsklage hält»; più di recente F. GALLO, *Synallagma 2* cit., 278: «mostrando così di vedere nel mezzo processuale concesso un'applicazione utile di tale azione»; attribuisce ancora diversamente a Cirillo la

mente rispettosa del pensiero del giurista bizantino, il quale si limitava semplicemente a legare il ricorso all'*a.p.v.* all'impossibilità di avvalersi dell'*a. mandati*, senza prospettare in alcun modo possibili e più strette relazioni tra gli impianti dei due programmi di giudizio. Questione, questa, del resto integralmente inesplorata dallo 'scoliate', la cui analisi era unicamente incentrata sull'individuazione delle ragioni del mancato ricorso all'*a. mandati*, che si vorrebbero rintracciare in valutazioni di ordine soggettivo facenti appello all'intenzionalità delle parti.⁶⁷ Si legga lo scolio:

Sch. Κυρίλλου. Ἐὰν πακτεύση *ad Bas.* 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. B V 2124) Κυρίλλου. Ἐὰν πακτεύση ἡ γυνή, δαπανήμασι τοῦ ἀνδρὸς ὁδεύειν, ἔχει πρᾶεσκριπτοῖς βέρβοις ἀγωγὴν⁶⁸ οὐτιλίαν ἦτοι ἴμφακτουμ, ἦν δέδωκεν ὁ Παπτιανὸς ἐξ ἀτονίας τῆς μανδάτης, ἐπειδὴ μὴ ἐντελλομένη ψυχῇ.

L'idea di un adeguamento dell'*a. mandati* mediante *praescripta verba* sembra potersi piuttosto attribuire a Mühlenbruch.⁶⁹ Al di là della questione della paternità, una tale ipotesi appare scarsamente verosimile, tenuto conto che la vicenda sfugge del tutto a un possibile inquadramento all'interno del mandato,⁷⁰ anche ad ammettere un adeguamento del programma di giudizio.

Rimarrebbe a questo punto la possibilità di un'*actio ex stipulatu in factum*,⁷¹ con una soluzione che sembra rispettare nel complesso le informazioni contenute nel brano, potendosi per questa certamente affermare che non compete direttamente nella sua configurazione e applicazione ordinaria. Ciò ammesso, l'eventualità di un adattamento (*praescriptis verbis*) dell'*a. ex stipulatu* non è però supportata da specifici elementi. Né pare che in favore di tale ipotesi sia realmente proficuo invocare,⁷² sempre in tema di dote, C.

concessione dell'*a.p.v.* «come adattamento in via utile non dell'azione da mandato, ma di uno schema di *actio in factum*» G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 nt. 77, con una proposta che anche in questo caso non può dirsi rispondente al pensiero del maestro bizantino.

⁶⁷ Per un'approvazione del punto di vista del giurista bizantino vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (Opera IV) cit., 2073: «recte idem Cyrillus, cessare [...] actionem mandati, quia non fuit animus mandati contrahendi»; così («die Mandatsklage finde hier überall nicht statt, weil der animus mandandi fehle») anche C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald 1826,² 150 nt. 252, con richiamo appunto allo scolio di Cirillo.

⁶⁸ Così in base a una congettura di Fabrotus. Nel *Codex Laurentianus Pluteus LXXX*. 11 si legge piuttosto παραγραφῆν: parola carcerata da Scheltema (Schelt. B V 2124 nt. l. 16). Sul manoscritto in questione vd. G.E. HEIMBACH, *Prolegomena*, in *Basilicorum Libri LX*, VI cit., 168 s.; H.J. SCHELTEMA, *Praefatio, Series A-Volumen IV*, XXV s.

⁶⁹ C.F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre*² cit., 150 nt. 252 («Utilis actio habe hier die Bedeutung von praescriptis verbis actio [...] Es liege in jenem Vertrage mit der Frau doch versteckterweise ein Mandat, also sei die Klage eine utilis mandati actio»), 152 nt. 253, ove maggiore cautela («ist wahrscheinlich von einer utilis mandati actio zu verstehen»).

⁷⁰ Critiche già in G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* cit., 33; E. VALIÑO, *Actiones utiles* cit., 354; più di recente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 278 («la supposta somiglianza [...] col mandato si rivela inesistente»); scettico («ganz und gar ungewiß») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 223 nt. 237.

⁷¹ Così, come si è accennato (*supra* nt. 51), F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 280 s. e ivi nt. 77, adducendo in tal senso (anche) il più tardo C. 2.4.33(34); giudica poco plausibile l'ipotesi M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 225 nt. 252.

⁷² F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 s.; sempre per una connessione tra le due testimonianze, ma in un

5.14.1,⁷³ brano del quale ci siamo occupati in passato⁷⁴ e in cui ad essere preso in considerazione dalla cancelleria imperiale non è certo un impiego dell'*a.p.v.*, né come adeguamento dell'*a. ex stipulatu* (come vorrebbe Gallo) né come modello generale da causalizzare in concreto (come pretenderebbero diversamente Santoro e Artner), quanto piuttosto l'esercizio della *condictio* in via di mera ripetizione,⁷⁵ come del resto si evince chiaramente dalla chiusa (*cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea* convenit): la quale *condictio*, è bene precisarlo, è definita *utilis* sol perché proficuamente applicabile.⁷⁶

5. Escluso il ricorso all'azione contrattuale (in ogni sua possibile e diversa declinazione) non resterebbe che pensare all'impiego dell'azione pretoria.⁷⁷ In questi termini si esprimeva del resto già Isidoro nello sch. Ἰσιδώρου. Οὔτε *ad* Bas. 29.5.24,⁷⁸ con un punto di vista che aveva conquistato l'apprezzamento di Cuiacio,⁷⁹ che pure, come si è accennato,⁸⁰ militava tra quanti leggevano nell'*utilis condictio* di C. 5.14.1 un riferimento all'*a.p.v.*, da intendersi quale adattamento dell'*a. rei uxoriae*.⁸¹ Rimane certo l'ambiguità della qualificazione dell'azione come *utilis*, che, lo si è detto, a molti è parsa in contrasto con la defini-

differente ordine di idee, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 105 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 nt. 246 («Es ist mehr als wahrscheinlich, daß [...] beide Fragmente Ausdruck einer einheitlichen Rechtsauffassung sind»).

⁷³ C. 5.14.1 *Imp. Severus et Antoninus AA. Nicae*: Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse tibi debet, quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. *PP. VII k. Febr. Albino et Aemiliano cons.* [a. 206]

⁷⁴ G. ROMANO, *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino 2021, cap. V § 8, al quale si rinvia per un esame più dettagliato della testimonianza e dei suoi rapporti col gemello C. 2.3.10 (Alex., a. 227).

⁷⁵ In questo senso vd. già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 275; G. MELILLO, *Un rescritto severiano e la identificazione dei 'nuda pacta'*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios* 2 cit., 849.

⁷⁶ Così ad es. A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930, 73 nt. 47; G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones*, in *Studi parmensi* 1, 1950 = R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 764; H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Reskriptsammlungen*, in *ZSS* 69, 1952, 136 nt. 16.

⁷⁷ Non lo escludeva del tutto (rispetto all'ipotesi della inazionabilità del patto) neppure G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 502, in termini che inducevano l'autore a ritenere in ogni caso interpolati gli aggettivi *directa* e *utilis*, tenuto conto che non si sarebbe trattato di un'estensione di rimedio processuale editale, ma di «eine völlige Neuschöpfung einer *actio* ohne Anlehnung an irgendein bestehendes Vorbild»; per l'azione pretoria (da attribuirsi però a una «prassi postpapiniana» più che al giurista severiano) vd. S. SOLAZZI, *Per la storia* cit., 521; più recentemente G. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981, 74; L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 190 nt. 71, argomentando da Pap. 8 *resp.* D. 31.77.2; da ultimo G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 ss., 114, anche qui con richiamo all'appena citato Pap. 8 *resp.*

⁷⁸ Sch. Ἰσιδώρου. Οὔτε *ad* Bas. 29.5.24 (Hb. III 473 = Schelt. V 2124): Ἰσιδώρου. Οὔτε ἡ πραε-σκριπτοῖς βέρβοις ἐκ τοῦ feci ut des. οὔτε γὰρ εἶπεν ἄπελθε καὶ δίδωμι, ἀλλ' ὁποῦδήποτε εἰ ἀπελεύσῃ, ἔμοις ἀπελεύσῃ δαπανήμασιν.

⁷⁹ J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., 2072 s.

⁸⁰ *Supra* nt. 61.

⁸¹ J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X (Opera IX)* cit., 102 s.

zione della stessa azione come *in factum*, nel presupposto si trattasse di categorie e modelli processuali tra loro, se non antitetici, certamente nettamente distinti.⁸² Per lo meno a voler pensare ad azione *in factum* quale autonomo modello processuale slegato da un referente editale (c.d. völlige Klage-Neuschöpfung). Di qui le critiche che sono state anche recentemente formulate sulla locuzione in questione.⁸³ Ciò spiega i vari tentativi di quanti, come si è visto, hanno preso in considerazione l'estensione di azione pretoria editale o ancora (e diversamente) l'adattamento *in factum* dell'*a. legis Aquiliae*, provando a sfruttare, in questo caso, la circostanza che di tali adattamenti le fonti discorrono ora di *actiones in factum* ora di *actiones utiles*, con una varietà e fluidità di linguaggio che, non occorre ricordarlo, ha dato origine a un vivace dibattito in dottrina.⁸⁴

C'è però un'ulteriore possibilità in genere non esplorata in dottrina. È cioè possibile che Papiniano stesse prendendo in considerazione un adeguamento *in factum* dell'*a. de dolo*. Che l'*a. de dolo* assolvesse una funzione residuale in tema di tutela dei *nova negotia* è un fatto ben noto, sul quale è stata richiamata anche recentemente l'attenzione della dottrina.⁸⁵ Ad essa in particolare si faceva ricorso ogni qual volta la struttura concreta della fattispecie precludesse il ricorso a strumenti propriamente attuativi del regolamento negoziale o anche solo riequilibrativi delle situazioni pregresse, sempre che, beninteso, la mancata attuazione dell'accordo trovasse fondamento in un comportamento riprovevole. Impiego che sembra calzare perfettamente alla vicenda esaminata da Papiniano.⁸⁶

D'altra parte sappiamo che l'azione non poteva essere concessa tra coniugi, per via del suo carattere infamante. Significativo da questo punto di vista appare certamente C. 5.12.1.2, in cui, di fronte all'impossibilità di agire nei confronti della moglie attraverso l'*a. de dolo*, si ripiega ancora una volta sull'azione *in factum*.⁸⁷

⁸² Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224, che anche per questa ragione è portato ad escludere il ricorso all'azione pretoria, orientandosi piuttosto per l'impiego di azione con *praescripta verba*; sempre per l'incompatibilità, ma con conclusioni di segno opposto, come si è appena visto (nt. 77), G. WESENER, *Utiles actiones* cit., 502.

⁸³ In questo senso (lo si è accennato: *supra* nt. 6) G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 110 ss.: «riunione nello stesso contesto delle parole *in factum* e *utilis*, una delle quali è, giocoforza, destinata a scomparire».

⁸⁴ Sulla questione vd. B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia. I. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, in AUPA 21, 1950, 5 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 109 ss.; A. CORBINO, "Actio directa, actio utilis, actiones in factum" nella disciplina giustiniana del danno aquiliano, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, 3 ss.; P. GRÖSCHLER, "Actiones in factum" e "actiones utiles" intorno alla "lex Aquilia" fra metodo interpolazionistico e metodo-antiinterpolazionistico, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, 29 ss.; A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 328 ss.

⁸⁵ In questo senso vd. soprattutto P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in SCDR 22, 2009, 225 ss.; ID., *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, II, Padova 2011, 584 ss.; ID., *Raggio colposo e actio de dolo malo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di obbligazioni. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 339 ss.

⁸⁶ Che vi fossero gli estremi dell'*actio de dolo* è ammesso anche da R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 107, per quanto l'autore si orienti, come si è ripetutamente osservato, per l'utilizzo dell'*a.p.v.*

⁸⁷ Per una identificazione con l'*a.p.v.* vd. J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989, 462; in senso contrario, a un'azione con *intentio in factum*, «data in luogo dell'*actio doli* ad evitare l'*infamia* della moglie convenuta», pensa condivisibilmente A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88 nt. 137.

C. 5.12.1.2 (Imp. Sev. et Ant., a. 201) *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.*

Non occorre ricordare come il brano, che fa parte di una più ampia e articolata costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla in materia di evizione di beni dotali,⁸⁸ non sia stato risparmiato dalla critica interpolazionistica, la quale ha ritenuto di dover uncinare l'intera chiusa, a partire dalle parole 'nisi a muliere',⁸⁹ convinta che a trovare qui applicazione fosse quell'*a. in factum generalis*, come azione decretale da modellarsi sul caso concreto, di cui i Bizantini avrebbero fatto largo uso, là dove occorreva sopperire all'assenza o comunque all'inapplicabilità di rimedi edituali o meglio sarebbe dire (considerata la procedura ormai solo cognitoria) tipici.⁹⁰ A ciò si erano aggiunti i sospetti che sempre nel primo scorcio del Novecento erano cominciati ad affiorare sulla classicità del 'divieto' di azioni infamanti tra coniugi,⁹¹ senza contare gli appunti che erano stati mossi sul piano della

⁸⁸ C. 5.12.1 pr.-1 (Imp. Sev. et Ant., a. 201) *Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum conditione vel ex stipulatione agere potest. 1. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio. 2. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* Si comincia con l'osservare (pr.) che, nel caso in cui alla costituzione della dote avesse fatto seguito *pollicitatio* o *promissio*, il marito avrebbe potuto far valere la propria pretesa (nei confronti della moglie o del padre di lei) *condictione vel ex stipulatione*, per poi sottolineare (§ 1) come lo stesso, in assenza di *pollicitatio* o *promissio*, avrebbe avuto a disposizione l'*a. ex empto*, a condizione, però, che la *res* evitta fosse stata oggetto di *aestimatio*. Diversamente non avrebbe avuto goduto egli di alcuna tutela: perlomeno non se la moglie o il suocero fossero stati in buona fede, e dunque ignari dell'altruità della *res*. In caso contrario avrebbe potuto agire con l'*a. de dolo*, non però nei confronti della donna, trattandosi di azione infamante. Di qui, allo scopo di evitare l'infamia, il ricorso ad apposita azione *in factum*. Sulla prima parte del brano (pr.-1) vd., anche per le varie proposte di correzione avanzate in dottrina ([*pollicitatio*] <*dictio*>, [*condictione*] <*ex dictione*>), H. ANKUM, *Eviction* cit., 51 ss.

⁸⁹ P. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la "reverentia" tra coniugi in diritto romano. Parte seconda. L'esclusione delle azioni famose diverse dall'"actio furti" e le altre applicazioni dell'obbligo di "reverentia" tra coniugi*, in RISG 47, 1910, 5 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 72 ss.; A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz 1963, 79 e ivi nt. 4; restringe i propri sospetti al solo tratto '*tunc competit*' B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in AUPA 28, 1961, 290 nt. 169, con una posizione che sembra però superata in ID., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 197 nt. 551, ove non si trovano rilievi al riguardo.

⁹⁰ Sull'origine bizantina dell'espressione *a. in factum*, laddove impiegata per designare l'«azione adatta al caso concreto [...] in contrapposizione alle azioni aventi un formulario stabile e preventivamente fissato» vd. per tutti P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 44 ss., 52 ss., al quale si rinvia anche per una ricostruzione del dibattito dell'epoca sulla più generale questione della genuinità stessa dell'espressione *a. in factum*, in sé e per sé considerata.

⁹¹ In questo senso soprattutto P. ZANZUCCHI, *Il divieto* 2 cit., 4 ss., che, con la sola eccezione dell'*actio furti*, prendeva posizione per l'origine giustiniana del divieto, condannando anch'egli la chiusa del provvedimento imperiale; conclusioni che seppero conquistare l'adesione di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, I, Roma 1925, 285, 315 e ancora prima di P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 90 s., 173, non senza in verità evidenti e difficilmente spiegabili oscillazioni: «(90) Che l'*actio in factum* concessa in sostituzione dell'*a. doli* contro i genitori, il patrono, il coniuge sia classica non mi par lecito

struttura sintattica (*nisi [...] tunc enim*),⁹² oltre che per l'uso del verbo *competere* se riferito (come in questo caso) all'esercizio di un'azione decretale.⁹³

Sul piano testuale veniva poi invocato il differente quadro solutivo tratteggiato in Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7, in cui, si è detto, Papiniano non avrebbe esitato ad accordare l'*a. de dolo*, nel caso in cui la donna fosse stata consapevole dell'appartenenza ad altri delle *res dotales*.

È il caso di leggere il brano

D. 23.3.69.7 (Pap. 4 *resp.*) *Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro: alioquin de dolo tenetur.*

Si tratta di rilievi che possono e devono ritenersi in larga misura oggi superati,⁹⁴ compresi (crediamo) quelli relativi al divieto di impiego dell'*a. de dolo* tra coniugi.⁹⁵ Proprio da questo punto di vista non sembra essere realmente decisivo, al di là delle apparenze, il richiamo a Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7. Senza che occorra qui soffermarsi sulle gravi questioni che il brano pone in relazione alla possibilità di agire *ex empto* in caso di *aestimatio* delle *res dotales*, (possibilità) ammessa dalla cancelleria di Settimio Severo e Antonino Caracalla (C. 5.12.1.1) e negata invece da Papiniano,⁹⁶ e a prescindere dai sospetti di alterazione che

dubitare: essa compare appunto con questo scopo di sostituire la prima anche nella c. 1 § 2 C. 5.12 di SEVERO e CARACALLA [...] (173) Il periodo *nisi-competit* è certamente interpolato e interpolata è quindi anche qui l'*actio in factum*)». Sempre per la non classicità del divieto vd. A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 78 ss.; P. ZANNINI, v. *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi (diritto romano)*, in Enc. dir. 38, Milano 1987, 370.

⁹² Così già F. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886, 26 ss.; di «uno dei segni più caratteristici» dello stile dei Bizantini discorre P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2 cit.*, 7; E. ALBERTARIO, *La costruzione "nisi ... tunc enim", ed altre somiglianti (Contributo all'esegesi del Digesto)*, in Filangieri 36, 1911, 801 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit.*, 173 nt. 1.

⁹³ P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2 cit.*, 7.

⁹⁴ Per la genuinità vd. A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17; H. ANKUM, *Eviktion* cit., 55 s. Quanto alla questione dell'utilizzo del verbo *competere* con riferimento ad azioni decretali ci limitiamo a rinviare, nella speranza di poter tornare più ampiamente sulla questione, alle brevi notazioni contenute in G. ROMANO, *Giuliano 1 cit.*, cap. II § 5.

⁹⁵ Per la classicità vd. O. ROBLEDÁ, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, 238 e ivi nt. 49; H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56.

⁹⁶ Ciò in ragione del fatto che l'eventuale *aestimatio* delle *res* concesse in dote non avrebbe comportato la conclusione di un contratto di compravendita, ma avrebbe assolto la sola e diversa funzione di precisare l'entità economica della dote (*summa declaratur*). Di qui l'impossibilità di agire con l'*a. ex empto*. In questa sede non conta certo stabilire se il diverso ordine solutivo rispetto alla sostanzialmente coeva costituzione imperiale si debba semplicemente inquadrare nell'ottica di una *dissensio opinionum*; o se diversamente sia indice di una innovazione giustiniana, se non più propriamente postclassica (Frag. Vat. 105 e 111), che avrebbe portato a vedere nella *aestimatio dotis* una sorta di vendita condizionale. Si tratta, com'è noto, di tema su cui si affatica da tempo la dottrina. Giudicano non classico il ricorso all'*a. ex empto*, sul presupposto di un inquadramento della *aestimatio dotis* all'interno dello schema dell'*emptio venditio*, E. ALBERTARIO, *Subtilitas legum e moderamen naturalis iuris nel diritto dotale romano giustiniano*, in RIL 58, 1925 = *Studi di diritto romano. Volume primo. Persone e famiglia*, Milano 1933, 394; ID., *Interpolazioni in D. 20.4.9.3 (appunti sulla aestimatio dotis)*, in RIL 59, 1926 = *Studi 1 cit.*, 405; A. EHRHARDT, *Iusta causa*

hanno variamente colpito il brano,⁹⁷ è sufficiente osservare che il giurista non sta qui affermando che in caso di mala fede della moglie dovrà agirsi nei suoi confronti attraverso l'*a. de dolo*.⁹⁸ Egli si limita piuttosto e più genericamente a rilevare che in tal caso la donna avrebbe dovuto ritenersi responsabile per il dolo commesso (*de dolo tenetur*),⁹⁹ con un'af-

traditionis cit., 91 ss.; respinge l'ipotesi di una riconduzione formale della *dotis datio* di *res aestimae* allo schema dell'*emptio venditio* anche H.J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in ZSS 53, 1933, 331 ss., per quanto l'autore non escluda che già i giuristi classici potessero essersi soffermati a riflettere su possibili analogie tra i due negozi, in termini che avrebbero reso possibile un impiego, magari in via utile, dell'*a. ex empto* in caso di evizione (là dove non si fosse provveduto alla conclusione di apposita *stipulatio*); A. CALONGE, *Aestimatio dotis*, in AHDE 35, 1965, 5 ss., 42 ss.; L. BERNAD SEGARRA, *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español*, Madrid 2011, 85 s. In senso contrario, e dunque per l'impiego dell'*a. ex empto*, vd. E. VOLTERRA, *In tema di aestimatio dotis*, in RIL 66, 1933, 1014 ss.; A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 167 ss.; non ha dubbi sull'esperibilità dell'*a. ex empto* H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56 ss., il quale giustifica la diversa soluzione di Papiniano col fatto che non ci troveremmo in presenza di una *aestimatio dotis* in senso tecnico, non essendo attribuita al marito facoltà di scelta tra (restituzione della) «Dotalsache» e (pagamento della) «Schätzungssumme». Sulla questione vd. anche, con ulteriori riferimenti alla letteratura, M. VARVARO, *Studi* cit., 47 nt. 97.

⁹⁷ Dubbi sulla genuinità della chiusa '*ideoque-tenetur*' si trovano in G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 45, 1925, 469, con sospetti in parte ridimensionati in ID., *Et ideo – Declarare – Hic.*, in ZSS 51, 1931, 59, ove vengono fatte salve le parole '*rebus evictis*' e '*nulla est actio viro*', per quanto da altro punto di vista venga soppresso l'intero inciso '*summa declaratur, non venditio contrahitur*'; critiche al brano anche in A. CALONGE, *Aestimatio dotis* cit., 50 ([*aestimatas*] <*datas*>; [*summa declaratur, non venditio contrahitur: ideoque*]); per la genuinità della chiusa, ma più in generale dell'intera testimonianza, vd. A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172, non senza tuttavia appunti sul piano della forma, soprattutto per ciò che concerne il tratto iniziale '*Cum res-contrahitur*', che presenta un innegabile disordine sul piano sintattico-grammaticale; non sono diversamente formulati rilievi in H. ANKUM, *Eviktion* cit., 55 s.

⁹⁸ Così invece A. CALONGE, *Aestimatio dotis* cit., 51; ancor prima A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17, con le precisazioni di cui *infra* nt. 101.

⁹⁹ Si tratta del resto di circostanza da tempo ampiamente sottolineata in dottrina. In questo senso già J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («*tenetur de dolo: non dicit teneri actione de dolo directa, quia famosa est actio, et in uxorem, vel eam quae uxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonii*»); K.L. ARNDTS VON ARNESBERG, *Zur Lehre von der Evictionsleistung in Betreff der dos*, in AcP 50, 1867 = ID., *Gesammelte Civilistische Schriften. Erster Band*, Stuttgart 1873, 482 («*Der Ausdruck de dolo tenetur [...] bezeichnet nur den Grund [...] nicht die Art der Klage*»); negli stessi termini F. BLUS-SON, *Des pouvoirs du mari sur les biens de sa femme en droit romain*, Toulouse 1874, 43; D. CAMICI, *Del regime patrimoniale nel matrimonio romano*, Firenze 1882, 167 nt. 1; C. FADDA, *Ancora dell'evizione nella dotis datio*, in AG 31, 1883, 364 e ivi nt. 15; ID., *Studi e questioni di diritto. Volume I. Diritto romano-Diritto intermedio*, Napoli 1910, 349 s.; F. BAYSSAT, *De l'action rei uxoriae en droit romain*, Le Puy 1887, 57 s.; tra gli autori recenti H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56 («*Papinian schreibt nicht, daß gegen die Frau die actio de dolo möglich sei. Er schreibt nur, daß sie wegen dolus haftet*»), che proprio per questa ragione non coglie alcuna contraddizione rispetto al rescritto di Settimio Severo e Caracalla. Oscillante il punto di vista di P. COGLIOLO, *Quaestiones vexatae de dotibus in iure romano. I. Se il marito possa agire per evizione contro il costituente la dote nei casi di datio dotis*, in AG 29, 1882, 160 nt. 8, il quale, se per un verso sembra respingere (in opposizione a Camici) l'ipotesi che l'espressione *de dolo tenetur* alluda a un rimedio processuale che non fosse l'*a. doli*, per altro esclude che l'azione (da dolo) potesse essere intentata nei confronti della donna, dovendosi piuttosto agire nei suoi confronti con l'*a. in factum* di cui si discorre in C. 5.12.1.2; dello stesso autore occorre anche considerare la posizione tenuta in *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino 1885, 41 nt. *, ove non vi è più traccia della critica precedentemente rivolta a Camici e si dà per pacifica (almeno così parrebbe) la conversione dell'*a. de dolo* in *a. in factum*. Che

fermazione che non preclude l'eventualità che tale responsabilità dovesse essere fatta in concreto valere attraverso altra azione o mediante un adattamento *in factum* della stessa *a. de dolo*.¹⁰⁰ Non sembra invece che la denunciata incongruenza rispetto a C. 5.12.1.2 possa risolversi ipotizzando che Papiniano stesse qui valutando un ricorso all'*a. de dolo* successivo allo scioglimento del vincolo matrimoniale, secondo quanto è stato talvolta congetturato sotto la suggestione dell'espressione *solutio matrimonii* che ricorre in apertura del frammento.¹⁰¹

6. La soluzione che leggiamo in C. 5.12.1.2 non è altro, del resto, che un'applicazione specifica del più generale principio che troviamo formulato in Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.3.11.1.¹⁰²

l'espressione *de dolo tenetur* di per sé indichi il solo fatto che la donna sia responsabile per il dolo è in definitiva ammesso anche da P. ZANZUCCHI, *Il divieto 2* cit., 8 nt. 1, che pure prende posizione per l'origine giustiniana del divieto di azioni infamanti tra coniugi: solo che, a detta dell'autore, ciò rappresenterebbe il punto di vista dei compilatori («per il diritto giustiniano il frammento si concilia osservando che in esso si parla di una prestazione per il dolo [*de dolo tenetur*], non di un'*actio doli*»), con un'ipotesi che non tiene conto, in realtà, del ben differente ordine di idee in cui si ponevano i maestri bizantini (in proposito vd. *infra* nt. 101).

¹⁰⁰ Nel senso di un adeguamento *in factum* dell'*a. de dolo* vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063, su cui vd. *infra* nt. 102; per l'impiego dell'*a. in factum*, senza affrontare però la questione del rapporto di questa con l'*a. de dolo*, K.L. ARNDTS VON ARNESBERG, *Gesammelte Civilistische Schriften* 1 cit., 481 s.; tra gli autori recenti H. ANKUM, *Eviktion* cit., 56.

¹⁰¹ Si tratta di interpretazione che può farsi risalire già agli autori bizantini. In questo senso vd. Stefano nello sch. Δηλονότι *ad Bas.* 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2067) 'Δηλονότι μετὰ τὴν τοῦ γάμου διάλυσιν ἔτι γὰρ τοῦ γάμου συνισταμένου κινεῖν ἀτιμοποιὸν ἀγωγὴν οὐ δύναται κατὰ τῆς γυναικὸς ὁ ἀνὴρ, ἀλλ' ἰμφάκτουμ': per l'attribuzione a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 287; nonché Enantiofane in sch. Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Μετὰ λύσιν *ad Bas.* 29.1.65 (Hb. III 411 = Schelt. B V 2067) 'Τοῦ Ἐναντιοφανοῦς. Μετὰ λύσιν τοῦ γάμου συνεστῶτος γὰρ τοῦ συνοικεσίου ἀτιμοποιὸς ποινάλια ἀγωγή κατὰ τῆς γαμετῆς οὐ κινεῖται'; tra gli autori contemporanei si segnala A. BURDESE, *Aestimatio dotis* cit., 172 nt. 17 («L'*actio doli* spetterebbe dunque *solutio matrimonii*, l'*actio in factum constante matrimonii*»). L'ipotesi, che avrebbe certo il vantaggio di risolvere a monte ogni possibile profilo di contraddizione tra Pap. 4 *resp.* e il brano codicistico, non può essere tuttavia seguita, per diverse ragioni. Per un verso, perché non tiene conto del fatto che la locuzione *solutio matrimonii* si riferisce (chiaramente) al momento in cui andranno restituiti i beni dotali (*Cum res in dotem aestimatas solutio matrimonii reddi placuit*), più che a quello in cui andrà esperita l'azione (qualunque essa fosse). Per altro verso, e soprattutto, perché non spiega per quale motivo si sarebbe dovuto riconoscere al marito il diritto di agire contro la moglie una volta sciolto il matrimonio, tenuto conto che, a quel punto, egli sarebbe stato comunque tenuto a restituire alla donna, non solo i beni dotali, ma anche quanto avesse eventualmente ottenuto dalla stessa a indennizzo della subita evizione: in questo senso vd. J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad §. Cum res*) 2062 s., che pure parrebbe prospettare tra le righe un possibile esercizio dell'azione, adeguata *in factum* (ntt. 100, 102), anche dopo lo scioglimento del matrimonio («in uxorem, vel eam quae uxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonii»); F. BLUSSON, *Des pouvoirs* cit., 43. Significativo da questo punto di vista si rivela, seppur nella più specifica prospettiva dell'impiego dell'*a. empti*, Ulp. 34 *ad Sab. D.* 23.3.16 'Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione solutio matrimonii ei praestare oportet': sul brano vd. H. ANKUM, *Eviktion* cit., 59 s., con correzione di '*dotis actione*' con '*actione rei uxoriae*'.

¹⁰² Per una connessione tra le due testimonianze vd. già J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papinianii* (*Opera IV*) cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («Tenetur ergo de dolo [...] non directa actione doli, sed in factum verbis temperata, ut ait *l. non debet, de dolo*»); P.

D. 4.3.11.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellat debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. Et ita Labeo. Quid ergo est? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.*

L'attenzione di Ulpiano è qui rivolta all'individuazione dei soggetti passivamente legittimati all'esercizio dell'*actio del dolo*, precisando come, per via della natura infamante, l'azione non potesse essere accordata nei confronti di determinate categorie di individui, là dove ad agire fossero soggetti ad essi legati in base a precisi rapporti giuridici (*liberis vel libertis adversus parentes patronosve*) o anche solo di assai più modesta considerazione sociale.¹⁰³ Ciò in conformità a un principio affermato già ai tempi di Labeone (*Et ita Labeo*).¹⁰⁴ Di qui la necessità di un adeguamento *in factum* dei *verba iudicii*, in modo da inserire all'interno del programma di giudizio la menzione della *bona fides*, allo scopo di porre rimedio al carattere infamante dell'azione.¹⁰⁵

DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, il quale, pur non avendo dubbi sull'impiego dell'azione *in factum* «in sostituzione dell'*a. doli*», esprime tuttavia serie riserve sulla classicità della chiusa '*Quid ergo fiat*' («non so risolvermi ad accettare come classico il periodo finale»), con sospetti che si estendano al successivo Paul. 11 *ad Sab.* D. 4.3.12 '*ne ex dolo suo lucraretur*'. Tra le altre cose, l'autore giudica scorretto l'impiego dell'espressione '*in horum persona*', in luogo di '*in horum personam*'; dubbi («forse alterata») sulla parte finale del brano si trovano in B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 196 s. nt. 551, con rilievi che colpiscono (a nostro modo di vedere, senza ragione) le parole *verbis temperandam* («la frase *verbis temperandam*, grammaticalmente scorretta»). Per la genuinità vd. M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in ZSS 101, 1984, 100 e ivi nt. 455; più recentemente non muovono critiche alla fonte D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in E. DOVERE (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio* (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, 162 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, IV, Padova 2003, 292 s.; P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 109 e ivi nt. 49; ID., *Raggiro colposo* cit., 328.

¹⁰³ Dubbi sulla genuinità di questa parte del frammento si trovano in P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, il quale vi intravede un indice della tendenza, tipica dell'epoca postclassica, a distinguere «fra gli *humiles* e i plebei da un lato e coloro *qui dignitate excellunt* e i *consulares* dall'altro»; riserve anche in M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS 60, 1940, 137 nt. 2; A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961, 395 nt. 16; B. ALBANESE, Rec. a P. GARNSEY, *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, in SDHI 36, 1970 = *Scritti giuridici* II, Palermo 1991, 1862, che parla di parole dal «chiaro stampo legislativo».

¹⁰⁴ In relazione alla questione dell'ampiezza della preclusione all'esercizio dell'azione, nella prospettiva labeoniana, vd. D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 166 nt. 105, il quale da parte sua ritiene di dover attribuire al giurista augusteo «solo i casi di esclusione dovuti a differenze sociali». In proposito vd. anche A. METTE DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus. Eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart 1991, 87.

¹⁰⁵ Per la natura non infamante dell'azione così concessa vd., tra i tanti, F. CONNANUS, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, Lugduni 1566, (*Liber VII. De contractibus innominatis. Caput XV. 14*) 600; sempre per la natura non infamante, nell'ottica di una equivalenza sul piano della tutela economica, vd.

Si tratta indubbiamente di una soluzione non semplice e che lascia per certi versi perplessi. Soprattutto non è facile comprendere in che modo la struttura del programma di giudizio dell'*a. de dolo* avrebbe potuto essere adattata *in factum* attraverso l'inserimento di un riferimento a una nozione, come la *bona fides*, che si rivela ontologicamente incompatibile con la nozione di *dolus*: *dolus* e *bona fides* per definizione si escludono.¹⁰⁶ Scartata l'eventualità di una coesistenza, non resta che pensare a una sostituzione. E in questo senso si è in effetti mossa da tempo la dottrina,¹⁰⁷ cogliendo una possibile connessione¹⁰⁸ (con le

già A. FABER, *Rationalia in Pandectas. Tomus primus*, Lugduni 1659, (*De in ius vocando Lib. II. Tit. IV. Ad l. Sed si hac lege 10. Ad §. 12. Praetor ait*) 104 s.: «per quam tantundem consequatur actor, quantum si famosa actione experiretur, nisi quod nulla [...] infamia irrogatur»; W. SELL, *Versuche im Gebiete des Civilrechts. Erster Theil*, Giessen 1833, 68 nt. 2; E. BÖKING, *Pandekten. Grundriß eines Lehrbuches des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts*,⁵ Bonn 1861, 193. Tra gli studiosi recenti M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 292, il quale non nasconde tuttavia le proprie perplessità rispetto all'argomentazione ulpiana, facendo opportunamente osservare come il richiamo alla *bona fides* non avrebbe potuto di per sé rappresentare un espediente per scongiurare il rischio dell'infamia, tenuto conto del non ristretto numero di azioni di buona fede aventi natura infamante; P. LAMBRINI, *Dolo generale* cit., 109 e ivi nt. 49, la quale d'altra parte rileva come l'azione dovesse condurre «probabilmente alle medesime conseguenze economiche». Diversamente, prendeva posizione per una piena equivalenza processuale, anche per ciò che riguarda la natura infamante dell'azione, E. GANS, *Über römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819, 157, il quale pensava in sostanza a una semplice metamorfosi.

¹⁰⁶ Paul. 32 *ad ed. D. 17.2.3.3 'fides bona contraria est fraudi et dolo'*: con le giuste precisazioni di R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 65 e ivi nt. 45. Al riguardo vd. anche D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 173 nt. 119.

¹⁰⁷ Così E. BARON, *Opera omnia in tres tomos divisa*, Lutetiae 1552, (*Digestorum seu Pandectarum liber IIII. De dolo malo. L. XI*) 434 («significat inter agendum nullam malae fidei, doli, vel fraudis mentionem faciendam: & ideo non agendum de dolo, sed in factum»); J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063: «Levior est verbis actio in factum, quae rem gestam tantum narrat, nec nominatim notat dolum, reipsa tamen est de dolo»; nel senso di una espresa menzione della *bona fides* A. FABER, *Rationalia in Pandectas* cit., (*De dolo malo Lib. IV. Tit. III. Ad leg. Non debet. 11 lett. d*) 485, con critica alla diversa ipotesi di Accursio che pensava piuttosto a una formulazione in negativo del dolo: ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad Liber IV. Tit. III De dolo malo. L. XI*, Lugduni 1549, 252: «Ut bonae fide quasi dicat, non malae fidei. & sic per abnegationem contrarii ponitur»; A.G. HEFFTER, *Gai Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827, 79, ove si esclude la presenza di una *intentio incerta* del tipo '*Quicquid dari fieriue oportet ex fide bona*' e si pensa a una semplice modifica dell'*a. de dolo*, in cui il riferimento al dolo sarebbe stato sostituito con la menzione della *bona fides*: «voluit Ictus, formulam de dolo malo adversus istas personas in hanc transfundendam esse: *Si paret, eas non ex fide bona fecisse*, ut doli mentio supprimeretur? Idque verius videtur»; F.C. VON SAVIGNY, *System 5* cit., 473 nt. b; W. SELL, *Versuche* cit., 68 nt. 2; W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1983, 738 («Den milderen Hinweis auf einen Verstoß des Beklagten gegen die *bona fides* ersetzt werden sollte»); più recentemente D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 172 s.; R. CARDILLI, *La "buona fede" come principio del diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in Roma e America. Diritto romano comune 13, 2002, 135.

¹⁰⁸ Per una relazione tra le due questioni vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System 5* cit., 473 nt. b; A. PER-NICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Zweiter Band. Erste Abteilung*,² Halle 1895, 226 e ivi nt. 5; tra gli autori recenti D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 173 ss.; R. CARDILLI, *La "buona fede"* cit., 134 s.; ID., *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino 2004, 3 ss., 16 ss. Esprime perplessità al riguardo R. FIORI, *Eccezione* cit., 64.

dovute differenze)¹⁰⁹ con la non meno discussa¹¹⁰ clausola ‘muciana’¹¹¹ ‘*extra quam si ita negotium ita gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*’, della cui esistenza siamo informati grazie a Cic., *ad Att.* 6.1.15.

Viene naturalmente da chiedersi sino a che punto tale azione possa continuare a considerarsi *de dolo* e non un’*a. in factum* in senso stretto, come autonomo modello di giudizio. In effetti, più che apparire un’*a. de dolo in factum*, essa ha tutto l’aspetto di un’*a. in factum* vera e propria,¹¹² per quanto magari formulata secondo l’appena richiamato schema di Cic., *ad Att.* 6.1.15.¹¹³ Di sicuro va escluso che attraverso questa insolita formulazione

¹⁰⁹ Non si può non considerare come, a differenza della clausola muciana, si trattasse qui di clausola non editale da accordarsi in via decretale (*causa cognita*): in questo senso vd. R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 134 s., il quale, da quest’ultimo punto di vista, osserva come essa presenti (ancor più) significativi punti di contatto con l’*exceptio in factum (decretalis)* concessa per le medesime esigenze di tutela in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16: in proposito vd. *infra* nt. 114.

¹¹⁰ A dividere gli studiosi è la natura della clausola, essendo incerto se si tratti di *exceptio*, come potrebbe suggerire il contesto espressivo (Cic., *ad Att.* 6.1.15 ‘*de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras ‘nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum’. ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσάν sed tectiorem ex Q. Muci P. f. edicto Asiatico*’), o se piuttosto di *praescriptio (pro reo)*: in favore della prima ipotesi vd. ad es. D. MANTOVANI, *L’editto come codice* cit., 174 ss.; B. ALBANESE, *La vetus atque usitata exceptio di Cic., De orat.* 1,37,168, in AUPA 49, 2004 = G. FALCONE (a cura di), *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1100; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 42 ss. Per la seconda, sul presupposto di un impiego atecnico del sostantivo *exceptio* da parte di Cicerone, M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in ZSS 33, 1912, 144 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 320; L. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* 37, 1991, 40 ss.; R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 132 s. e ivi nt. 28; ID., ‘*Bona fides*’ cit., 14 s., al quale si rinvia per una valutazione delle ragioni che avrebbero indotto Cicerone a preferire tale ‘*exceptio*’ rispetto a quella *de dolo* contenuta nell’editto di Bibulo e ritenuta lesiva degli interessi e della *dignitas* dell’ordo equestre (publicani), la cui formulazione doveva essere assai simile alla versione dell’*exceptio doli* dell’editto giuliano (*Bona fides*’ cit., 18 s. nt. 34, con letteratura); R. FIORI, *Eccezione* cit., 84 ss.; ID., ‘*Bona fides*’. *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 112 ss.

¹¹¹ Per un’attribuzione al giurista vd., tra i tanti, L. PEPPE, *Note* cit., 35 s.; R. CARDILLI, *La “buona fede”* cit., 137 ss.; diversamente R. FIORI, *Eccezione* cit., 61 e ivi nt. 35, il quale osserva come il brano di Cicerone non legittimi tali conclusioni, limitandosi Cicerone ad affermare come la clausola fosse presente all’interno dell’editto di Q. Mucio.

¹¹² In questo senso vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 293, il quale appunto esclude che potesse trattarsi di un «adattamento» dell’azione editale, orientandosi piuttosto per un’«azione decretale non infamante» accordata in sostituzione dell’*actio de dolo* e contenente un riferimento alla *bona fides*; così anche D. MANTOVANI, *L’editto* cit., 172 s.; diversamente F. CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis Libri X* cit., 600, per il quale si sarebbe trattato della medesima azione ‘imbellettata’ («ἰψίσσιμα est, sed verbis fucata»); non diversamente, lo si è visto (nt. 107), J. CUJACIUS, *Commentaria in librum IV responsorum Papiniani (Opera IV)* cit., (*Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot. Ad §. Cum res*) 2063 («reipsa tamen est de dolo»).

¹¹³ In questo senso vd. F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 473 nt. b («die Intentio soll nicht, wie gewöhnlich so lautet: si paret, *dolo malo* Negidii factum esse rel. Wie sie nun vielmehr gefast werden konnte, sagt uns, übereinstimmend mit Ulpian, CICERO ad Att. VI. 1 med „si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona“, oder in anderen ähnlichen Worten, wodurch nur der Begriff des dolus bezeichnet, und doch der Ausdruck umgangen wurde»); per l’incompatibilità, ma con diverse conclusioni, P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, su cui vd. nt. 117.

lessicale Ulpiano¹¹⁴ potesse riferirsi all'*a.p.v.*, come pur è stato talvolta sostenuto in dottrina, in ragione della strutturale incoerenza tra *bona fides* e impianto dei programmi di giudizio con *formula in factum*.¹¹⁵ Né d'altra parte sembra verosimile l'ipotesi di un intervento compilatorio, secondo quanto congetturato da Pernice, il quale proponeva di leggere «*in factum [verbis temperandam] actionem dandam, [ut bonae fidei mentio fiat], ne ex dolo suo lucrentur*»,¹¹⁶ con una ricostruzione che presenta certo il vantaggio di eliminare le principali difficoltà che il testo pone, anche per ciò che riguarda l'appena accennata questione della compatibilità tra azione pretoria (*in factum concepta*) e *bona fides*,¹¹⁷ ma che d'altra parte non si preoccupa di spiegare il motivo di un intervento di tal genere da parte dei compilatori.

Alla luce anche di C. 5.12.1.2, non è dunque irragionevole pensare che l'*actio in factum* cui si allude in Pap. 4 *resp.* non sia altro che l'*a. de dolo* adattata in modo da renderla esperibile nei confronti del marito, superando così le preclusioni che sussistevano all'esercizio dell'azione tra coniugi.¹¹⁸ Se è vero che tra le *quaedam personae* di cui si discorre in Ulp. 11

¹¹⁴ Sull'attribuzione della paternità del tratto a Ulpiano non possono esservi dubbi (*dicendum est*). Rimane aperta la questione se la stessa soluzione (processuale) possa farsi risalire già a Labeone: nulla può ovviamente ricavarsi dall'inciso '*Et ita Labeo*' che si riferisce a quanto detto nella prima parte del frammento, in cui non sono però affrontati gli aspetti processuali derivanti dal divieto. Quanto ad Ulpiano una preoccupazione analoga emerge anche in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.16, ove però l'alternativa all'*exceptio doli*, da *excipere in factum* (forse nel senso che si deve scendere nel dettaglio del fatto concretamente contestato al *patronus* attore, anziché contestare genericamente un comportamento scorretto: *dolus*), è l'*exceptio non numeratae pecuniae*: in proposito vd. D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 168 ss.; R. CARDILLI, '*Bona fides*' cit., 17 e ivi nt. 33. Sulla questione vd. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 723 s. Per una connessione tra i due brani e le due questioni vd. già C.F. VON REINHARDT, *Ergänzungen zu C. F. von Glück's ausführlicher Erläuterung der Pandekten. Zweiten Bandes erste Abtheilung*, Stuttgart 1835, 134.

¹¹⁵ Così F.J. STHAL, *Über das ältere Römische Klagenrecht*, München 1827, 53 nt. 129 («Diese Stelle ist aber von einer *actio praescriptis verbis* zu verstehen, weil in der *formula in factum* für den Zusatz *ex bona fide* kein Raum ist»); sempre nel senso di un programma di giudizio con azione *in ius* vd. C.F. VON REINHARDT, *Ergänzungen* cit., 134.

¹¹⁶ A. PERNICE, *Labeo* 2.1² cit., 226, che pure pone una stretta connessione col brano di Cicerone («wie dort die *exco doli* mit Hilfe der *bona fides* umschrieben wird, so hier die *actio*. Aus dieser Fassung geht aber hervor, dass man einmal das *contra bonam fidem factum* mit dem *dolo malo factum* gleichsetzte»).

¹¹⁷ Compatibilità che era all'origine delle perplessità manifestate da A. PERNICE, *Labeo* 2.1² cit., 226 s. nt. 5 («eine *a. in factum, verbis ita temperandam, ut. m. fiat* ist weder gelenk noch deutlich. Sachlich ist nicht verständlich, wie eine *a. in factum concepta* auf *bona fides* gestellt werden soll»); riserve in proposito si trovano anche in P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91, che giudica inammissibile un riferimento alla *bona fides* nell'ambito di un programma di giudizio pretorio: «*ut bonae fidei (!) mentio fiat*»; in termini non differenti («A me pare tuttavia che una *formula in factum* non possa strutturalmente far riferimento alla *fides*»), tra gli autori recenti, R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della «recezione» dei iudicia bonae fidei*, in BIDR 101-102, 1998-1999, 173 ss. e ivi nt. 45, a detta del quale in favore dell'origine compilatoria potrebbe deporre l'assenza del riferimento alla *bona fides* in Bas. 10.3.11 'ἐπὶ τούτων οὖν ἢ ἰν' ὀάκτουμ ἄρμόζει' (Hb. I 500 = Schelt. A II 541), per quanto, come si è detto, l'autore si dimostri aperto anche all'ipotesi di azione decretale (*in ius*). Diversamente non trova reali incongruenze D. MANTOVANI, *L'editto* cit., 172 nt. 118.

¹¹⁸ Sulla questione vd. già C. MANZIUS, *Specialia in jure communi sive causae praecipuae*, Augustae Vindelicorum 1668, (*Matrimonii favor et honor*) 231 n. 8, con riferimento all'ipotesi di dolo della moglie in sede di costituzione della dote («Sed si à muliere *dolus interpositus* sit in promissione dotis, non famosa *actio adversus eam datur*, sed *actio in factum*, l. I. in f. C. de jur. dot. Et generaliter. *Actio ignominiosa contra maritum vel uxorem non datur*, l. I. l. contra 6. §. 2. ff. de act. rer. amor.»).

ad ed. D. 4.3.11.1 non figurano i coniugi, non si può però non considerare il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione (*Et quibusdam personis non dabitur, ut putata*).¹¹⁹ E d'altra parte anche la dottrina che ha condannato come giustiniano il divieto di azioni *famosae* tra coniugi si è ben guardata dal mettere in dubbio la genuinità del brano di Ulpiano e con esso la possibilità che la struttura del programma di giudizio venisse in qualche modo funzionalmente piegata alla neutralizzazione del regime dell'azione. Non c'è pertanto alcuna ragione per escludere che lo stesso potesse avvenire per il caso che ad agire fosse uno dei due coniugi: non certamente sulla scorta di Pap. 4 *resp.* D. 23.3.69.7 (*'de dolo tenetur'*), al quale si deve assegnare, come si è detto, un valore più sostanziale che processuale.

Sino a che punto quest'azione possa continuare a considerarsi *de dolo* è una questione che rimane certo aperta, ma che da altro punto di vista non intacca il tema di fondo e soprattutto non pregiudica la possibilità che l'azione venisse di fatto considerata, più che un suo semplice surrogato, una sua estensione applicativa. Non si può del resto non considerare che, a differenza di altre ipotesi, per le quali le fonti attestano un impiego residuale dell'azione *in factum* pretoria rispetto all'*a. de dolo* (si pensi in particolare a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2),¹²⁰ a rendere qui impraticabile la via del ricorso all'azione non era (o, per meglio dire, non sarebbe stata) l'assenza dei presupposti richiesti ai fini di un suo esercizio, quanto l'esigenza di scongiurare gli effetti infamanti che questa avrebbe comportato in caso di esito vittorioso.

Ciò rende, crediamo, più concreta la possibilità che l'azione pretoria (accordata in sua vece) fosse considerata un vero e proprio adattamento dell'azione editale, piuttosto che un suo mero (e per così dire autonomo) surrogato. Il che risulterebbe anche più coerente col modo di esprimersi di Papiniano, soprattutto per ciò che riguarda l'impiego dell'aggettivo *utilis*. Da questo punto di vista sembra non possa esservi dubbio sul fatto che, nel caso di un'*actio in factum* pretoria in senso stretto (come nuovo e autonomo modello di giudizio), l'aggettivo andrebbe inteso nel senso di 'utilmente', non potendosi pensare a un'estensione in via utile, mancando il modello processuale da estendere. L'ipotesi non appare però coerente col modo di esprimersi del giurista severiano,¹²¹ il quale avrebbe diversamente e più

¹¹⁹ In questo senso e per un'inclusione del coniuge tra le *quaedam personae* vd. P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 91; di «ampia e diligente enumerazione» discorreva diversamente P. ZANZUCCHI, *Il divieto* 2 cit., 7; per la tassatività anche A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 80 e ivi nt. 12. Sempre nell'ottica dell'inesperibilità di azioni infamanti tra coniugi in costanza di matrimonio vd. C. 5.21.2 (Diocl. et Max., a. 293) '*constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio*': non muove rilievi sulla genuinità della soluzione A. WATSON, *Actio de dolo* cit., 395 nt. 17; così, in sostanza, anche P. RESINA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid 1996, 50 e ivi nt. 99; in senso contrario (ovviamente, tenuto conto di quanto si è appena detto) A. WACKE, *Actio rerum amotarum* cit., 78 ss. ivi nt. 8, con una diagnosi che colpisce l'intera seconda parte del brano, a partire dalle parole *constante etenim matrimonio*, giudicata un'aggiunta compilatoria, in linea con la *reverentia* tra coniugi che stava alla base della concezione cristiana dell'istituto matrimoniale; negli stessi termini anche P. ZANNINI, v. *Rapporti personali (dir. rom.)* cit., 370.

¹²⁰ Ma lo stesso varrebbe, crediamo, per Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, pur in assenza, qui, di riferimenti a possibili impieghi, in via sussidiaria, dell'*a. in factum*: in proposito rinviamo a G. ROMANO, *Giuliano* 2 cit., cap. V § 1.1.

¹²¹ Ritene l'impiego dell'aggettivo '*utilis*' non compatibile con l'ipotesi di «einer aus freier Hand vom Prätor geschaffene Klage mit *formula in factum concepta*» M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224.

congruamente affermato: *utiliter in factum agi potest*, evidenziando così la possibilità di agire vantaggiosamente.¹²² Nel brano si dice, però, che l'azione *deve* essere concessa, con un'asserzione che rende ovviamente più impervia un'interpretazione nel senso appena chiarito di: 'utilmente'. *Utilis*, nel senso di efficace o validamente esperibile, esprime infatti possibilità, non doverosità. Ne esce così rinvigorita l'idea che si intenda qui fare riferimento non all'esito dell'azione, quanto al modo in cui questa debba essere congegnata.¹²³ Il che, d'altra parte, si coniuga perfettamente con la precedente affermazione di Papiniano *licet directa actio nulla competit*, in termini che portano con forza a interpretare l'aggettivo *utilis* nella sua più specifica e ristretta accezione di modello di giudizio contrapposto ad azione diretta: *licet directa actio nulla competit, utilis tamen [...] danda est*.

Sia che si voglia pensare a un adattamento (in senso lato) dell'*a. de dolo*, sia che si propenda piuttosto per un suo impiego in via diretta, ritenendo a questo punto interpolato tanto C. 5.12.1.2, quanto lo stesso brano di Papiniano qui esaminato,¹²⁴ appare a nostro avviso difficilmente contestabile che ad essere concessa dal giurista severiano non fosse l'azione contrattuale atipica, né nelle forme dell'*a.c.i.*, né in quelle dell'*a.p.v.* Nulla in tal senso può ricavarsi da C. 5.14.1, ma neppure dagli invocati schh. Ἐὸν πακτεύση di Cirillo e Ἐκ τοῦ, dove è riferito il pensiero di Anastasio, trattandosi comunque di testimonianze tarde, successive all'epoca giustiniana,¹²⁵ contraddette dallo sch. Οὔτε *ad Bas.*

¹²² Sembra non escludere del tutto l'ipotesi di un'alterazione bizantina ([*utilis*] <*utiliter*>) A. TORRENT, *Previsiones aquilianas* cit., 402 s., senza addurre però specifici argomenti.

¹²³ Interpretazione del resto condivisa, pur con le dovute differenze, da quanti pensano all'applicazione dell'*a.p.v.* Così, seppur nell'ottica di un adeguamento di una non meglio identificata azione pretoria editale (*supra* nt. 64), anche F. KNIER, *Präscriptio* cit., 126 s.

¹²⁴ Il che, non lo si può negare, potrebbe dare un diverso e più stringente significato alla frase *licet directa actio nulla competit*, portando a scorgervi (con le dovute e inevitabili correzioni) un (originario) riferimento al ben noto principio di sussidiarietà dell'azione.

¹²⁵ Su Anastasio vd. K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Historiae Juris Graeco-Romani delineatio*, Heidelbergae 1839, 24; ID., Rec. a J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* cit., 802 («Er muss nach Stephanus und Cobidas gelebt haben: denn beide führt er in den angegebnen Stellen an»); pensa alla fine del VI sec. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453. Tome premier*, Paris 1843, 317; sembrerebbe tra le righe non escludere una datazione ancora più tarda, agli inizi del VII sec., G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 18, 60 s. («Ioannes Cobidas saeculo sexto exeunte vel septimo ineunte videtur vixisse [...] Post Cobidam, cuius sententia retulit, vixit»). Per la sua conoscenza di Stefano e Cobidas vd., rispettivamente, gli schh. Ἀναστασίου. Τὸ αὐτὸ ἐστὶ *ad Bas.* 60.10.7 (Hb. V 433 = Schelt. B VIII 3309) e Ἀναστασίου. Ἡνίκα τις *ad Bas.* 13.1.5 (Hb. II 10 = Schelt. B II 611): su entrambi gli scolii vd., con utili notazioni, G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 61 e ivi nt. 27, ove dubbi sull'attribuzione ad Anastasio dello sch. Ἀναστασίου. Τὸ αὐτὸ ἐστὶ, propendendosi piuttosto per un'attribuzione all'Anonimo, per via della formula di rinvio ἀνάγνωθι διγ. 9^ο posta a chiusura dello scolio. Sullo stato desolante delle nostre conoscenze sul giurista vd. G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 18 («De eius patria, munere etc. nihil memoriae proditum est»). In relazione alla possibilità che Anastasio sia stato autore di un commentario al digesto vd. favorevolmente J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* cit., 139, 180; scettico al riguardo G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 61, il quale pensa piuttosto a semplici *adnotationes* fatte circolare dai propri *auditors*. Quanto a Cirillo il giovane, autore di un celebre indice al digesto che gli sarebbe valso l'appellativo di ὁ ἰνδικευτής, da non confondersi con Cirillo il vecchio (ὁ ἥρος), giurista del V sec., vd., sempre nell'ottica di una datazione tarda, G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 16; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 47 s.; J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di*

29.5.24 di Isidoro, da ritenersi certo più significativo¹²⁶ se si considera che proviene da un giurista attivo tra Costantinopoli e Berito¹²⁷ proprio negli anni in cui Giustiniano metteva mano alla compilazione¹²⁸ e che figurava peraltro, è cosa ben risaputa, tra i destinatari della *constitutio Omnem*.¹²⁹

Giustiniano ai Basilica cum scholiis, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 128 s., ove si dubita possa essere annoverato tra gli *antecessores* (533-560 circa); in senso contrario H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 5.

¹²⁶ In questo senso, condivisibilmente, già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 1 cit., 327, a detta del quale Anastasio e Cirillo il giovane si sarebbero fatti portavoce di una nuova tendenza orientata a «estendere l'*a. p. v.* anche oltre i quattro schemi di convenzioni sinallagmatiche».

¹²⁷ Al riguardo vd. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 281; G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 11 ss.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 29.

¹²⁸ Senza seguito l'ipotesi che si trattasse di uno dei giuristi c.d. *posteriores* formulata in base allo sch. Ἰσιδώρου. Ἐπὶ τῶν δωρεῶν *ad* Bas. 47.1.63 (Hb. IV 587 = Schelt. B VII 2777), ove si vorrebbe cogliere un riferimento a una costituzione dell'imperatore Leone III (Isaurico, 717-741): 'κατὰ δὲ τὴν τοῦ θειοτάτου Λέοντος διάταξιν'. In senso contrario vd. già J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 282, il quale fa opportunamente osservare come il riferimento sia piuttosto a C. 8.53.30, in cui è riportato un provvedimento di Leone I (il Trace) del 459.

¹²⁹ Al riguardo vd. sempre J.A.B. MORTREUIL, *Histoire* 1 cit., 281 s.; G.E. HEIMBACH, *Prolegomena* cit., 11 s.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 29, 40.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220