DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Annali del Seminario Giuridico
Monografie – 16

Giuseppe Romano

GIULIANO E I *NOVA NEGOTIA*

Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi

Tomo I

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Annali del Seminario Giuridico
Monografie – 16/I

Giuseppe Romano

GIULIANO E I *NOVA NEGOTIA*

Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi

Tomo I

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-2206-2 (*Due Tomi indivisibili*)

Il volume è pubblicato con i fondi PRIN 2017 sul tema "La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna".

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

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.

INDICE SOMMARIO

VOLUME I

Abbreviazioni principali IX

PREMESSA

OBIETTIVI DELLA RICERCA E RISULTATI ATTESI 1

CAPITOLO I

NOVA NEGOTIA E CONTRATTO NEL PENSIERO
DI GIULIANO: ALLE ORIGINI
DI UNA TRADIZIONE INTERPRETATIVA

1. Cenni introduttivi 5
2. Gli studi sul contratto romano all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano. Da Eduard Gans agli studi di Callixte Accarias... 18
3. Il contributo della scuola 'tedesca' nell'ultimo scorcio del XIX secolo: da Alfred Pernice a Joseph Pokrowsky. La questione dell'interesse tutelato: tra '*Negatives Vertragsinteresse' ed 'Erfüllungsinteresse'* 35
4. Esiti e approdi nella dottrina italiana del Novecento 44

CAPITOLO II

ULP. 4 *AD ED.* § 2: LA *REPREHENSIO* DI MAURICIANO A SALVIO GIULIANO. IL PENSIERO DEL GIURISTA ADRIANEO NEL PIÙ RECENTE DIBATTITO STORIOGRAFICO: TRA LETTURE CONSERVATIVE E SPUNTI CRITICI

1. Il rilievo di Ulp. 4 *ad ed.* nella formazione del punto di vista della dottrina tradizionale 55
   1.1. Quadro di sintesi sui principali punti controversi: collocazione accademica di Aristone; la questione dell'estensione del συνάλλαγμα aristoniano e della sua appartenenza al contratto; la causa tra funzione e prestazione costitutiva ('zweckbestimmte Leistung') 75
2. Il contributo di Mauriciano nella più recente dottrina: tra continuità e sviluppo delle idee aristoniane 89
3. Il punto di vista di Giuliano nel resoconto ulpianeo. L'*actio in factum* come azione pretoria in senso stretto 96
4. Profili problematici legati all'interpretazione tradizionale..... 102
5. Natura e finalità dell'*actio in factum* giulianea. Il punto di vista di Sargenti. La questione del risarcimento nell'ambito di azioni con *condemnatio* al *quanti ea res est*: tra *aestimatio rei*, interesse positivo e interesse negativo 119
   5.1. (continua) Considerazioni conclusive in ordine a una eventuale identità funzionale tra azione pretoria e *a.p.v*..... 148
6. Spunti di revisione critica: da Giffard alle più recenti tesi di Burdese e Gallo 150
7. Rilievi critici. Logica deduttiva, analogia, assimilazione 164
8. La tesi (o le tesi) di Cannata 181

CAPITOLO III

LE DECISIONI DI GIULIANO: PER UNA CRITICA DEL PUNTO DI VISTA TRADIZIONALE ALLA LUCE DELLE SOLUZIONI ADOTTATE NEI CASI CONCRETI

1. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1. Trasferimento di area a fini edificatori con ritrasferimento parziale. Deviazioni rispetto a schemi contrattuali tipici: *emptio*, *mandatum*, *societas*, (*locatio*: tra *translatio dominii* e *merces nummaria*). L'*exemplum* del *puer docendus vel nutriendus pretii communicandi causa*..... 196

1.1. Prime valutazioni su struttura narrativa e genuinità del testo. Logica solutiva di tipo paradigmatico. *Actio in factum* (*id est p.v.*): *formula in factum concepta* o *actio in factum* (*civilis*)? Lo stato della questione 215

1.2. L'ipotesi di Gallo di una manipolazione bizantina conciliativa dei diversi punti di vista di Giuliano e Ulpiano. Interferenza di logiche argomentative..... 226

1.3. Per un'identità solutiva tra Giuliano e Ulpiano. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. e il caso della *res vendenda certo pretio* con ritenzione del sovrapprezzo 234

1.4. L'*actio in factum* di Giuliano come adeguamento dell'*actio pro socio* (azione *ad exemplum* di tipo specifico). Analogie e differenze rispetto all'*a. in factum civilis* di Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: la tesi di Artner..... 246

2. Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24. Tra *pecunia credita* e *mandatum pecuniae credendae* con prestazione di tributo..... 254

2.1. Rilievi in dottrina sulla genuinità del brano. Gradenwitz e l'ipotesi di un originario impiego dell'*actio mandati*..... 268

2.2. Valutazione della tesi di Gradenwitz: il rilievo della gratuità del mandato nella decisione di Giuliano 273

2.3. La questione della responsabilità quale ulteriore ragione per escludere l'ipotesi di Gradenwitz di un ricorso all'*a. mandati*..... 286

2.4. Valutazioni di sintesi sulle ragioni sostanziali che dovevano aver indotto Giuliano ad escludere l'ipotesi di un mandato.... 294
2.5. Natura dell'azione concessa da Giuliano: azione civile o pretoria? Adeguamento di modello tipico o *actio in factum* (*civilis*) di tipo generico? 299
3. Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2. Il punto di vista di Giuliano in tema di precario. Rilievi sulla genuinità del brano. Critica all'ipotesi di un impiego (non contrattuale) della *condictio incerti* (*possessionis*) . 308
3.1. Il precario come figura di confine tra donazione e *negotium contractum*: Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11. Il diverso punto di vista bizantino in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2..... 323
3.2. Paul. Sent. 5.6.10 e l'ipotesi di un duplice intervento in Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2 340
4. Giuliano e la tutela dei *contractus sine* (*iure civili*) *appellationibus*. A proposito dell'*actio in quam confugere* di Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3 . 347
4.1. (continua) Azione pretoria e contratto: coerenza o antitesi. A proposito di una nota tesi di Voci..... 351
5. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.: valutazione della tesi di Gallo circa un impiego dell'*actio de aestimato* per i casi di incerta qualificazione..... 371
6. Breve valutazione sulla tenuta dell'interpretazione tradizionale di Ulp. 4 *ad ed.* alla luce dei risultati sin qui acquisiti 382

Riepilogo..... 385

Indice bibliografico..... 399

Indice delle fonti citate..... 443

ABBREVIAZIONI PRINCIPALI

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Archivio giuridico Filippo Serafini
AHDE	Anuario de historia del derecho español
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neuren Forschung
AUPA	Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo
Bas.	*Basilicorum Libri LX* (ed. K.W.E. Heimbach, 6 voll., Leipzig 1833-1870; *Textus librorum Basilicorum LX. Series A*, ediderunt H.J. Scheltema, D. Holwerda et N. van der Wal, Groningae 1955-1998)
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto romano Vittorio Scialoja
C.	*Codex Iustinianus repetitae praelectionis* (*Corpus Iuris civilis*, II,[11] ed. P. Krüger, Berolini 1954)
CTh.	*Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis, et leges novellae ad Theodosianum pertinentes, ediderunt* Th. Mommsen et Paulus M. Meyer, Berolini 1905
D.	*Digesta Iustiniani* (*Corpus Iuris Civilis*, I,[16] ed. Th. Mommsen, Berolini 1954)
D@S	Diritto@Storia (https://www.dirittoestoria.it)
Dig. civ.	Digesto delle Discipline privatistiche. Sezione civile (UTET)
Enc. dir.	Enciclopedia del Diritto
Filangieri	Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica
Fragm. Vat.	*Fragmenta quae dicuntur vaticana* (FIRA II^2, ed. G. Baviera, Florentiae 1968)
Gai	*Gai institutiones. Fontes iuris Romani anteiustiniani* (FIRA II^2, ed. G. Baviera, Florentiae 1968)
I.	*Iustiniani Institutiones* (*Corpus Iuris Civilis*, I,[16] ed. P. Krüger, Berolini 1954)

IAH	*Iuris Antiqui Historia*. An International Journal on Ancient Law
Index	*Index*. Quaderni Camerti di studi romanistici
IVRA	Rivista internazionale di diritto romano e antico
Jh. Jb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1857-1892 = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 1893-1919
JRS	The Journal of Roman Studies
Jus	Jus. Rivista di scienze giuridiche
M. KASER, RPR I,[2]	M. KASER, *Das Römische privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*,[2] München 1971
Krit. Vjschr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Labeo	*Labeo*. Rassegna di diritto romano
O. LENEL, EP,[1,2,3]	*Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1883; *Das Edictum perpetuum* cit.,[2] Leipzig 1907; *Das Edictum perpetuum* cit.,[3] Leipzig 1927
O. LENEL, *Pal.*	O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, (I-II) Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960)
LQR	Law Quarterly Review
LR	Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law
Noviss. dig. it.	Novissimo Digesto Italiano
NRHD	Nouvelle Revue historique de droit français et étranger
Paul. Sent.	Pauli receptae sententiae (FIRA II[2], ed. G. Baviera, Florentiae 1968)
QLSD	Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto
PT.	E.C. FERRINI, *Institutionum graeca Paraphrasis Theofilo antecessori vulgo tributa*, Berlin 1884 (rist. Aalen 1967)
RDR	Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna (https://www.ledonline.it/rivistadiritto romano/)
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung unter Mitwirkung zahlreicher fachgenossen herausgegeben von Georg Wissowa

RGDR	Revista General de Derecho Romano
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RIL	Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere
RISG	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale industriale e marittimo (1903-1909) = Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (1910-)
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
Seminar	Seminar. Annual Extraordinary Number of The Jurist
SCDR	Seminarios complutentes de derecho romano. Revista complutentes de derecho romano y tradición romanística
TPSulp.	Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii (ed. G. Camodeca, Roma 1999)
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review
TSDP	Teoria e Storia del Diritto Privato
ZCP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZGR	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.
ZPOR	Zeitschrift für das Privat-und Öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut's Zeitschrift)

PREMESSA

OBIETTIVI DELLA RICERCA E RISULTATI ATTESI

Quello della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche rappresenta, com'è noto, un tema estremamente dibattuto che ha visto e vede tuttora impegnato un larghissimo settore della dottrina romanistica. Il continuo proliferare di studi in materia ha fatto emergere, soprattutto negli ultimissimi anni, una varietà di posizioni che non è facile riassumere in un quadro unitario, tanta è la straordinaria ricchezza di sfumature e dettagli che accompagna ognuna di esse. Se si guarda però alla cornice generale entro le quali esse si inseriscono, può tuttavia affermarsi che gli indirizzi interpretativi oggi prevalenti si caratterizzano per una comune e costante valorizzazione dei profili di discontinuità all'interno della storia delle dottrine romane del contratto, in un percorso di indagine che mira a mettere in risalto apporti e contributi dei singoli giuristi, anche minori. Si è ben distanti, dunque, dai modelli omologativi, particolarmente cari agli autori meno recenti, che prospettavano piuttosto scenari ricostruttivi contrassegnati da una sostanziale omogeneità di ordine dogmatico e soprattutto processuale. Ha piuttosto preso forza l'idea di una varietà di elaborazioni teoriche e di connesse forme di tutela, che avrebbe visto delinearsi e contrapporsi (perlomeno) due distinti indirizzi solutivi. L'uno attribuibile a Labeone, l'altro ad Aristone. Più precisamente, mentre il primo avrebbe riconosciuto tutela alle convenzioni atipiche riconducibili allo schema dell'*ultro citroque obligatio*, da intendersi nel senso di atto anche solo potenzialmente produttivo di obbligazioni in capo a entrambe le parti (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19), concedendo a tal fine un'azione *in factum* (decretale) da congegnarsi sul modello dei *iudicia bonae fidei*, il secondo, al contrario, attraverso un'incisiva rivisitazione della dottrina labeoniana, avrebbe legato la tutela alla presenza di una corrispettività delle prestazioni (a condizione però che almeno una delle due attribuzioni patrimoniali avesse trovato esecuzione), accordando, se non addirittura introducendo, un'*actio civilis incerti* di stretto diritto.

Se c'è un punto, invece, rispetto al quale gli studiosi sembra facciano ancora fatica ad allontanarsi dalle conclusioni raggiunte dalla precedente dottrina, esso riguarda senza dubbio quello della posizione che avrebbe assunto in tema di *nova negotia* Salvio Giuliano. Al riguardo è ancora diffusa l'idea che vorrebbe il giurista adrianeo pervicacemente contrario alla possibilità di realizzare un allargamento della sfera contrattuale al di là delle figure tipiche riconosciute a livello edittale. Sulla formazione di un tale convincimento più di ogni altra cosa ha pesato la lettura di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, notissima testimonianza di Ulpiano la quale ci informa di una *dissensio opinionum* che avrebbe visto Giuliano ripreso dal meno autorevole Mauriciano per aver egli concesso un'azione *in factum* pretoria rispetto a una vicenda (evittiva) per la quale, a detta del più tardo recensore, si sarebbe potuto diversamente agire con l'*a. civilis incerti*, in stretta aderenza alla dottrina aristoniana del sinallagma, con una critica che più avanti nel tempo avrebbe ottenuto il plauso dello stesso Ulpiano: […] *puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*.

L'intelaiatura discorsiva del brano, unitamente al respiro sistematico che indubbiamente caratterizza l'intera trattazione ulpianea, ha avuto l'effetto di far assumere alla *reprehensio* un valore paradigmatico, quasi che dietro le due diverse soluzioni si nascondessero due distinti e contrapposti modelli teorici di riferimento, se non addirittura (e più propriamente) due opposte concezioni del fenomeno giuridico stesso, osservato perlomeno dalla più specifica prospettiva degli spazi di libertà economica da assegnare ai privati nella regolamentazione dei propri interessi. Ciò in una visione di insieme in cui il giurista adrianeo è stato chiamato a interpretare il ruolo di inflessibile custode del principio di tipicità negoziale, incapace di ammettere schemi regolativi diversi da quelli tipizzati a livello edittale. Di qui appunto il rifiuto dell'azione contrattuale. Di qui ancora la concessione di rimedi pretori (*a. in factum*) o comunque (e al più) meramente ripetitivi (*condictio*) volti alla neutralizzazione degli effetti economici prodotti, più che alla realizzazione di quelle pretese che avrebbero potuto astrattamente configurarsi.

Si tratta di un'opinione che non crediamo possa essere accolta e che per altro verso pare stridere con le linee evolutive tracciate dalla più recente dottrina per ciò che riguarda la storia del riconoscimento del fenomeno dell'atipicità contrattuale che si vorrebbe oggi far risalire già Labeone. Da questo punto di vista non è probabilmente un caso se non sono mancate prestigiose prese di posizio-

ne che hanno provato a ridimensionare il senso del contrasto di Ulp. 4 *ad ed.*, con spiegazioni che, a nostro avviso, non hanno tuttavia fornito una risposta plausibile o del tutto convincente. Il torto principale dell'interpretazione tradizionale consiste, crediamo, nell'aver trasformato la testimonianza ulpianea in una sorta di manifesto del pensiero di Giuliano, non prendendo in reale considerazione la possibilità che il dissenso rispetto a Mauriciano riguardasse piuttosto e più modestamente il caso specifico (*do ut manumittas*) riferitoci da Ulpiano, senza che da questo si debbano (o possano) necessariamente trarre precise e ulteriori implicazioni in relazione all'atteggiamento più generalmente assunto dal giurista adrianeo in tema di tutela delle convenzioni atipiche.

Né si può peraltro non considerare che nessuna delle interpretazioni maturate nel solco dell'orientamento tradizionale si è dimostrata in grado di far emergere le ragioni teoriche, o anche solo di ordine pratico, che avrebbero dovuto indurre un giurista dalla riconosciuta sensibilità verso il mondo del commercio e degli affari, come Giuliano, a chiudersi in un ostinato rifiuto dell'atipicità negoziale. Le spiegazioni addotte sono state per lo più evanescenti, non trovando in concreto altro argomento da offrire se non quello del tradizionalismo di scuola sabiniana.

L'indagine che ci attende è lunga e assai complessa, come del resto non meno vasta e articolata è la discussione che si è aperta al riguardo, già a partire, in effetti, dagli autori di diritto comune. Il primo passo sarà proprio quello di provare a riassumere lo stato della dottrina presente e passata, soffermandoci in particolare su quelle posizioni che, in una direzione o nell'altra, hanno segnato più in profondità il dibattito scientifico. Si procederà quindi con un esame diretto delle diverse testimonianze di Giuliano in tema di contratti innominati o nelle quali comunque è adombrato l'impiego dell'azione contrattuale atipica, al fine di valutare se e in quale misura esse consentano, come riteniamo, una lettura non ideologica di Ulp. 4 *ad ed.* § 2, compatibile, dunque, con un atteggiamento solutivo in linea con quegli indirizzi pratici e dogmatici che, proprio in base a Ulp. 4 *ad ed.* § 2, si vorrebbe piuttosto attribuire ad Aristone e ai suoi seguaci.

Ciò ovviamente non sarà sufficiente per sciogliere i nodi interpretativi che la lettura di Ulp. 4 *ad ed.* pone, dovendosi individuare una plausibile giustificazione per la decisione, assunta in quell'occasione da Giuliano, di ricorrere all'azione pretoria anziché a quella contrattuale, diversamente patrocinata dai suoi recensori. Per farlo si dovrà inevitabilmente allargare l'ambito dell'indagine: non solo ai diretti (o anche solo ideali) oppositori di Giuliano e dunque (rispettivamente) ad Ulpiano ed Aristone (nulla di specifico ci è dato sapere su Mauri-

ciano, al di là di Ulp. 4 *ad ed.*), ma anche e soprattutto a Paolo, le cui decisioni sembrano piuttosto evidenziare una marcata sintonia di pensiero col giurista adrianeo. Proprio l'esame di alcune testimonianze di Paolo, come il notissimo e tormentatissimo Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5 pr.-5, ci restituirà preziose informazioni che, coordinate con la lettura del non meno noto Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, ci metteranno nella condizione, riteniamo, di rileggere Ulp. 4 *ad ed.* in una luce ben differente rispetto a quella ancor oggi prevalente, ma anche rispetto a certe proposte ricostruttive che hanno provato a mettere in relazione la concessione dell'azione pretoria con la specificità strutturale della vicenda riferitaci da Ulpiano: quasi che il verificarsi del fenomeno evittivo avesse certificato, per via della mancata produzione di un effetto traslativo, l'impossibilità di considerare la fattispecie in esame come un caso di *do ut facias*, dando piuttosto (o al più) origine a un caso di *facio ut des* che, come tale, sarebbe rimasto al di fuori del sinallagma aristoniano, tassativamente circoscritto alle sole ipotesi di *do ut des*, *do ut facias*, come sarebbe dimostrato, si è detto, da Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1: brano che vedrebbe appunto Aristone ripiegare su una tutela meramente pretoria, rispetto a una vicenda di *facio ut des*.

Al contrario, siamo dell'avviso che a pesare sulla soluzione giulianea di Ulp. 4 *ad ed*. sia stata una valutazione funzionale e dunque economica della vicenda in sé e per sé considerata, la quale presentava caratteri tali che la ponevano in un'area di confine tra *negotium* e *donatio*, rendendo così incerta, perlomeno agli occhi del giurista adrianeo, la presenza di quella corrispettività di vantaggi economici (συνάλλαγμα) che giustificava, secondo la dottrina aristoniana, il ricorso all'azione contrattuale (*a.c.i.*).

La complessità delle questioni che andranno a tal fine seppur brevemente affrontate – dal tema della conversione o conservazione del negozio giuridico, a quello (in qualche modo connesso) del rilievo dell'*animus contrahendi* ai fini della costituzione di un rapporto contrattuale in senso stretto, sino ancora al tema del *negotium* e dei suoi rapporti con la *donatio* –, ma anche l'estensione che il lavoro nel suo insieme finirebbe inevitabilmente per assumere, suggeriscono di tenere formalmente separata questa seconda parte della ricerca, per quanto essa si inserisca in un percorso di indagine che si snoda lungo un sentiero logico-argomentativo sostanzialmente unitario. Di qui peraltro la decisione di una numerazione in sequenza dei capitoli della seconda parte, per meglio evidenziare continuità e organicità della ricerca nel suo complesso.

CAPITOLO I

NOVA NEGOTIA E CONTRATTO NEL PENSIERO DI GIULIANO: ALLE ORIGINI DI UNA TRADIZIONE INTERPRETATIVA

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Gli studi sul contratto romano all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano. Da Eduard Gans agli studi di Callixte Accarias. – 3. Il contributo della scuola 'tedesca' nell'ultimo scorcio del XIX secolo: da Alfred Pernice a Joseph Pokrowsky. La questione dell'interesse tutelato: tra '*Negatives Vertragsinteresse*' ed '*Erfüllungsinteresse*'. – 4. Esiti e approdi nella dottrina italiana del Novecento.

1. Cenni introduttivi.

Secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina,[1] il giurista Salvio Giuliano, prendendo le distanze da un indirizzo interpretativo delineatosi forse già sul finire dell'età repubblicana,[2] e che comunque avrebbe trovato in Aristone uno dei più autorevoli esponenti, si sarebbe dichiarato contrario a un riconoscimento civilistico per quei rapporti negoziali che non fossero risultati riconducibili a uno schema edittale tipico e per i quali dunque non fosse stato approntato uno specifico rimedio processuale.

In luogo dell'*actio praescriptis verbis* labeoniana o *civilis incerti* di aristoniana memoria, sempre che si ammetta, con parte degli studiosi, che tali locuzioni facessero riferimento a due differenti rimedi processuali,[3] Giuliano sarebbe stato

[1] Indicazioni *infra* in questo stesso §.

[2] Al riguardo vd. *infra* questo stesso §.

[3] In proposito vd. *infra* nel testo.

piuttosto dell'opinione di accordare una semplice *actio in factum*, dovendosi intendere quest'espressione come allusiva ad azione con formula *in factum concepta*, ai sensi di Gai 4.46.

Se si fa eccezione per la lunga parentesi degli studi interpolazionistici, per lo meno nell'impostazione più radicale che era andata emergendo nelle analisi di Perozzi,[4] prima, e di de Francisci,[5] poi, in cui la soluzione giulianea era addirittura prospettata come paradigma dell'atteggiamento tenuto dall'intera giurisprudenza nei confronti del fenomeno del contrattualismo atipico, la quale non sarebbe mai pervenuta a un riconoscimento civilistico per tali operazioni negoziali,[6] può dirsi che, a partire dagli ultimi decenni del XIX sec., l'idea ha per lungo tempo costituito un punto fermo nell'ambito degli studi romanistici.[7]

La discussione, quando v'è stata, si è andata tutt'al più incentrando sull'individuazione delle ragioni che avrebbero indotto Giuliano a prendere le distanze dall'insegnamento di Aristone.[8]

Anche oggi che da più parti si tenta di ricondurre entro margini decisamente

---

[4] S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2, Firenze 1908, 280 ss.; seguito da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2, Tübingen 1911, 156 ss.

[5] P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 1, Pavia 1913; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 2, Pavia 1916.

[6] L'idea di una chiusura netta può trovarsi in effetti già in C. FADDA, *I Contratti speciali. Lezioni di diritto romano*, raccolte dall'avv. F. Viafora nella R. Università di Napoli. Anno 1898-1899, Napoli 1899, 192. In questo senso, seppur con taluni distinguo più che altro legati alla natura contrattuale dell'*actio in factum*, anche P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946; tra gli studiosi più recenti, una vicinanza alle impostazioni radicali della dottrina interpolazionistica si rinviene nel punto di vista espresso in numerose occasioni da Sargenti, da ultimo sintetizzato in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca* 7, Napoli 2001, 235 ss., il quale anzi profitta della posizione giulianea per svalutare taluni punti ritenuti oramai fermi dagli studiosi in ordine allo sviluppo storico della tutela dei rapporti negoziali atipici. In proposito vd. *infra* cap. II § 5.

[7] In questo senso, oltre agli autori citati *infra* nel testo, A. AUDIBERT, *Sur les différents noms de l'actio praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 39 («Julien, était partisan de l'*actio in factum*»), 42 («partisan le plus connu de l'action *in factum*); S. RICCOBONO, *Letture londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"*, a cura di G. Falcone, Torino 2004, 105 s., secondo il quale Giuliano avrebbe negato a queste convenzioni il carattere *iuris gentium* e con esso «l'efficacia del *contractus*, cioè di generare un'*obligatio* e un'*actio civilis*», riconducendole piuttosto nell'ambito della categoria delle *conventiones iuris pretorii*, col risultato, sul piano processuale, di accordare loro tutela mediante l'impiego di sole *actiones in factum*.

[8] In proposito vd. *infra* cap. II § 4.

più ragionevoli l'ampiezza del dissenso giulianeo,[9] non sono pochi gli studiosi che mostrano di rimanere saldamente ancorati alla prospettiva tradizionale.[10]

Va detto che l'ipotesi di un rifiuto della dottrina aristoniana da parte di Giuliano non è molto risalente. È sufficiente affidarsi a una rapida consultazione della letteratura meno recente, per rendersi immediatamente conto che di essa non vi è quasi traccia sino alla prima metà del XIX secolo: né negli studi specialistici,[11] né nelle opere di carattere istituzionale o comunque di più ampio respiro.[12] Sino a quel momento la dottrina si era mossa mantenendosi nel solco di

---

[9] Sul punto vd. *infra* cap. II § 6.

[10] Cap. II § 4.

[11] D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica de praescriptis verbis et in factum actionibus*, Jenae 1619, speciatim *Positio LIV*.; I.M. BRANDES, *Dissertatio juridica de contractibus innominatis*, Helmaestadi 1643; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor*. *Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis*, Salmanticae 1650, 252 ss.; J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas. Tomus primus*, Agae-Comitum 1707, (*Titulus V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 846 s.; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum*. *Editio altera multis quaestionibus aucta*, Francofurti et Lipsiae 1729; W. CURTIUS, *Dissertatio juridica inauguralis de actione praescriptis verbis*, Lugduni Batavorum 1742; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio de in factum actionibus publice propugnata*, Droebaco-Norvego 1748, in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum maxime ad ius civile historiam pertinentium Sylloge*, Gottingae 1766, 343, 349 ss.; J.G. LANGSDORF, *Tractatio de pactis & contractibus romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano*. *Cap. VII De contractibus innominatis*, Mannhemii 1777, 52 ss.; C.R.L.B. SCHOULZ AB ASCHERADEN, *Commentatio Juris Civilis de Contractibus Romanorum Innominatis*, Gryphiae 1818; M. PÖHLS, *Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans*, Heidelberg 1821, 161 ss.; K. BUCHER, *Das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts dargestellt*,[2] Leipzig 1830, 385 ss.; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole ac natura commentatio*, Gottingae 1835, passim; G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, nebst einigen Bemerkungen über die actio praescriptis verbis*, in ZCP 11, 1838, 285 ss.; così ancora, appena un anno prima della pubblicazione del lavoro di Accarias (*Théorie des contrats innommés*, citato *infra* in nt. 51), A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis*, in RHD 11, 1865, 629 s.

[12] Si vedano in proposito A.F.J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts* 1, Jena 1803, 112 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*. *Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816, 76 ss.; J.J. LAND, *Lehrbuch des Justinianisch römischen Rechts, zum Gebrauche bei Institutionen-Vorlesungen*,[2] Stuttgart und Tübingen 1837, 241, 246 ss.; T. MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Leipzig 1839, 236 ss.; C.F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*,[1] Halle 1842, 295 ss.; ancora per la seconda metà dell'Ottocento vd. W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 648 s.; A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano. Vol. II*,[2] Firenze 1866, 119 ss.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3,[7] Marburg-Leipzig 1869, 231 ss.; contesta l'esistenza di un dibattito tra scuole in materia («né i Sabi-

un consolidato indirizzo ricostruttivo tracciato già a partire dai glossatori,[13] in cui a prevalere era stata l'idea che alla varietà di denominazioni dei rimedi processuali documentati in materia di contratti atipici corrispondesse, in realtà, una sostanziale uniformità di meccanismi di tutela. Ed è così che, anche per via dell'intervento di omologazione delle soluzioni giurisprudenziali condotto dai commissari giustinianei, l'*actio in factum* aveva finito per essere per lo più identificata con l'*actio praescriptis verbis*[14] (altrimenti nota come *actio civilis incer-*

niani erano contrari a questo movimento della giurisprudenza») F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principi del diritto romano*, Padova 1868, 349; P. VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain. Tome premier*, Gand-Paris 1871, 822 ss.; J. BARON, *Pandekten*,[1] Leipzig 1872, 182 («hat die actio in factum eine andere Bedeutung; man bezeichnet nämlich damit die Civilklage aus einem sog. Innominatcontract»); C. SALKOWSKI, *Lehrbuch der Institutionen für den akademischen Gebrauch*,[2] Leipzig 1875, 275 ss.; D.L. ALZAMORA-L. CORTÉS, *Apuntes de derecho romano*, Lima 1897, 335 ss.

[13] *Glossa in Digestum vetus ad Titulum V. De Praescriptis verbis et in factum actionibus*, Lugduni 1549, 1001.

[14] Si veda in proposito AZO, *Summa. Locuples Iuris civilis Thesaurus*, Venetiis 1584, (*In IIII librum Codicis. De commerciis & mercatoribus 16*) 452; BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris Commentaria*, Basileae 1588, (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V*) 41[9]<5>; J. CUJACIUS, *In Lib. V. quaestionum Pauli. Recitationes solemnes. Ad L. V. De praescriptis verbis. Ad §. Sed si*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus quintus*, Prati 1838, 1621: «praescriptis verbis, quae in factum dicitur saepissime, quia sine nomine certo διαγηματικῶς, id est, narrative proponitur»; D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica* cit., *Positiones LIX-LXII.*; S. STRYKIUS, *Tractatus de actionibus forensibus investigandis et caute eligendis. Editio secunda emendatior. Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § 1, Halae Magdeburgicae 1698, 149 («haec actio in factum in contractibus innominatis cum actione P.V. coincidit […] alia vero est actio in factum ex delicto»); G.A. STRUVIUS, *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem pandectarum concinnatum, quo solida juris fundamenta traduntur. Cum additionibus Petri Mülleri. Pars prima. Editio secunda*, Francofurti et Lipsiae 1718, (*Exercitatio XXV. Lib. XIX. Tit. V & ult. De Praescriptis Verbis & in Factum Actionibus*, XXIII) 1737; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 366 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 153 s.; così anche A.F.J. THIBAUT, *System* 1 cit., 113; F. MACKELDEY, *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Privatrechts*, Gießen 1814, 671 ss.; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819, 181 ss.; A. HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht, nach den Quellen und Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten. IV. Theil*, Wien 1835, 107; in questo senso («vocatur haec actio in factum») anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 61 ss.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis oder praescriptis verbis. Ein Beitrag zur Lehre von den Innominatcontracten*, in Themis 1, 1840, 333.

ti,[15] *actio in factum civilis*).[16] Tanti, anche allora, erano gli aspetti controversi o comunque ampiamente dibattuti. Varie congetture erano state avanzate sulla struttura del programma di giudizio, tutte comunque accomunate dal convincimento che si trattasse di azione in cui vi andasse dettagliatamente descritto, in assenza di apposito *nomen contractus*, il fatto fondativo della pretesa: la *res gesta*.[17] Di qui, peraltro, il nome di *actio in factum*.[18] Si tratta di congetture, per

[15] Non raramente l'azione era considerata *incerta*, in quanto priva di nome certo, e *incerti*, perché indeterminata era la pretesa: vd. in proposito J.J. WISSENBACH, *Exercitationum ad L Pandectarum libros pars prior*, Franekerae Friosiorum 1653, (*Disputatio XXXVIII*): «dicitur […] haec actio, *Incerti* […] quia datur in id quod interest […] dicitur denique, *Incerta* […] quia, ut modum dictum, nascitur ex contractibus incertis, non habentibus proprium nomen»; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 365: «Est itaque actio ex innominato contractu *incerta*, quia destituitur formula proprioque nomine; est eademque *incerti actio*, quod nullas habet certas praestationes». In una prospettiva diametralmente opposta, una connessione della denominazione *incerti actio* col fatto che si trattasse di azione a tutela di contratti *incerti* (secondo Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9 pr.), privi cioè di preciso *nomen iuris*, si trova suggerita in C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum* cit., 350 s., per il quale l'aggiunta dell'aggettivo *civilis* sarebbe dovuta servire a distinguere l'azione dalle azioni *in factum* pretorie, anch'esse *actiones incerti*, in quanto anch'esse rivolte alla tutela di contratti innominati o *incerti*: «unsere Incerti actio ihrem Namen vom incertus contractus, dem das proprium nomen contractus fehlt, entlehnt hat. Da aus solchen unbenannten Rechtsverhältnissen übrigens auch prätorischen in factum actiones hervorgehen können, die sich insofern auch als Incerti actio darstellen, so erklärt sich hieraus auch von selbst […] warum unsere Incerti actio den Zusatz civilis erhält». Sulla questione vd. *infra* § 2, ntt. 51, 76.

[16] Per l'identificazione *a. civilis in factum-a.p.v.* vd. K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 234; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum* cit., 333 ss.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 1, Leipzig 1834, 362; ID., *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846, 574; C.F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet* 2,[4] Halle 1844, 290.

[17] Così («factum enim denotat ipsam conventionem ab una parte impletam, seu rem gestam») O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 373, ove si azzarda una ricostruzione dell'*a. de permutatione*: «AIO TE MIHI STICHUM HOMINEM TUUM DE QUO INTER NOS CONVENIT OB DATUM TIBI A ME PAMPHILUM DARE OPORTERE»; I.G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum Syntagma*, in *Operum tomus quartus*, Genevae 1767, (*Lib. IV. Tit. VI. De actionibus.* § XXXII), 542: «Verbi gratia. AIO TE MIHI TRITICUM, DE QUO INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA, DARE OPORTERE». In proposito vd. anche *infra* ntt. 19, 24.

[18] VACONIUS À VACUNA, *Iuris civilis declarationum cum notis additionibus Liber primus. XXVI. Declaratio, an deportati habeant actiones: Et quid sit actio praescriptis verbis, vel in factum*, in *Novarum declarationum et variarum lectionum, resolutionumque iuris libri XXII. Diversorum clarimissimorumque iurisconsultorum recentium*, Coloniae Agrippinae 1576, 33.

ovvie ragioni, oggi chiaramente inservibili, ma non per questo prive di interesse, se non altro perché danno la misura esatta dell'enorme sforzo ricostruttivo ed elaborativo che era richiesto agli studiosi prima del ritrovamento del manuale gaiano.[19]

Molto in particolare si discuteva sulla natura di buona fede dell'azione: carattere, che in base a I. 4.6.28,[20] veniva in genere attribuito, com'è noto, alle sole azioni *p.v.* relative a permuta ed *aestimatum*,[21] con estensione, da parte di un ridottissimo numero di autori, anche all'*actio p.v. de precario*, facendo perlomeno affidamento su Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2 (*quae ex bona fide oritur*).[22] Vi-

---

[19] Da questo punto di vista, è assai interessante notare, ed è certo da imputarsi alle scarne cognizioni con le quali si era costretti ad operare prima che fosse rinvenuto il manoscritto veronese, come, in non rari casi, lo schema formulare proposto presentasse la struttura dell'*a. in factum* di Gai 4.46, nonostante agli autori fosse ben presente la distinzione, almeno su un piano formale, tra *a. in factum praetoria* e *a. in factum civilis*: in quest'ordine di idee («*Si paret Maevium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur*») vd. A. VINNIUS*, De pactis tractatus*, Lugduni Batavorum 1646, 108, di cui non può non sorprendere peraltro la proposizione di analogo programma di giudizio per la medesima ipotesi ad attuazione invertita (*manumisi ut dares*), nonostante si trattasse di un caso di *facio ut des*, in relazione al quale l'autore escludesse (non senza oscillazioni: 77 s.) la nascita di un contratto innominato e dunque dell'*a.p.v.* (99: in proposito vd. vol. II, cap. V § 1.1, ntt. 20, 46). Vale la pena leggere le parole di Vinnio: «aut contra: *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem a Maevio acciperet* & c.»; con cautela («in hunc forsan modum») anche J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I.* cit., (*cap. 6 nr. 2*), 183: «SI APPARET L. TITIUM DEDISSE MILLIA PONDO UT SEIUS INSULAM FULCIRET, NEC FULSIT, SEIUM CONDEMNA».

[20] I. 4.6.28 '*actionum autem quaedam bonae fidei sunt* […] *bonae fidei sunt haec* […] *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competit*'.

[21] Tra i tanti ci limitiamo a segnalare AZO, *Summa* cit., (*In IIII librum Codicis. De commerciis & mercatoribus* 7, 12, 16) 451 s.; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus*, Aurelianae 1626, (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V.* L. 5. § 3) 651; R. BACOVIUS, *Tractatus de actionibus*, Francofurti 1657, (*Disputatio VI. De actionibus bonae fidei et stricti iuris. Thesis VIII*) 9 ss.; W. CURTIUS, *Dissertatio inauguralis* cit., 9 ss.; in senso contrario, per il riconoscimento del carattere di buona fede ad ogni applicazione dell'azione, F. HOTOMANUS, *Coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreanum 1575, 191 s., con un punto di vista che non seppe però conquistare consensi, rimanendo pressoché isolato, nonostante l'argomento non privo di pregio dell'affinità che tali *conventiones* presentavano con la categoria dei contratti (non solo consensuali) di buona fede; significativo il giudizio negativo espresso da H. VULTEJUS, *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas Commentarius*, Marpurgi 1598, 788: «solus Hotomannus omnem actionem praescriptis verbis dicit esse bonae fidei». Per ulteriori indicazioni in proposito *infra* nt. 78.

[22] In questo senso («Diese […] ex precario ist die dritte act. praescr. verbis dieser Art») E.C. WESTPHALS, *System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Ver-*

vissimo interesse[23] e non pochi contrasti vi erano, anche allora, sull'origine del nome.[24] Non vi era però alcun dubbio sul fatto che ci si trovasse in presenza di azione civile[25] e non edittale (Cels. 8 *dig.* 19.5.2 […] *cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*), ancorché costruita sull'esempio di schemi processuali tipici: di qui la qualifica di *actio utilis* o *ad exemplum* (*actionis directae*) attribuita dagli stessi autori all'azione.[26] Decisive, da

jährung, Leipzig 1788, (§ 109) 95 s.; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Erster Band*, Leipzig 1840, (§ 4), 6 nt. *a* n. 12; per la natura di buona fede, ovviamente (nt. prec.), F. HOTOMANUS, *Coniectura de perscriptis verbis* cit., 192. Sul brano ulpianeo vd. *infra* cap. III § 3.1.

[23] Da questo punto di vista non è senza significato ed è anzi assai emblematica la decisione di A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L.* 1), 643 s., di aprire la trattazione sull'*a.p.v.* muovendo proprio dalla questione assai dibattuta dell'origine del nome dell'azione («Praecipua totius huius tractatus difficultas in eo consistit, ut sciamus, unde nomen hoc descendat […]»).

[24] Per una relazione tra *praescripta verba* e il c.d. 'praescriptum conventionis' sotto la suggestione della denominazione bizantina dell'azione ('ἡ περὶ τῶν προγεγραμμένων συνφώνων ἀγωγή'), vd. J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus tertius*, Prati 1837, (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454; un'interessante rassegna critica delle varie proposte sino ad allora avanzate può trovarsi in F. HOTOMANUS, *Coniectura* cit., 145 ss., ove si azzarda l'ipotesi che il nome corretto dell'azione fosse piuttosto *perscriptis verbis*, ad evidenziare la necessità di procedere, in assenza di apposito *nomen actionis,* attraverso una dettagliata descrizione del fatto fondativo della pretesa (*res gesta*) mediante *verba* scritti per esteso («plenis & integris verbis») e dunque senza il ricorso alle consuete, quanto insidiose, sigle abbreviative («notis & signis»); sulla questione si veda anche U. HUBER, *Praelectionum juris civilis tomi tres secundum institutionum et digesta Justiniani. Tomus* II. *Liber XIX. Tit. V. De praescriptis verbis & in Factum actionibus*, Maceratae 1838, 536 n. 2 (b); O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 374 ss.; I.M. BRANDES, *Dissertatio juridica* cit., XXI; E. MERILLIUS, *Dissertatio in libros tres ex Cujacio. Caput XXIX. Unde ea actio praescriptis verbis dicta sit*, Neapoli 1720, 228; W. CURTIUS, *Dissertatio* cit., 7 s.; ulteriori indicazioni possono trovarsi in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 158 ss.

[25] J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII.13*) 449; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 966 ss.; N.H. GUNDLING, *Ausführlicher und gründlicher Discourse über Die sämtlichen Pandekten.* Vol. 3, Frankfurt und Leipzig 1739, (*Libri XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis & in factum Actionibus*) 1253.

[26] Il punto di vista della dottrina più antica si trova efficacemente rappresentato in 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,

quest'ultimo punto di vista, erano le suggestioni derivanti dalla lettura di

Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.4: […] *praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

testo, su cui avremo certamente modo di tornare,[27] e che aveva condotto alle medesime conclusioni già gli interpreti bizantini che in Bas. 20.4.5 avrebbero ancora più efficacemente evidenziato il carattere imitativo (ἀγωγῇ μιμουμένῃ) dell'azione, come del resto, sul piano sostanziale, ad imitazione dei contratti tipici si sarebbero posti quelli innominati:[28]

Recitationes solemnes 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: «Omnis […] actio praescriptis verbis est comparata ad exemplum civilis […] verum non est directa civilis: igitur est utilis tantum, quoniam exemplo civilis est tantum introducta»; F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor*. *Liber II. Sectio I.* cit., *Caput VIII. De qualitate actionis praescriptis verbis. Nn.* 1-3, 190 s.; J. D'AVEZAN, *Contractuum liber prior*, Aureliae 1644, *Caput VII*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus Juris civilis et Canonici continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera. Tomus quartus*, Hagae-Comitum 1752, 18: «datur Civilis Actio […] quae dicitur utilis, quia ut docet Paulus in *l. naturalibus 5. D. de praescript. verb.* datur ad instar, ad exemplum Actionis directae, quae competit ex contractu certo, nominato»; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXIII*) 1737 nt. γ): «Vocatur etiam *Utilis actio* […] quia comparata est ad instar directae actionis ex contractibus nominatis»; non diversamente, ancora nel XIX sec., C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156, su cui vd. *infra* nt. 81.

[27] Vol. II, cap. IV §§ 2, 2.1.

[28] Così ad es. BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. Lex V*), 418: «nota, quod contractus innominatus, & actio quae ex eo oritur, datur ad similitudinem contractuum nominatorum»; J. CUJACIUS, *In lib. XXVII Quaestionum Papiniani. Ad l. VIII de praescriptis verbis*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*. *Tomus quartus*, Prati 1837, 1372: «datur ex negotiis, sive contractibus, qui civiles contractus imitantur, ut *do ut des*, imitatur emptionem venditionem: *do ut facias*, locationem et conductionem: *facio ut facias*, imitatur mandatum: *facio ut des*, quia non imitatur civile negotium, ex eo articulo etiam non datur actio praescriptis verbis»; in termini che lessicalmente si riferiscono più al profilo regolamentare (*natura contractus*), sempre nel presupposto però di una affinità funzionale, A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L. 17 § 2*) 673: «Contractus […] imitantur tamen naturam contractuum nominatorum, ad quorum similitudinem accedunt». Sulla questione vd. anche vol. II, cap. V § 1.1.

Bas. 20.4.5 (Hb. II 380 = Schelt. A III 1009): Ἀπὸ δὲ τοῦ συμφώνου, ποιῶ, ἵνα ποιήσῃς,[29] [...] χώρα τῇ περὶ τοῦ προγεγραμμένου συμφώνου ἀγωγῇ μιμουμένῃ τὴν ἐντολήν […]

Era inevitabile che l'omologazione di soluzioni processuali portasse a una omologazione delle sottostanti dottrine sostanziali. Al più si era disposti ad ammettere modeste divergenze di opinione su singoli punti, ma non certo più ampi e profondi contrasti sulla possibilità stessa di riconoscere una tutela propriamente contrattuale in relazione a vicende negoziali per le quali non fossero approntati specifici rimedi a livello edittale o comunque sul tipo di tutela in genere ad esse accordata (*actio in factum praetoria*, *civilis*). Non vi era dunque motivo per imputare a Giuliano un atteggiamento restrittivo, in dissenso con le vedute aristoniane in materia. Non appariva peraltro ciò coerente con

Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3: *in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*

brano notissimo,[30] in cui il giurista adrianeo mostrava di fare larghissimo uso dell'azione contrattuale atipica[31] e anche prendendo spunto[32] dal quale si è cominciato a discutere in età intermedia di contratti innominati.[33] Poteva così an-

[29] Da preferirsi alla lezione di Schelt. A III 1009 'Απὸ δὲ τοῦ 'συνεφωνήσα ἵνα συμφωνήσης'.

[30] Per un'analisi della testimonianza vd. *infra* cap. III § 4.

[31] Che attraverso l'espressione *in quam necesse est confugere* Giuliano intendesse riferirsi all'*a.p.v.* era sostenuto, tra gli altri, da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 58 nt. 20; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 56; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 336.

[32] In proposito vd. J. D'AVEZAN, *Contractuum liber prior* cit., *Caput III*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 4 cit., 11: «Contractus, incerti scilicet & innominati, id est, quorum appellationes propriae nullae sunt Jure Civili *l.* 1. 2. & 3. *D. de praescrip. verb.*»; C. MAYNZ, *Cours de droit romain. Tome deuxieme*,[3] Bruxelles-Paris 1870, 309 s. nt. 18; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain. Tome second*, Paris 1872, 557 nt. 1.

[33] Il primo impiego dell'espressione ('prescriptis verbis, que ex permutatione vel ex innominatis contractibus datur') è attestato, com'è noto, nel *De natura actionum* (codex Haenelii I. 8-9 riprodotto in H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, 118), interessante trattato la cui paternità è per lo più attribuita a Irnerio (Guarnerio), in base a una glossa all'*arbor actionum* di Giovanni da Bassiano contenuta nel ms. Erlang. n. 32 («Primo tractavit de natura actionum G. Postea Henri. Postea P. Quarto dilucide Jo»), richiamata da F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Vierter Band*, Heidelberg 1826, 59 s.: in

zi accadere che venisse attribuito a Giuliano il ricorso all'*a.p.v.* in contesti per i quali sembra oggi del tutto pacifico che ad essere concessa fosse piuttosto l'*a. in factum* pretoria, come nel caso di Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 e nel quale il giurista era impegnato nell'esame di una complessa ipotesi di *donatio mortis causa*.[34]

Quanto detto non deve naturalmente indurre a ritenere che l'uso della locuzione *actio in factum* per indicare l'azione pretoria in senso stretto risultasse sconosciuto agli autori più antichi. Si trattava al contrario di un impiego ben noto. Così come del resto ben noto era anche il ricorso che alla stessa azione erano soliti fare, anche in tema di *nova negotia*, i giuristi romani: non certo il solo Salvio Giuliano. Proprio in epoca intermedia, del resto, si era andata affermando la distinzione, che oggi tanta fortuna sta riscuotendo in dottrina, tra azioni *in factum* pretorie e azioni *in factum civiles*.[35] Decisive, da questo punto

---

favore dell'attribuzione a Irnerio (G.= Guarnerius) vd. M.A. VON BETHMANN HOLLWEG, *Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Sechster Band. Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter. Vom zwölften bis fünfzehnten Jahrhundert*, Bonn 1874, 18 s.; in senso contrario H. FITTING, *Juristische Schriften* cit., 56 ss., spec. 60 ss., il quale si orienta piuttosto per una datazione assai più risalente, di epoca giustinianea se non addirittura pregiustinianea, con un punto di vista però modificato in ID., *Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter*, in ZSS 7, 1886, 159 s. nt. 1, ove – prendendo spunto da M. CONRAT, *La glossa di Colonia alle Istituzioni*, in AG 34, 1885, 105 ss., («dicente Geminiano: quando mandatum […]») – si propende per una identificazione con Geminiano, oscuro giurista del sec. XI: in proposito vd., con rilievi critici, J. FLACH, *Études juridiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, Paris 1890, 24; sulla questione vd. anche H. KANTOROWICZ-W.W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of theTwelfth Century*, Cambridge 1938, 223 ss.

[34] Per una identificazione dell'*a. in factum* con l'*a.p.v.* vd., ancora nel XIX sec., F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Vierter Band*, Berlin 1841, 256 e ivi nt. *f*; C.A. PELLAT, *Exposé des Principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*,[2] Paris 1853, 282 nt. 1. Per brevi indicazioni sul brano, del quale contiamo di occuparci in altra sede, vd. *infra* cap. II nt. 282.

[35] Si tratta di circostanza da tempo segnalata in dottrina: così ad es. A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum". Son caractère byzantin*, in *Mélanges H. Fitting* 1, Montpellier 1907, 38. Al riguardo vd. *infra* cap. III § 1.1. Per limitarsi a una snella elencazione si vedano in tal senso J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera* III cit., (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454 («Actionum in factum alia est praetoria, alia civilis»); F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliores leges. ff de Pactis. Libri tres*, Compluti 1586, 611; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber II. Sectio I.* cit., 184 s.; W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris brevissimis verbis. Primùm usui privato collectum, jam verò multorum rogationibus publico dato à J.J. Schütz*, Francofurti 1679, 311 ss.; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 966 ss.; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXIII*)1737 nt. δ); fra gli studiosi del XIX sec. vd. C.F. GLÜCK,

di vista, si erano rivelate le indicazioni contenute nel notissimo Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, testo chiave per lo studio del fenomeno del contrattualismo (atipico) romano, così come per la ricostruzione della posizione assunta in materia da Giuliano,[36] in cui il giurista concedeva l'azione pretoria a favore di chi, dopo aver manomesso un proprio schiavo, avesse subito l'evizione del servo ricevuto in cambio, con una soluzione che avrebbe attirato su di sé le critiche di Mauriciano e Ulpiano, partigiani piuttosto del ricorso all'azione civile.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: […] *dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille* (scil. Mauricianus) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere* rell.[37]

Non meno prezioso in tal senso si rileverà, ma solo a partire dal XIX secolo, il ricchissimo quadro informativo consegnato alla comunità scientifica con la pubblicazione dell'amplissimo apparato di scoli inserito nel primo volume dell'edizione heimbachiana dei *Basilicorum Libri LX.* del 1832, destinata a soppiantare l'assai più scarna edizione fabrotiana del 1647.[38] Particolare rilievo in tal senso finirà per assumere lo sch. Μαθῶν di Stefano a Bas. 11.1.7, al quale in definitiva può essere fatta risalire (in materia contrattuale) la prima esplicita articolazione delle *actiones in factum* in pretorie e *civiles*,[39] attraverso la contrap-

Ausführliche Erläuterung, vol. XVIII cit., 155 s.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 333.

[36] Si veda ad es. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. I. Papinanus libro 8. Quaestionum. Ad l. Nonnunquam. I.*) 645: «Sunt enim actiones in factum duplicis generis. Aliae civiles […] aliae vero quae à Praetore solo dantur deficiente civili actione, quale esse putabat Iulianus […] recte à Mauriciano & Ulpiano in eo reprehensus».

[37] Al riguardo vd. cap. II §§ 1 ss.

[38] C.A. FABROTUS, ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ ΒΙΒΛΙΑ Ξ′. ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ *Libri LX. in VII. tomos divisi*, Parisiis 1647. Una valida sintesi delle vicende editoriali dei basilici sino alla prima metà del secolo XIX, con utili riferimenti alla relativa tradizione manoscritta, può trovarsi in C.E. ZACHARIAE, *Historiae juris Graeco-Romani delineatio. Cum appendice ineditorum*, Heidelbergae 1839, 46 ss.

[39] Analoga contrapposizione si trova, com'è stato da tempo segnalato in dottrina, anche nello sch. Τοῦ Ἁγιοθεοδωρίτου. Ἡ παροῦσα ἀγωγή a Bas. 60.13.1.2 (Hb. V 540 = Schelt. B VIII 3453), 'τῶν ἰμφάκτων αἱ μὲν εἰσι πολιτικαί, ὡς ἡ ἐν τῷ δ′ τιτ. του κ′. Βιβ. πολιτικὴ ἴμφακτος ἡ πραεσκρίπτις βέρβις […] αἱ δὲ πραιτωρίαι, ὡς αἱ πᾶσαι σχεδόν (trad. Hb. VI 540: «actionum in factum quaedam sunt civiles, ut civilis in factum actio praescriptis verbis

posizione tra il modello (giulianeo) della πραιτωρία ἰμφάκτουμ ἀγωγή e quello (aristoniano) della πολιτικὴ ἰμφάκτουμ ἀγωγή.[40]

in tit. 4 lib. 20 […] quaedam praetoriae, ut fere omnes»): in proposito vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 11. Anche questo scolio non è però presente nell'edizione fabrotiana (vd. C.A. FABROTUS, **ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ** cit., *Tomus* VII, 377).

[40] Assente nell'edizione fabrotiana del 1647 (C.A. FABROTUS, **ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ** cit., *Tomus* I, 752 s.), lo scolio venne pubblicato per la prima volta nell'edizione heimbachiana, attingendo al *codex Coislin.* 152. Il primo attento esame del brano di Stefano si deve a C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 335 nt. 10, 336 nt. 15, 338 ss.; un mero richiamo si trova in K.A. VON VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. *Dritter Band. (Fünftes Buch: Die Obligationen)*, Marburg-Leipzig 1847, (§ 599) 244; sempre sullo scolio, in aggiunta al già citato P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 25 ss., ci limitiamo qui a rinviare a I. ALIBRANDI, *Dell'utilità che arrecano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scoliasti de' basilici* (Dissertazione letta nell'Accademia romana di Archeologia, 1865), ora in *Opere giuridiche e storiche*. Vol. 1, Roma 1896, 59 s.; ID., *Delle azioni utili e dirette*, in Giornale di giurisprudenza teorico-pratica 1, 1870 = *Opere* 1 cit., 158; A. PERNICE, *Parerga* 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9, 1888, 256 nt. 3; C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio*, in *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888, 88, ora in E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, 148 ss., ove peraltro si avanza l'ipotesi dell'impiego, da parte di Stefano, di un «antico commentario scolastico ai libri di Ulpiano *ad Edictum*», il cui anonimo autore sarebbe in più occasioni citato dal giurista bizantino genericamente come 'ὁ παλαιός'; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 30; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone,* in AUPA 37, 1983, 76 e ivi nt. 45; 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* I, Torino 1992, 241; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 138 nt. 513; 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, 44; ID., *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009, 17 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta in diritto romano*, Trento 2011, 369 ss.; ancora più recentemente F. LOMBARDO, *Studi sulla «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustinianeo*, Milano 2020, 109 ss. La stessa testimonianza, assumerà un ruolo centrale ai fini della ricostruzione della struttura formulare dell'*a.p.v.*, andando a incidere in profondità sul dibattito che aveva tenuto impegnati gli studiosi, i quali sino ad allora avevano potuto giovarsi delle informazioni contenute nella *Synopsis legum* di Psello edita per la prima volta nel 1632, per nulla coincidenti e anzi con assai significative differenze in relazione alla questione oggi assai dibattuta dell'individuazione della sede del programma di giudizio in cui avrebbe dovuto trovarsi la *narratio rei*, leggendosi qui 'ἐν δεμοστρατίωνι' (sic) anziché 'ὡς ἐν δεμονστρατίωνι', secondo quanto attestato nello sch. Μαθῶν. Si veda appunto M. PSELLUS, *Synopsis legum, versibus iambis et politicis cum latina interpretatione et notis Francisci Bosqueti narbonensis icti selectisque observationibus Cornelii Siebenii*, Lipsiae 1789, vv. 1016 ss. (p. 108 s.) 'Καὶ δίδωσιν ἐναγωγὴν τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἣ ἐν δεμοστρατίωνι τὸ πρᾶγμα διηγεῖται rell'. Per una derivazione

Sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.7 (HB I 559 = Schelt. B I 188): 'δὸς τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πολιτικήν […] ὁ μὲν Ἰουλιανός, ἔχω, φησίν, τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν […] ἐπὶ γὰρ τῶν συναλλαγμάτων οὐ πραιτωρία ἰμφάκτουμ, ἀλλὰ πολιτικὴ δίδοται ἀγωγή […] καλῶς εἶπον, ὅτι, ἐπὶ συναλλάγματος οὐ δίδοται πραιτωρία ἰμφάκτουμ ἀγωγή'.

D'altra parte, proprio grazie a Ulp. 4 *ad ed.*, vi era piena consapevolezza sulle implicazioni che sarebbero derivate dal ricorso all'uno o all'altro dei due diversi modelli processuali, sul piano della configurazione dogmatica da assegnare a tali rapporti. In particolare, non sussisteva alcuna incertezza sul fatto che la concessione dell'azione pretoria equivalesse a un mancato riconoscimento del contratto.[41] Lo si desumeva inequivocabilmente, ancora una volta, dalle parole con cui Mauriciano riprendeva a distanza di tempo il suo ben più autorevole predecessore:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: *ille* (scil. Mauricianus) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit* rell.

I casi che, al pari Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, documentavano l'impiego dell'azione *in factum* pretoria erano dunque da ritenersi ipotesi eccezionali, giustificate dalla specificità delle singole vicende negoziali, in cui le ragioni del mancato ricorso all'azione contrattuale erano per lo più da ricercare nell'impos-

della *Synopsis* dallo scolio di Stefano vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 25. Più in generale sul giurista bizantino e sul manuale dedicato all'imperatore Michele Ducas vd. 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 deuxième*, Paris 1844, 140 s.; ID., *Historie* cit., *Tome troisième*, Paris 1847, 209 ss.

[41] In questo senso vd. F. HOTOMANUS, *Commentarius in Titt. Cod. de pactis & de Transactionibus. Eiusdem coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreanum 1575, 162: «Iulianus in factum actionem a Praetore dandam existimabat, quasi civile negotium illud non fuisse: neque synallagma contractum»; punto di vista che si andò naturalmente rafforzando a seguito del rinvenimento del manoscritto veronese: in proposito vd. PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien. Dritte Folge. (Schluß)*, in ZCP 5, 1848, 121: «Diese Klagen nämlich waren in *jus conceptae*, setzten also eine civilirechtliche Obligation voraus […] ganz anders als bei den prätorischen in factum actiones».

sibilità di rinvenire un'affinità analogica con schemi contrattuali tipici,[42] in assenza della quale venivano d'altra parte meno gli stessi presupposti perché si potesse procedere alla concessione dell'*a.p.v.*, il cui programma di giudizio non poteva prescindere dall'individuazione di un modello processuale di riferimento da adattare al caso specifico, trattandosi, come si è detto, di *actio utilis*.[43]

2. Gli studi sul contratto romano all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano. Da Eduard Gans agli studi di Callixte Accarias.

Si è gia accennato che su tale impostazione aveva significativamente pesato il quadro fortemente lacunoso in termini di informazioni sul processo formulare, nel quale erano costretti a muoversi i primi interpreti[44] e al quale si è potuto ovviare solo grazie al rinvenimento del manoscritto veronese, che in questo, come in altri settori, ha indubbiamente rappresentato un significativo momento di svolta.[45]

A differenza però di quanto sarebbe lecito attendersi, i riflessi derivanti dalle maggiori cognizioni acquisite per il tramite del manuale gaiano non furono affatto così immediati, benché sia certamente in quegli stessi anni che per la prima volta verrà messa in discussione l'idea di un atteggiamento fondamentalmente unitario da parte della giurisprudenza. Ciò si deve a un'interessantissima ricerca di Eduard Gans apparsa appena un anno prima che venisse consegnata alle stampe l'*editio princeps* delle istituzioni di Gaio del 1820, affidata alle cure di Göschen.[46]

---

[42] Vol. II, cap. V § 1.1.

[43] In proposito vd. *supra* nt. 26.

[44] I quali, com'è noto, attingevano le principali informazioni, oltre che naturalmente dal *Corpus iuris*, dal prezioso *corpus* ciceroniano: non priva di interesse risulta, da questo punto di vista, la lettura di F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia quae in hunc usque diem edita extant in Iure Civili, Ab ipso demùm Auctore recognita atque aucta*, Lugduni 1558, 44.

[45] Per una giusta evidenziazione del rilievo assunto in materia dal ritrovamento del manuale gaiano vd. già A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 38 s. Sulle vicende legate al rinvenimento del manoscritto da parte di Niebuhr si rinvia al dettagliato resoconto di M. VARVARO, *Der ‚Glücksstern' Niebuhrs und die Institutionen des Gaius. Deutsch-italienische Wissenschaftspolitik im frühen 19. Jahrhundert*, Heidelberg 2014.

[46] Sulle vicende editoriali delle istituzioni si veda U. MANTHE, *Gaio il Veronese e gli editori*, in AUPA 57, 2014, 353 ss.

È allo studioso tedesco che va infatti attribuito il merito di aver sottoposto a un severo vaglio critico l'insegnamento dei primi interpreti, mettendo in risalto la diversità di vedute tra Sabiniani e Proculeiani in tema di contratti innominati, in una prospettiva che andava ben oltre il singolo e isolato caso della permuta e che assumeva piuttosto i contorni di un più generale contrasto di ordine metodologico, in cui si confrontavano i (non poi così)[47] diversi modelli argomentativi dell'analogia e dell'assimiliazione,[48] secondo schemi logico-operativi che sarebbero stati più tardi riassunti nella ben nota contrapposizione tra analogisti (Proculeiani) e anomalisti (Sabiniani), con cui si era ritenuto, non senza fraintendimenti,[49] di poter trasferire sul terreno del diritto una querelle metodologica maturata in ambito grammaticale che aveva visto contrapporsi anomalisti pergameni e analogisti alessandrini.[50] Non era certo l'unico elemento di novità. Per certi versi ancor più significativa era la nuova prospettiva che era stata indicata in materia di perfezionamento delle vicende contrattuali atipiche, con la quale si pretendeva di mettere in discussione un indirizzo interpretativo plurise-

[47] In proposito vd. *infra* cap. II § 7.

[48] E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181 ss.: «Capito und seine Schüler bleiben beim Alten, bei den einmal hergebrachten Klagen, und suchten lieber in etwas abweichenden Fällen, den Begriff derjenigen Klage, welche schon da war, zu erweitern […] Labeo dagegen und seine Schüler gingen von diesem Ausdehnen der bestehenden Klagen ab, und ertheilten lieber, ad analogiam die vorhandenen Klagen, eigne actiones in factum civiles».

[49] Rilievi critici si trovano già in O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig 1885, 1030 s.; E.I. BEKKER, *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, in ZSS 6, 1885, 75 s.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, 142 nt. 9; sempre per una valutazione critica rinviamo al nostro G. ROMANO, *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014, 59 s. ntt. 132 e 133.

[50] Così, anche sotto la suggestione di Gell. 13.10 e Fest., v. *poenatis*, M. SCHANZ, *Die Analogisten und die Anomalisten im römischen Recht*, in Philologus 42, 1884, 309 ss.; uno spunto in tal senso può rinvenirsi già in F.D. SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, vornehmlich an dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht*, Leipzig 1867, 266 ss.; sulla questione, e nel senso di una simpatia labeoniana per le posizioni dei grammatici analogisti che avrebbe portato il giurista ad adottarne spunti e metodi in sede di organizzazione ed articolazione del sapere giuridico, vd. P. STEIN, *The relation between Grammar and Law in the early Principate. The Beginnings of Analogy*, in *Atti del II Congr. intern. della Società it. di storia del dir.*, Vol. II, Firenze 1971, 757 ss.; ID., *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in BIDR 19, 1977, 60; ID., *Le scuole*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano da Augusto agli Antonini*. *Atti del Seminario di S. Marino (12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996, 7 s.

colare che sino ad allora aveva costantemente predicato un inquadramento dei c.d. contratti innominati (o *incerti*, come erano soliti dire gli interpreti di un tempo),[51] all'interno dello schema dell'*obligatio re contracta*,[52] per prospettare

[51] Così, soprattutto in base a Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9 pr.: *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni contractu, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto*. In questo ordine di idee vd. già J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae*, in *Opera* III cit., (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454 s.; interessante in proposito F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia* cit., 40, ove la stessa prospettiva viene adattata al profilo processuale in modo da evidenziare le ragioni che portano a qualificare l'azione come '*incerta*': «Eadem ratione incerta quoque actio, sive iudicium incertum appellari solet, quia videlicet nec certo designatur nomine, nec certa, solenníque, formula continetur»; nello stesso ordine di idee di Duareno vd. H. VULTEJUS, *In Institutiones* cit., 788; J. D'AVEZAN, *Contractuum liber* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 4 cit., (*Caput X*) 23; G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Editio tertia. Caput IX*, in *Opera omnia recognita, aucta, emendata, multis in locis atque in duos tomos distributa*, Lugduni Batavorum 1735, 504; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 185 («quoniam eius formula non erat usitata, solemnis & certa […] dicitur *incerta* non ratione rei […] sed ratione formulae»). Tra gli studiosi del XIX sec., l'idea di una denominazione tecnica fa presa su C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 79; ancora dopo il ritrovamento delle istituzioni gaiane, A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827, 68; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 350 s.; W. REIN, *Das Privatrecht* cit., 648: «Solche Verträge nannte man *contractus incerti*»; L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und heutigem Rechte*, in *Abhandlungen aus Pandekten-Rechte*, Erlangen 1840, 272; P. VERNET, *Textes choisis sur la Théorie des obligations en droit romain. Conférence pour le doctorat professée dans le second semestre de l'année scolaire 1863-1864 a la Faculté de droit de Paris*, Paris 1865, 99; così ancora (come vedremo) C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866, 24; un'apertura in tal senso anche in C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 310 nt. 18. Più in generale, per una presa di posizione fortemente critica al riguardo, vd. E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 171; rilievi anche in V. DEVILLA, *Actio incerti*, Catania 1932, 10; sul punto vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, 76 s., con proposta di identificare, anche sulla scorta dello sch. ἀπὸ πάσης αἰτίας (Ὁ κέρτος κονδικτίκιος) di Cirillo a Bas. 23.1.9 (Hb. II 594 s. = Schelt. B IV 1510) il *contractus incertus* con il «contratto sottoposto a condizione»; in senso contrario e per una svalutazione dello scolio in questione (che si muoverebbe anzi in una direzione opposta) vd. M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 151 s., per il quale tale interpretazione potrebbe semmai valere per Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.6, dall'autore giudicato però di conio bizantino; ID., *Obligatio re contracta: la prospettiva processuale*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA (a cura di), *Ravenna Capitale. Localizzazione e tracce di atti negoziali*, Santarcangelo di Romagna 2020, 138.

[52] In questo senso, ad es., vd. G. FRANTZKIUS, *Commentarius in viginti et unum libros pandectarum juris civilis priores, in quorum extremo utilis sed difficilis materia evictionum resolvitur & per*

piuttosto un'appartenenza allo schema dell'*obligatio consensu contracta*.[53]

Ancorché per molti aspetti fortemente innovative, le idee di Gans da altro punto di vista non si discostavano più di tanto dall'insegnamento tradizionale, per lo meno non per ciò che riguarda il tema qui in esame. Occorre innanzitutto tenere presente che, da un punto di vista processuale, la disputa tra Sabiniani e Proculeiani avrebbe posto i giuristi delle due scuole di fronte all'interrogativo se procedere attraverso una semplice estensione dell'ambito applicativo delle azioni edittali o piuttosto per il tramite di una loro applicazione in via utile (o per analogia), mediante l'inserimento di appositi *praescripta verba* all'interno della struttura ordinaria dei relativi programmi di giudizio:[54] sempre, dunque, per mezzo di meccanismi di tutela di *ius civile*, che come tali avrebbero in entrambi i casi assicurato una piena appartenenza dei *nova negotia* alla categoria del contratto. Nulla a che vedere, dunque, con l'alternativa tra *a.p.v.* e *a. in factum* che sarebbe stata in seguito prospettata in dottrina, e che nelle intenzioni di chi l'avrebbe proposta lasciava piuttosto intravedere una certa affinità con l'area dell'illecito (extracontrattuale), per le ipotesi, ovviamente, in cui trovasse applicazione l'azione pretoria.

Si deve in più considerare che, sempre secondo Gans, tale contrasto sarebbe in ogni caso giunto a soluzione, col prevalere delle tesi proculeiane, già all'epoca

---

modum iusti tractatus exhibetur. Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione, Argentorati 1644, 643; S. STRYKIUS, *Tractatus de actionibus* cit., (*De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § 1) 147 s. («omnes contractus innominati reales dicuntur»); W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris* cit., 35, 305; J.H. HERMANN, *Einleitung zu den Actionibus Forensibus oder Gerichtlichen Klagen*, Leipzig 1737, 637; A.F.J. THIBAUT, *System* 1 cit., 112 s.; F. MACKELDEY, *Lehrbuch der Institutionen* cit., 671; TH.M. ZACHARIÄ, *Institutionen des Römischen Rechts nach der Ordnung der Justinianeischen Institutionen ausgearbeitet*, Breslau 1816, 690; ancora C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 77, 90 («[…] Realcontracte, von denen die unbenannten Contracte eine Species sind»).

[53] E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 171 («die Stellung dieser Obligationen zu den Realcontracten ein Widerspruch in sich selbst ist»), 190 («das von der einen Seite Geleistete nicht die actio praescriptis verbis bewirkte, sondern vielmehr die zweiseitige Uebereinkunft, daß der Andere leiste»). In verità non mancarono timide aperture in tal senso già tra gli autori di diritto comune. Si trattò però di posizioni isolatissime. A tal fine venivano invocati: *l. cum mota* 6. *C. de transactionibus*(= C. 6.4.1), *l. solent*. 15 ff. *de praescriptis verbis* (= D. 19.5.15), *l.* 3 § 4 *ff. de cond. ca. dat.*(= D. 12.4.3.4): in proposito, e per una riaffermazione del principio che richiedeva un *implementum re* ai fini della costituzione del vincolo obbligatorio, vd. A. VINNIUS, *De pactis* cit., 75 ss.

[54] E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181 s., su cui vd. *supra* nt. 48; per un più opportuno ridimensionamento della latitudine del ricorso, da parte sabiniana, alle azioni edittali tipiche in tema di *nova negotia*, occorrerà attendere le successive indagini di Accarias e Pernice.

di Adriano, se non addirittura prima, in termini che avrebbero portato a un impiego generalizzato dell'*a.p.v.*[55] Alla stessa azione avrebbe fatto del resto regolarmente ricorso anche Giuliano, non senza qualche eccezione naturalmente: come nell'ipotesi più volte richiamata di Ulp. 4 *ad ed.*, in cui all'*a.p.v.* sarebbe stato preferito l'impiego di un'*actio in factum* pretoria.[56] Eccezioni che d'altra parte non potevano dirsi assenti neppure nell'operato di altri giuristi, compreso lo stesso Aristone, che pure era considerato l'ideatore dell'innovativa dottrina sinallagmatica. Si pensi al diniego dell'azione civile attestato nel notissimo[57]

D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollere: sevi nec pateris me fru^ctus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*.

Ci troviamo di fronte a una ricostruzione complessiva che, almeno per quanto riguarda la posizione del nostro giurista, non si allontana dall'orientamento sino a quel momento imperante. Per certi versi sembra andare anzi decisamente oltre, se solo si considera che l'autore arrivò a ipotizzare un ripensamento da parte di Giuliano rispetto alla soluzione indicata in Ulp. 4 *ad ed.*, che avrebbe portato il giurista adrianeo a fare proprio il punto di vista del suo recensore, Mauriciano, finendo così per concedere anch'egli l'azione civile al contraente evitto.[58] Con un'ipotesi che risulta però nel complesso poco verosimile e che mirava a mettere in armonia il brano ulpianeo con altra ben nota testimonianza paolina, in cui per la stessa vicenda veniva attribuita a Giuliano la concessione dell'azione contrattuale atipica, in un quadro solutivo peraltro più ampio e articolato, che prendeva egualmente in considerazione il ricorso all'*a. de dolo*:

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2: […] *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is in quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <civilem>*.

[55] E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 185 («Die Zeit zwischen Augustus und Hadrian scheint überhaupt die Zeit der allmähligen Ausbildung der actio praescriptis verbis gewesen zu sein»).

[56] Così appunto E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 184 s. nt. 9.

[57] Sul brano vd. vol. II, cap. V § 7.

[58] In proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.2.

Sotto il peso delle dure critiche mosse da una dottrina[59] che non aveva certo apprezzato i toni aspri e a tratti sprezzanti adoperati da Gans già nel titolo con cui si apriva la trattazione relativa ai c.d. contratti innominati (*Ueber die fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten, und dem jus poenitendi*), e ai quali aveva risposto con altrettanto durezza,[60] non molto rimase dei risultati raggiunti dallo studioso tedesco, anche con riferimento alla questione della varietà di indirizzi metodologici seguiti dai giuristi romani.

La strada era stata comunque segnata e più di un autore provò a percorrerla. Si trattò però, per lo più, di poche e fugaci prese di posizione,[61] anche se non del tutto prive di interesse: talvolta anticipatrici delle nuove linee di ricerca che di lì a poco si sarebbero andate più saldamente delineando.[62]

Tra tutte, merita certamente di essere ricordata quella di August Wilhelm Heffter,[63] il quale, se non ci inganniamo, fu il primo ad aver avanzato l'ipotesi di un contrasto di scuola che avrebbe visto i Sabiniani refrattari alla possibilità

---

[59] C.F. MÜHLENBRUCH, Rec. a E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, in Heidelberger Jahrbucher der Literatur 14, 1821, 70 ss.; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 57 ss.; C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis*, Tubingae 1822, 19 ss.; L.A. WARNKOENIG, *Commentarii juris romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati. Tomus secundus*, Leodii 1829, 327 nt. 3.

[60] Vedi in proposito il severo giudizio («Titel und Inhalt sind gleich dictatorisch») espresso da M. PÖHLS, *Versuch* cit., 12, la cui ricerca era peraltro espressamente rivolta (già a partire dal titolo: *Versuch* […] *Hauptsächlich gegen Gans*) a una sistematica confutazione del lavoro di Gans.

[61] L'idea di un differente approccio metodologico fece comunque presa su S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. III. Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829, 163 nt. 12; soprattutto su J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus, de legis actionibus, de formulis et de condictione dissertatio historico-dogmatica*, Gottingae 1840, 262 ss., anche per il notevole risalto dato alla disputa che avrebbe visto i Sabiniani ricorrere all'estensione dell'ambito applicativo delle azioni tipiche piuttosto che all'*a.p.v.*: «Erant enim quidam […] qui dilatandos potius nominatorum contractuum fines censerent, itaque vulgares actiones P. V. actioni praeferrent […] Haec enim quaestio summi momenti erat […] quamvis et antea jam diversas in jure opiniones exstitisse, dubitari non possit, attamen nullam umquam tanti momenti nullamque tantae magnitudinis usque ad Augusti tempora exstitisse quaestionem, quae sicut haec de P. V. actione ad separandas duas juriconsultorum sectas valere potuit».

[62] L.B. BONJEAN, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains* 2,[2] Paris 1845, 39, 44 ss., con una presa di posizione che per certi versi sembra anticipare (come si vedrà) le conclusioni di Accarias. In proposito vd. *infra* nt. 100.

[63] A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79.

di riconoscere l'esistenza di nuove obbligazioni civili da tutelare mediante *a.p.v.* L'ipotesi, formulata nelle *Observationes* poste a commento del quarto libro delle istituzioni di Gaio (1827), traeva spunto dall'esigenza di spiegare l'assoluta assenza di riferimenti all'azione contrattuale atipica nel manuale gaiano da poco ritrovato. Tema, questo, che avrebbe tenuto a lungo impegnati gli studiosi e sul quale non poco avrebbe speculato la dottrina interpolazionistica.[64] La risposta fu per l'appunto che Gaio, così come i suoi precettori sabiniani, avrebbero concesso azioni *in factum* in senso stretto, e dunque meramente pretorie,[65] con una conclusione che induceva lo studioso a ritenere non genuino il riferimento all'*a.p.v.* che si legge in Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22,[66] relativamente a una vicenda certamente suscettibile di essere inquadrata nello schema locatorio, se non fosse per la decisione, assunta in quell'occasione dalle parti, di rinviare a un momento successivo la concreta quantificazione della somma di denaro da pagare a titolo di mercede, con una previsione che induceva il giurista a propendere per una valorizzazione del profilo di atipicità del rapporto negoziale (*quasi de novo negotio*), in adesione a un indirizzo interpretativo qui presentato, diversamente da Gai 3.143 (*quaeritur*), come consolidato (*placet*).[67]

---

[64] In proposito vd. M. PÖHLS, *Versuch* cit., 67 s.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846, 575; M. VOIGT, *Ueber die condictiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862, 463 nt. 426. Per un'enfatizzazione dell'assenza di ogni traccia nel manuale gaiano vd. A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti et le synallagma (D, 2,14,7)*, in RHD 34, 1957, ora in ID., *Études de droit romain*, Paris 1972, 194; tra gli studiosi più recenti l'assenza è segnalata da R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 64; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in IVRA 58, 2010, 96; per un ridimensionamento della questione si rinvia a M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 39; A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22: Gaio e il 'iudicium quasi de novo negotio'*, in TSDP 5, 2012, 2 nt. 1.

[65] Spiegazione che ha convinto più di un autore moderno. Tra questi segnaliamo C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in IVRA 21, 1970, 65 nt. 37.

[66] A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79 nt. 27: «ultima verba: *id est praescriptis verbis* certe a Gaio aliena et ab alio quodam adiecta sunt».

[67] Indipendentemente dalla soluzione in concreto addottata da Gaio (*a.p.v.* o *actio in factum* pretoria), non pare vi siano margini per ritenere che il giurista antoniniano si sarebbe qui limitato a documentare l'esistenza di un indirizzo interpretativo diffuso, da lui non necessariamente condiviso, per lo meno non se si presta fede all'attuale versione del brano del digesto. L'impiego dell'impersonale *placet*, unitamente all'assenza di precisazioni di natura critica, non possono che far pensare a una citazione adesiva: così, nella sostanza, anche E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit.,

53, di cui, d'altra parte, non può seguirsi l'interpretazione soggettivizzante che l'autore vorrebbe attribuire alla forma verbale in questione (*placet*), allo scopo di risolvere il contrasto con Gai 3.143, ove la questione è presentata da Gaio come ancora dibattuta (*quaeritur*). Argomentando da Pomp. 9 *ad Sab*. D. 17.2.6 e Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.1, ritiene che la soluzione qui prospettata dal giurista antoniniano riflettesse il solo punto di vista sabiniano, avendo piuttosto i giuristi di area proculeiana ammesso «la possibilità di una determinazione successiva della *merces*», R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 246 ss.; da ultimo esclude un'adesione da parte di Gaio alla soluzione indicata nel brano del digesto G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in AUPA 58, 2015, 48 s. Dubbi sulla genuinità dell'impiego si trovano in 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, 220 ss. Più in generale sull'utilizzo della forma verbale *placet* vd. A. LOVATO, *Traditio e conventio nel settimo libro delle disputationes ulpianee*, in SDHI 67, 2001, 116 ss., ove si ammettono impieghi non adesivi, senza che vengano però forniti specifici esempi. Sulla testimonianza, e sui profili problematici che, come si è detto, essa pone in relazione al quadro informativo che si ricava da Gai 3.143, si rinvia, in aggiunta agli autori appena indicati, a P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 217 ss. Quanto all'inciso '*id est praescriptis verbis*' vd., per l'origine compilatoria e nel senso di un originario impiego dell'azione pretoria, E. BETTI, *Sul valore* cit., 38; ID., *Istituzioni di diritto romano. Volume secondo. Parte prima*, Padova 1960, 326; F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1953, 311 s. e ivi nt. 11; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 173 s.; tra gli studiosi più recenti anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 221 ss.; così, con cautela, pure S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 201 s. Sospetti si trovano, in una prospettiva che tende però a difendere la genuinità sostanziale della decisione, in A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988, 146; ID., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in SDHI 62, 1996, 528 s.; negli stessi termini M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 173; per la genuinità H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Commentar*, Berlin 1999, 463; un'apertura per l'impiego dell'azione contrattuale anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione: IVRA 36 (1985)*, in BIDR 92-93, 1989-1990, 736; non del tutto chiaro appare il punto di vista di P. KREMER, *Die Verhältnisse do ut facias und do ut des als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Audelà des frontières. Mélanges Wołodkiewicz* I, Varsovie 2000, 424 ss., il quale, pur difendendo la genuinità dell'inciso, argomentando peraltro (non si capisce come) da I. 3.24.1, non sembra mostrare dubbi sulla concessione di un'azione pretoria da parte di Gaio. Quello che l'autore prospetta, dunque, è un *iudicium in factum* integrato (parrebbe di capire) da *praescripta verba* descrittivi della fattispecie concreta, con una soluzione che (posta in questi termini) lascerebbe perplessi, non solo per le evidenti interferenze che verrebbero a crearsi tra i due segmenti del programma di giudizio, finendo entrambi per assolvere la medesima funzione, ma anche per il fatto che per tutta la trattazione precedente i *praescripta verba* erano stati piuttosto presentati, dallo studioso, come il tratto caratterizzante di un modello processuale predisposto secondo il diverso impianto dei *iudicia bonae fidei* (414).

Gai 3.143: […] *qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*.

Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22: […] *quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis*.

Si tratta di brani notissimi, e sui quali più tardi Gradenwitz sarebbe riuscito a imporre il dogma della natura postclassico-compilatoria dell'inciso *id est praescriptis verbis*,[68] andando così a suggellare quella che, a suo dire, sarebbe stata una felice intuizione di Gans,[69] ancor più apprezzabile, in quanto formulata quando non era ancora possibile avvalersi del prezioso raffronto testuale di Gai 3.143.

In poche righe si trovavano per la prima volta efficacemente condensati tutti gli elementi di quell'indirizzo dottrinale che era destinato a diventare dominante per buona parte del XX sec. e che ancor oggi riesce a far presa su un discreto numero di autori. Proprio per tale ragione non è ozioso leggere le parole dello studioso tedesco che colpiscono anche per il tono dell'affermazione finale, tanto perentorio («plus quam manifestum est») quanto in effetti non rappresentativo dello stato della dottrina dell'epoca: «Sed Gaium nostrum ipsiusque praeceptores totum hoc genus actionum praescriptis verbis ad novas obligationum civilium species accomodandarum improbasse et ex his causis […] simplices in fac-

[68] O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, 125; adesivamente A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 252 nt. 3; soprattutto, con ampia elencazione di esempi, F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss den Digesteninterpolationen*, in ZSS 11, 1890, 4 ss., che sviluppava così un semplice e brevissimo spunto presente in ID., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886, 18 e ivi nt. 1; H. APPLETON, *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (*Thése pour le doctorat*), Paris 1894, 252; C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 192 («indice sicuro d'interpolazione»); di «etichetta usuale», in riferimento all'espressione *id est praescriptis verbis*, discuteva, ancora agli inizi degli anni '60, E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 326.

[69] Così, ma senza quella generalizzazione che avrebbe invece contraddistinto le conclusioni cui sarebbe più tardi approdato Gradenwitz, E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 186 («id est praescriptis verbis, scheint zu oft gar sehr deutlich ein Zusatz»).

tum actiones tantum admisisse, plus quam manifestum est».[70]

Se questo è ciò che sosteneva Heffter nel cap. XV. *De bonae fidei iudiciis*, di ben altro tenore erano però le affermazioni fatte poco prima dallo stesso autore nel precedente cap. XII. *De formulis actionum*, ove non solo non si rinveniva alcun cenno sulla polemica tra scuole prima richiamata, ma addirittura sembrava prospettarsi, in un quadro di sostanziale uniformità di indirizzo,[71] una più specifica continuità tra l'insegnamento labeoniano, che proponeva di procedere a un'estensione dell'ambito applicativo delle azioni edittali mediante un adeguamento (*praescriptis verbis*) del programma di giudizio, e l'atteggiamento successivamente tenuto dal giurista adrianeo.[72] Anche in questo caso vale certamente la pena riferire direttamente il pensiero dell'autore: «Atqui iam inde a Labeonis tempore non erat incerti iuris, iurisdictionem Praetoris etiam aliis causis applicari posse, de quibus nominatim non esset statutum idque Iulianus secutus est et Hadrianus ad edictum perpetuum confirmavit».[73]

In più, anche la posizione espressa su Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22 assumeva contorni ben differenti, attribuendosi al giurista antoniniano la concessione di un'*actio in factum praescriptis verbis*, sul presupposto dell'esistenza di un

---

[70] A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79.

[71] Così («Non raro igitur in Digestis Labeonis sententiam laudatam videmus, actiones in factum dandas esse censetis, ubi actio ordinaria sive iuris civilis sive honoraria non teneret; item *Proculi*, *Pomponii* et *Iuliani*, quibus aliorum etiam Ictorum sententiae addi possunt») A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53 s., con la precisazione di carattere generale e senza alcuna caratterizzazione di scuola per cui «Neque vero omnino actiones, quae ex eiusmodi causis constituebantur, honorariae tantum erant […] interdum iuris civilis intentionem habebant […] Quod ipsum eveniebat, cum negotium quidem civile actum esset». Ipotesi per la quale, peraltro, lo studioso richiamava espressamente proprio Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3, su vd. *infra* cap. III § 4.

[72] Così («Alia causa earum in factum actionum erat, quas Praetor ex edicto generali *de praescriptis verbis* accommodare solebat, h. e. ex illo capite, quo edixerat, si singularis actio de negotio aliquo prodita non esset, ex quo tamen iustum aequumve videretur, proprium quoddam iudicium constitui, causa cognita formulam praescriptis verbis i. e. ad eam rem accommodatis verbis se daturum esse idque maxime obtinuit, si alia actio de simili quadam specie iam prodita erat, cuius exemplum ius dicenti sequi liceret. Atqui iam […]») A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53, ove viene peraltro avanzata la congettura, rimasta senza seguito in dottrina, di un editto generale *de praescriptis verbis*, con il quale il pretore avrebbe assunto l'impegno di approntare appositi rimedi processuali aderenti alla concreta *res gesta* (*accomodatis verbis*) nel caso avessero dovuto rivelarsi inutilizzabili gli ordinari rimedi predisposti a livello edittale.

[73] A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53.

(nuovo) *negotium civile*.[74] Il contrasto è a dir poco sorprendente, al punto che non è semplice trovare una giustificazione in grado di spiegare l'adozione di modelli ricostruttivi così differenti. Anche per questo, forse, l'intuizione di Heffter passò per lungo tempo sostanzialmente inosservata in dottrina.

Si resero necessari, in effetti, quasi cinquant'anni dalla pubblicazione del manuale gaiano, perché cominciasse a farsi gradualmente e più concretamente strada l'idea di un rifiuto dell'insegnamento aristoniano da parte di Giuliano. Si trattò inizialmente di semplici spunti, anch'essi destinati a non lasciare evidenti tracce nel dibattito successivo.[75] La vera prima occasione per una rivisitazione complessiva della dottrina allora imperante sarebbe stata offerta da un celebre corso di lezioni tenuto da Callixte Accarias, negli anni 1865-1866, presso la facoltà di diritto di Duoais, che ancor oggi rappresenta un importante punto di riferimento per quanti intendano occuparsi del tema del contrattualismo atipico e nel quale può dirsi già intrapreso quel processo di riflessione che negli anni a seguire avrebbe portato a una più profonda riconsiderazione della dottrina romana del contratto, nei termini in cui sarebbe stata consegnata al dibattito scientifico del '900.

Al di là delle conclusioni prospettate, non sempre soddisfacenti o sufficientemente limpide, non è comunque esagerato affermare che le indagini condotte

---

[74] Così «Ipse enim in l. 22 D. *de praescr. verb.* exemplo novi cuiusdam negotii civilis proposito, iudicium simpliciter *in factum*, praescriptis verbis, dandum esse dixit» A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 54, ove, in sostanza, si rimprovera unicamente a Gaio di non aver opportunamente evidenziato la natura civile dell'azione, secondo quanto avrebbero più convenientemente fatto Papiniano ed Ulpiano: «Accurate igitur, ut fere semper splendidissimus *Papinianus* scripsisse videtur, qui eiusmodi actiones *civiles in factum actiones* et *Ulpianus*, qui eas *civiles actiones praescriptis verbis* appellavit. Gaius autem noster in hoc discrimine exprimendo non tam subtiliter versatus est».

[75] In questo senso vd., ma in via del tutto incidentale, M. MASSOL, *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français*, Paris 1858, 30 s.; pochi anni prima che venisse consegnato alle stampe il lavoro di Accarias, il dubbio di un diverso atteggiamento di scuola era affiorato, con molta cautela, anche in F.L. KELLER, *Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*,[3] Leipzig 1863, 174 nt. 479, il quale traeva ancora una volta motivo di riflessione dal silenzio delle istituzioni gaiane; in termini invece assai netti (e che sembrano in larga misura costituire un'anticipazione di quello che sarebbe stato il successivo punto di vista di Pernice o, se vogliamo, un recupero delle posizioni tenute da Heffter nel cap. XV. *De bonae fidei iudiciis*) vd., negli stessi anni, P. VERNET, *Textes choisis* cit., 99 ss., 101 s. e ivi nt. 1, il quale, proprio riferendosi a Giuliano, affermava: «En premier lieu, il est Sabinien et n'admet dès lors pas l'existence de l'action *praescriptis verbis*»: ciò in una visione ricostruttiva che mostra però di ignorare del tutto il dibattito storiografico in materia.

dall'autore francese segnarono un significativo momento di transizione, anche per ciò che riguarda il dibattito storiografico in materia di *a.p.v.* Se si prescinde da singoli aspetti che devono ritenersi oggi a ragione del tutto superati, ultimo retaggio di una lunga e tenace tradizione nomenclativa di origine medievale che si ostinava a ricercare nel *nomen actionis* (*a. c. incerti*) un riferimento al *nomen contractus* (*contractus incerti*),[76] si può senz'altro affermare che è con Accarias che prende definitivamente e compiutamente corpo l'idea moderna, e non raramente fraintesa, di un'azione generale (*actio propria*) di buona fede[77] da causalizzare in concreto, che già da qualche decennio andava circolando in dottrina[78] e che era destinata a soppiantare il modello di un'azione *ad exemplum* (*utilis*)[79] e

[76] Vd. *supra* nt. 51. Per un riferimento delle qualificazioni dell'azione come *a. incerta*, *a. incerti*, *iudicium incertum* alla denominazione dei contratti innominati (*contractus incerti*) vd. appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 68 ss., ove si prendono le distanze da quanti suggerivano piuttosto, allora come oggi, una relazione con l'indeterminatezza della pretesa dedotta nell'*intentio*; analogamente P. VERNET, *Textes choisis* cit., 99 («*incerti* est pris ici dans le sens d'innomé […] *Actio incerti civilis* veut donc dire action née d'un contrat innomé»).

[77] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 61 ss., 71 ss.; negli stessi termini di lì a poco, richiamandosi a Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1 pr. e Cels. 8 *dig.* D. 19.5.2, anche A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 25, 1885, 451 («Beide aber behandeln die a. praescriptis verbis oder in factum civilis als allgemeine, selbständige Klage»).

[78] Così già G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 298 s.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 351 ss.; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 124 s.; C. MAYNZ, *Eléménts de droit romain. Tome deuxième*,[2] Bruxelles-Paris 1859, 288 s.; per la natura di buona fede dell'azione A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 632, 634, 636 ss.; per l'attribuzione di un valore meramente esemplificativo all'elenco giustinianeo di I. 4.6.28 si registrò anche l'autorevole presa di posizione di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Fünfter Band*, Berlin 1841, 99, 485 nt. *f*, ove si invocava a supporto Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. (*est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*), su cui vd. *infra* cap. III § 5; nello stesso ordine di idee F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 586; F.L. KELLER, *Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes*, Berlin 1854, 118.

[79] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 60 ss.: «il faut admettre sans hésiter que cette action est *directa* 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»). Ciò spiegherebbe (61 s.) anche la qualifica di *propria actio* assegnatale da Ulpiano in Ulp. 6 *opin.* D. 13.7.27 '*domino earum propria actio adversus suum creditorem competit*'; come si è appena accennato (nt. prec.), una critica rispetto alla riconduzione dell'*a.p.v.* alla categoria delle *actiones utiles* può già rinvenirsi in G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 298 s., in una prospettiva che risente però di una rigida identificazione di tale categoria con quella delle *actiones ficticiae*, e che proprio per tale ragione consentiva allo studioso di addurre il mancato riferimento alla presenza di una *fictio* all'interno del pro-

per lo più di stretto diritto[80] che, come si è visto, aveva guidato per lunghissimo tempo gli interpreti e che, ancora nel XIX sec., era stato in grado di far presa su una folta schiera di studiosi.[81]

Non si trattò nel complesso di una svolta semplice. Al contrario. Le non infrequenti oscillazioni che si registrano nel pensiero di Accarias rappresentano forse il segno più tangibile del disagio in cui dovette trovarsi l'autore nel prendere le distanze dalle conclusioni che si erano andate delineando negli studi precedenti. Soprattutto non doveva essere facile mettere in discussione una radicatissima tradizione di pensiero che aveva convintamente creduto in una piena condivisione di dottrine da parte dei giuristi romani, ventilando per contro l'ipotesi di una drastica chiusura di una delle due scuole alla prospettiva di un allargamento dell'area del contratto oltre i precisi limiti delle fattispecie tipizzate a livello edittale. Di qui probabilmente il tentativo e lo sforzo di circoscrivere il più possibile la latitudine del contrasto apertosi in seno alla giurisprudenza, avendo cura di confinarlo all'interno del piano processuale, depurandolo attentamente di ogni implicazione di tipo sostanziale, come se il disaccordo tra le due *sectae* avesse unicamente riguardato l'individuazione del rimedio da adottare[82] e non anche la natura contrattuale dei rapporti sottostanti,

---

gramma di giudizio nello sch. Μαθῶν, che pure avrebbe contenuto, sempre a detta di Heimbach, una descrizione estremamente accurata dell'impianto formulare dell'azione; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 124 s.: «zu den utiles actiones wird die praescriptis verbis actio nicht gerechnet».

[80] Fatti salvi naturalmente i casi di permuta ed *aestimatum*: così, come si è detto, in base a I. 4.6.28 (indicazioni al riguardo, *supra* cap. I § 1).

[81] Quanto al primo aspetto, si veda ad es. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156: «Daher werden die actiones in factum praescriptis verbis auch *actiones utiles* genannt, weil sie nach dem Beispiele der Klagen sind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entspringen»; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181; più in là anche L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 39. Quanto al carattere di buona fede dell'azione, la prospettiva tradizionale si trova ancora tenacemente difesa, contro le innovative vedute di Savigny, da G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* 2, Leipzig 1842, 120 s. e ivi nt. *fff*, per il quale si spiegherebbe così il motivo per cui siano stati dedicati due appositi titoli alla permuta e all'*aestimatum*; a distanza di tre anni dalla pubblicazione del lavoro di Accarias, al punto di vista della dottrina tradizionale aderiva ancora A.A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 123; così anche I. ALIBRANDI, *Delle azioni utili* (*Opere* 1) cit., 157 ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten. Zweiter Band. Erste Abtheilung*,[2] Erlangen 1879, 628 s.

[82] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («C'est seulement sur la manière de consacrer le contrat que la dissidence éclate»), 96 s. («la dissidence des jurisconsultes se manifesta surtout à propos de l'action par laquelle il fallait les garantir»).

natura che neppure i Sabiniani avrebbero messo mai in discussione.[83]

Più precisamente, mentre Aristone e più in generale una cospicua rappresentanza della scuola proculeiana si sarebbero orientati per la concessione dell'*a.p.v.*,[84] da ritenersi, come si è detto, azione contrattuale generale, Giuliano, e con lui molti esponenti di area sabiniana,[85] con l'eccezione di Pomponio,[86] avrebbero al contrario preferito ricorrere ad *actiones in factum* (*utiles*), anch'esse (come si diceva) contrattuali,[87] ma diversamente modellate sullo schema dell'azione prevista per il contratto tipico analogo.[88] Tali azioni non andrebbero confuse con le azioni *in factum* pretorie in senso stretto,[89] alle quali, in talune occasioni, avrebbero fatto ricorso, senza distinzioni di scuola, tutti i giuristi,[90] compreso,

---

[83] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («je doute fort que les Sabininies aient opposé à l'admission des contrats innommés une résistance bien énergique, bien longue, unanime sourtout»), 52, 96 s. («jamais l'école sabinienne ne rejeta l'idée des contrats innommés»).

[84] Non così però Celso: C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («Le Proculien Celsus […] s'écarte absolument de la doctrine générale de son école»).

[85] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («les Sabiniens repoussaient l'action nouvelle introduite par Labéon et donnaient pour chaque espèce une action *in factum* calquée sur l'action du contrat nommé le plus analogue»), 52 s.

[86] Così appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44 s., 50, 52, 57 s., per il quale Pomponio avrebbe diversamente fatto propria la prospettiva processuale labeoniano-proculeiana, ammettendo un impiego dell'*a.p.v.* sia per la permuta (D. 10.2.18.2) che per i casi di *do ut facias* (D. 19.5.16 pr.) e *facio ut facias* (D. 4.3.9.3); punto di vista mantenuto in ID., *Prècis* 2[1] cit., 564 nt. 4, ove, anche per questa ragione, si respinge l'ipotesi di un antagonismo assoluto tra le due scuole: così già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 49 s., non senza travisamenti sullo stato della dottrina allora tradizionale o comunque maggioritaria («Je crois devoir écarter […] l'idée vulgaire d'un dissentiment radical entre les deux écoles»), se si fa eccezione per isolati spunti apparsi anche e proprio negli anni immediatamente precedenti, tra i quali certo spiccava quello di Vernet (*Textes choisis*): in proposito vd. *supra* nt. 75. Per la dottrina tradizionale basterebbe da questo punto di vista considerare il diverso quadro ricostruttivo che si rinviene, appena un anno prima (1865), in A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 622 ss., 629 s. Lo stesso si potrebbe dire, sempre per la dottrina francese, per C.A. PELLAT, *Exposé* cit., 282 nt. 1.

[87] Argomenta da C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, 220 s., 274.

[88] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 54, 96: «Julien n'admettait pas l'action *praescriptis verbis*, et que là où il reconnaissait un contrat nouveau, un contrat sans nom juridique, il donnait une action *in factum*, modelée sur l'action du contrat nommé le plus semblable […] il repoussait l'*actio praescriptis verbis*, et sanctionnait les contrats innommés par des actions *in factum*».

[89] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, 274, 345: «Il ne faut pas confondre avec les actions utiles les simples actions *in factum*, véritables créations prétoriennes».

[90] Fra questi Giavoleno, in Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10: C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 333: «L'action *in factum* […] serait-elle par hasard l'action *praescriptis verbis*? Serait […] une action *in*

lo si è visto, lo stesso Aristone,[91] e che, a differenza delle prime, non avrebbero avuto natura contrattuale.

È bene subito precisare che, nonostante il modo di esprimersi di Accarias, il quale potrebbe far pensare a un programma di giudizio più strettamente imparentato con l'*exemplum* edittale sul piano della struttura e dei caratteri,[92] anche per via della natura contrattuale ad esso attribuita, l'*actio in factum* (*utilis*), che aveva in mente lo studioso francese, presentava piuttosto l'impianto formulare di Gai 4.46. Non diversamente dall'*actio* pretoria in senso stretto, anch'essa sarebbe stata infatti caratterizzata dalla presenza di una *formula in factum concepta*.[93] A far differire i due modelli processuali sarebbe stata piuttosto la circostan-

---

factum instituée à l'image de quelque action contractuelle nommée? Une réponse négative me parait seule possible sur l'un et l'autre point […] je ne vois dans l'action donnée par Javolenus qu'une action *in factum* proprement dite».

[91] Così, con riferimento al già richiamato Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16.1, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53 («il se demandait s'il ne fallait pas admettre une action *in factum*, j'entends une simple action *in factum*, n'ayant aucun caractère contractuel, et non pas une action utile calquée sur une action nommée»), 274 («Ce n'est […] ni l'action *praescriptis verbis* […] ni une action *in factum* contractuelle […] Ariston repousse donc ici l'idée d'un contract»); ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 561 nt. 1.

[92] Per una più marcata somiglianza tra *actio ad exemplum* e *actio directa*, in termini che servivano peraltro a fugare ogni possibile dubbio circa la natura civile dell'*a. p. v.*, vd. H. VULTEJUS, *Iurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri duo. Editio sexta*, Marpurgi 1610, (*Liber II. De condictione ex contractu innominato. Cap. XII*) 506: «consequens est ut […] actio praescriptis verbis sit civilis, utpote ad exemplum actionum nominatarum civilium comparata».

[93] In questo senso («les actions utiles sont elles-mêmes rédigées *in factum*») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345 e ivi nt. 1, con l'eccezione delle *actiones ficticiae* («Celles-là ne sont pas *in factum conceptae*»); conclusioni riprese, a distanza di qualche decennio, da G. MAY, *Élements de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit. Tome second*, Paris 1890, 170 e ivi nt. 8. Appare evidente l'influenza esercitata su Accarias dalle dottrine dell'epoca in materia di *actiones utiles*: in relazione all'estensione in via utile di programmi di giudizio con *intentio in ius concepta* mediante il ricorso ad azioni (*utiles*) ma con formula *in factum* vd. ad es. S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts* 3 cit., 155; L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 34 ss., su cui vd. *infra* nt. 100. Punto di vista che si ritrova qua e là in dottrina anche negli studi successivi: così, con richiamo alle *actiones in factum ad exemplum* di Pomp. 39 *ad Q. Muc.* D. 19.5.11, C. BREZZO, *L'utilis actio nel diritto romano. Rei vindicatio utilis. Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.*, Torino 1889, 36, per il quale l'azione edittale sarebbe servita da «guida […] nel determinare gli effetti che derivano dall'*actio in factum*»: risultato che a detta dello studioso si sarebbe realizzato col mantenimento della *condemnatio* (dell'azione tipica); che in senso lato i giuristi romani discutessero di *actio utilis* anche con riferimento a rimedi processuali con *formula in factum*, predisposti in estensione di azioni civili, è ammesso anche da E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 528: «si dice *utilis* anche un'*actio in factum* (con formula in factum con-

za che le azioni pretorie non avrebbero costituito l'estensione di un'azione già esistente (come invece quelle utili),[94] ma sarebbero state azioni integralmente nuove,[95] del tutto sgangiate da un preesistente modello edittale.[96] Differenza che si sarebbe rivelata non priva di implicazioni sia sul piano della individuazione dei presupposti richiesti ai fini del loro esercizio, che su quello del regime sostanziale che in esse avrebbe dovuto trovare applicazione.[97]

Siamo, come si vede, ancora ben distanti dalla rappresentazione tradizionale all'inizio tratteggiata e che di lì a poco si sarebbe andata affermando con Pernice.[98]

Non è il caso di insistere sul fatto che ci troviamo di fronte a una ricostru-

---

cepta […]) che il pretore conceda estendendo per analogia gli estremi di applicazione di un'actio civilis»; P. COLLINET, *La nature des actions des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours 1947, 451 ss.; in senso contrario, l'idea di un'*actio utilis in factum* è respinta da G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1909, 32; G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 94, 1958, 282 nt. 78.

[94] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345 s. («les actions utiles sont des actions *in factum* émanant d'un type déjà connu»).

[95] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 346 («Il ya donc lieu à une création, non à une simple extension»).

[96] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345: «au lieu d'émaner d'un type déjà existant dont elles ne soient qu'une extension et dont elles empruntent les règles, sont données en dehors de toute analogie avec les actions connues et conséquemment ne suivent les règles d'aucune d'elles».

[97] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345, 354 s. («Quand elle est *utilis*, elle suppose la réunion des conditions qui donnent lieu à l'action directe à laquelle elle correspond […] les conditions de l'action *in factum utilis* seront toujours déterminées, non pas d'après un principe général […] mais spécialement pour chaque catégorie d'application […] elles empruntent leurs conditions d'existence à d'autres actions dites directes, puisqu'elles ont, sinon même formule, du moins même règles et mêmes résultats pratiques […] l'action directe dont elle est une émanation et dont elle porte le nom»).

[98] Peraltro, nel quadro ricostruttivo tratteggiato dallo studioso francese, il punto di vista del giurista adrianeo avrebbe per certi versi costituito un avanzamento rispetto alle vedute aristoniane, avendo egli, in sostanza, ammesso una tutela contrattuale (ancorché *in factum*) anche per le ipotesi di *facio ut des*, per le quali invece Aristone, come si è accennato, si sarebbe limitato a concedere un'azione pretoria in senso stretto e dunque al di fuori di una loro appartenenza all'area del contratto. Così, con riferimento all'*a. in factum* concessa da Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* (e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3), per un caso da considerarsi in sostanza di *facio ut des* per via del mancato verificarsi dell'effetto traslativo (in proposito vd. vol. II, cap. IV §§ 1, 4) C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220 s.: «J'incline à penser que cette action *in factum* était une action contractuelle donnée à l'image de quelque action nommée», con un punto di vista che sarebbe stato in seguito fatto proprio anche da Gaio (53).

zione complessiva che si affida a una distinzione (tra *formulae in factum* pretorie e *formulae in factum* contrattuali) che appare per molti versi artificiosa e in cui sembra prevalere, come si è accennato, la preoccupazione di ridimensionare, nei termini più ampi possibili, l'estensione della *dissensio opinionum*, presentandola come una questione di metodo o se vogliamo di forma, più che di sostanza, in una visione d'insieme nella quale è facile individuare l'origine di certe prese di posizione, affiorate nel pieno del secolo passato, che hanno provato a spezzare la relazione di appartenenza del contratto alla sfera dello *ius civile*.[99]

Il tentativo, per il quale può individuarsi qualche precedente spunto nella stessa dottrina d'oltralpe,[100] non può certamente ritenersi riuscito e costituisce anzi uno degli elementi di maggiore fragilità nella tesi dello studioso francese, come d'altra parte stanno a testimoniare le non rare oscillazioni che si rinvengono al riguardo e che determinano a tratti un significativo intorbidimento del pensiero dell'autore. In taluni casi, a offuscarsi è la distinzione tra *actio in factum utilis* e *actio in factum* pretoria che aveva invece saldamente guidato lo studioso per l'intera ricerca, al punto da risultare non più così sicura la natura contrattuale della prima. Si pensi a quanto afferma l'autore là dove sostiene che «L'action *praescriptis verbis* est une action contractuelle. Les actions *in factum* dérivent d'un fait ordinairement tout autre qu'une convention; et lors même que le préteur les attache à une convention, cette convention ne devient pas contrat, la rédaction de la formule le prouve suffisamment».[101]

In altre circostanze, con un procedere opposto, è l'*actio in factum utilis* ad allontanarsi dagli schemi di Gai 4.46, per assumere piuttosto la configurazione di azione incerta *ex fide bona*, non diversamente dunque dall'aristoniana (oggi in

---

[99] Ci riferiamo in particolare a P. VOCI, *La dottrina* cit., su cui vd. *infra* cap. III § 4.1.

[100] Così L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 39, 44 ss., al quale si deve in definitiva l'idea di un ricorso sabiniano ad *actiones in factum utiles*, («Ce nouveau genre d'actions […] fut généralment adopté par les Proculéiens; les Sabiniens préféraient donner l'action *utile* du contrat le plus voisin»). Da altro punto di vista, le conclusioni dell'autore si segnalano per un significativo ridimensionamento dello scarto di prospettiva tra insegnamento sabiniano e proculeiano, rispetto a quello che sarebbe stato in seguito ventilato da Accarias, visto che il contrasto tra le scuole avrebbe riguardato certamente il piano della *conceptio verborum* dei due programmi di giudizio (*intentio in factum*, secondo le vedute sabiniane, *intentio in ius*, secondo il modello proculeiano), non però quello delle sottostanti logiche processuali, visto anche l'*a.p.v.* proculeiana, al pari dell'*a. in factum* sabiniana, sarebbe stata un'azione utile, concessa in estensione di modelli di giudizio edittali. Sono evidenti da questo punto di vista le influenze della dottrina di diritto comune circa la natura dell'*a.p.v.*

[101] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 368.

molti direbbero labeoniana) *actio praescriptis verbis*: è il caso, come vedremo, dell'*actio in factum* concessa da Giuliano-Africano in Afr. 8 *quaest*. D. 19.5.24, che l'autore riteneva modellata sul programma di giudizio dell'*actio mandati*.[102] Si consideri poi che, seppure in via di mera ipotesi, non veniva del tutto esclusa neppure l'eventualità dell'impiego, da parte di Giuliano (almeno in Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*), di un'azione rigorosamente pretoria, sussidiaria all'*actio de dolo*,[103] per quanto si ritenesse comunque preferibile l'ipotesi di un'azione *in factum utilis*.[104]

Ed è probabilmente da tali vistosi ondeggiamenti che prese l'avvio quell'importante processo di ridefinizione del pensiero dello studioso che doveva giungere a piena maturazione, a distanza di pochi anni, (già) nella prima edizione dei *Precis de droit romain* del 1872, in cui l'*actio in factum* giulianea (sempre con riferimento all'ipotesi di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2) aveva ormai definitivamente dismesso i caratteri di azione contrattuale, per acquisire piuttosto quelli di rimedio pretorio in senso stretto («Julien donnait une action *in factum* qui n'avait rien de contractuel»).[105]

3. Il contributo della scuola 'tedesca' nell'ultimo scorcio del XIX secolo: da Alfred Pernice a Joseph Pokrowsky. La questione dell'interesse tutelato: tra '*Negatives Vertragsinteresse*' ed '*Erfüllungsinteresse*'.

Non bisognerà in ogni caso attendere molto perché l'idea del dissenso giu-

---

[102] *Infra* cap. III § 2.1.

[103] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220 s. nt. 1: «On peut sontenir aussi qu'il s'agit d'une simple action *in factum* subsidiaire de l'*actio de dolo*. S'il en est ainsi, la doctrine de Julien sur cette hypothèse concorderait très-bien avec celle du § 3 de notre loi 5»: il riferimento, naturalmente, è a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, su cui vd. vol. II, cap. IV § 2, 2.1 e cap. V § 1.1; in relazione ai rapporti tra i due rimedi processuali vd., sempre nel senso della sussidiarietà qui indicata, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1622, su cui vd. vol. II, cap. IV nt. 157, cap. V nt. 45.

[104] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220, su cui vd. *supra* nt. 98.

[105] C. ACCARIAS, *Précis de droit romain* 2[1] cit., 563 nt. 1 («Plus tard, une éviction vous enlève Stichus, d'où il résulte que je n'ai point fait naître le contrat *do ut des* (sic). Mais en affranchissant Phamphile, vous vous êtes placé dans l'hypothèse *facio ut des*. Quelle est donc l'action qui vous compète ? D'après Ulpien, Julien donnait une action *in factum* qui n'avait rien de contractuel»); si veda, da questo punto di vista, il differente ordine di idee in cui si poneva, sempre con riferimento a questo caso, lo studioso in ID., *Théorie* cit., 220 s., citato nella nt. prec.

lianeo andasse definitivamente assumendo la connotazione di un più radicale rigetto dell'atipicità contrattuale. È con la pubblicazione, come si è appena accennato, di un notissimo studio di Alfred Pernice apparso nel 1888 nella Savigny-Zeitschrift[106] che il quadro può ritenersi ormai composto, nelle forme in cui ci è stato per lungo tempo consegnato. È grazie infatti allo studioso tedesco, il quale si era in effetti già impegnato in una recensione al lavoro di Accarias,[107] che il contrasto tra Sabiniani e Proculeiani comincerà a spostarsi su un piano decisamente sostanzialistico, in relazione al quale il momento processuale delle diverse modalità di tutela verrà a porsi come dato meramente consequenziale, rispetto a un sottostante dissenso che avrebbe toccato direttamente, e alle radici, l'idea stessa di contratto.

A differenza dei Proculeiani e fatto salvo il caso della permuta, per il quale ci si sarebbe affidati a un approccio logico-argomentativo di tipo assimilativo,[108] con mantenimento dunque del modello processuale edittale di riferimento (*a. empti*, *venditi*), i Sabiniani avrebbero escluso per i *nova negotia* la configurabilità di una responsabilità di tipo contrattuale, ammettendo piuttosto una responsabilità non dissimile da quella derivante da atto illecito.[109] Di qui la concessione

---

[106] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 195 ss.

[107] A. PERNICE, *Zur Lehre den Innominatkontrakten*, in Krit. Vjschr. 10, 1868, 68 ss.

[108] Per un ridimensionamento del rilievo che avrebbe assunto l'assimilazione nelle decisioni concretamente adottate dai giuristi di area sabiniana, i quali si sarebbero piuttosto (e prevalentemente) indirizzati, fatta eccezione per l'ipotesi della permuta, verso la predisposizione di apposite azioni *in factum* pretorie, vd. A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 s.; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 253 s.; ancor più netto P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*,[1] Paris 1897, 570 s., 571 nt. 6: «Ces actions *in factum* […] ont probablement eu, dans la doctrine sabinienne, beaucoup plus d'importance que les tentatives infiniment plus connues faites pour étendre dans certains cas les actions nées des contrats nommés»; apprezzamento anche in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 329 nt. 1; diversamente («L'unica via aperta […] resta quella dello sforzo di ridurre attraverso continui processi di assimilazione i nuovi rapporti sociali entro i rigidi confini delle ipotesi già regolate dall'ordinamento, al di là delle quali non vi può essere altra tutela che l'occasionale ricorso *ad actiones in factum* pretorie») A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, 110; al cui punto di vista mostra di aderire P. STEIN, *Sabino* cit., 64.

[109] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 («Es steht hier ganz ähnlich wie bei den Delikten»); adesivamente («oscillano fra il contratto e il delitto») P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in RIL 40, 1907 = *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, 118; così anche J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis*, in Tulane Law Review 19, 1944-45, 68 nt. 19.

dell'*actio in factum*, da ritenersi per sua natura non compatibile con l'idea stessa di contratto,[110] per quanto essa presupponesse l'individuazione di un rapporto contrattuale analogo a quello che si andava a tutelare.[111] Non sarebbero mancate eccezioni.[112]

Da buon sabiniano, all'indirizzo della propria scuola si sarebbe prontamente uniformato anche Giuliano, il quale, del resto, non avrebbe fatto altro che attenersi scrupolosamente all'insegnamento impartitogli dal proprio maestro Giavoleno,[113] anch'egli convinto partigiano dell'*a. in factum*,[114] secondo quanto sarebbe del resto confermato da Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10, ove l'*actio in factum* pretoria viene preferita alla *condictio*, cui diversamente avrebbe fatto ricorso altro settore della giurisprudenza.[115]

Nel solco del nuovo percorso tracciato da Pernice si andarono peraltro inse-

---

[110] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 s. («die *a. in f.* verneint das Dasein eines klagbaren Vertrages, aus dem die *actio* hervorgehen müsste»); ID., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abteilung*, Halle 1892, 282. È bene rilevare che il programma di giudizio di tale azione avrebbe presentato significative deviazioni rispetto all'impianto costruttivo di Gai 4.46, trovandosi evidenziato il fatto fondativo della pretesa nei suoi elementi costitutivi all'interno di una apposita *demonstratio*, alla quale sarebbe stata direttamente collegata una *condemnatio* al *quanti ea res est*. Si veda appunto A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 101: «Bei dieser Klage muste die Demonstration der Formel das ganze Rechtsgeschäft beschreiben. Die Condemnation schloß sich unmittelbar an diese Beschreibung an und gieng auf quanti ea res est».

[111] In questi termini A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 282 s. nt. 4, il quale così giustifica i dubbi sul riferimento all'*a. in factum* che troviamo impiegata in Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 («Die *actio in f.* endlich ist freilich julianisch; aber hier ist die Schwierigkeit, dass sich kein analoger klagbarer Vertrag bietet, an dem sich das neue Verhältnis angliedern liesse»).

[112] Per un'apertura di Pomponio verso le soluzioni adottate dalla scuola proculeiana, dovuta a una specifica sensibilità che gli sarebbe derivata dalla propria attività di giurista-compilatore, vd. A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 257.

[113] Iul. 42 *dig.* D. 40.2.5 '*Iavolenum praeceptorem meum*'. Sul punto la dottrina è unanime. Appare pertanto non giustificata la cautela di M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 39, 1988, 50 («allievo, probabilmente, di Giavoleno»).

[114] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255: «Javolen und Julian geben mehrfach *a. in f.*»; adesivamente P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 334 («Giavoleno accorda invece un'*actio in factum*, accusando già per questa la predilezione che rivela poi il suo scolaro Giuliano»).

[115] In tal senso Ulp. 18 *ad Sab*. D. 7.5.5.1: sul brano vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 332 ss., ove riferimenti alla letteratura precedente; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 275; R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 191 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 180 ss.

rendo, a distanza di appena sette anni, le ricerche di Pokrowsky,[116] la cui analisi approdò a esiti che erano destinati a esercitare anch'essi una considerevole influenza sul successivo dibattito scientifico. Com'è noto, l'allora giovane studioso russo ebbe modo di occuparsi del tema dei contratti innominati nell'ambito di una più ampia ricerca in materia di *actiones in factum*, in cui si provava a fissare il rapporto tra azioni civili (*formulae in ius*) e azioni pretorie (*formulae in factum*) in considerazione della situazione giuridica soggettiva fatta valere[117] (di qui appunto il senso esatto dell'espressione *ius intendimus*),[118] più che della oggettiva *conceptio verborum* del programma di giudizio,[119] con conclusioni che gli avrebbero procurato numerose critiche in dottrina[120] e so-

[116] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, in ZSS 16, 1895, 80 ss.

[117] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum*, 95 s.: «das Charakteristische der formulae in ius conceptae darin besteht, dass durch diese Formeln ein (uns zustehendes) c i v i l e s Recht geltend gemacht wird, dass in diesen Formeln von einem dem Kläger angehörigen civilen Rechte […] die Rede ist».

[118] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 98 ss.: «Im Allgemeinen heisst „i n t e n d e r e " geltend machen […] Wenn wir diesen Begriff mit dem Begriffe „agere" zusammenstellen, so ergibt sich, dass sich die beiden Begriffe vollständig decken […] der Kläger also „ius suum intendit, in ius agit"». Non si trattava in effetti di posizione del tutto nuova. Un riferimento alla situazione giuridica soggettiva da farsi valere poteva già trovarsi, ad es., in M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Zweiterband. Der römische Civilprozeß. 2. Formulae*, Berlin 1865, 218 s., (come era del resto ricordato proprio da Pokrowsky: 23 ss.): al riguardo vd., con ulteriore letteratura e in un ordine di idee che tende a negare la presenza di un'*intentio* in senso tecnico all'interno delle *formulae in factum*, F. DE VISSCHER, *Les formules in factum*, in RHD 4, 1925, 221 s. e ivi nt. 1, ove si aderisce, almeno per questo specifico aspetto, alla posizione di Pokrowsky, con critica piuttosto alla posizione di Erman relativa all'*intentio*: «[…] pour lui l'*intentio iuris civilis* n'est que la régle de droit objectif fournie par le préteur pour trancher le litige, et non le droit subjectif affirmé par le demandeur […] cette notion de l'*intentio* […] représente une déformation flagrante de la notion classique attestée par la definition de Gaius». Per l'assenza di *intentio* all'interno delle azioni *in factum conceptae* vd. anche S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 63; ID., *Istituzioni di diritto romano* II,[2] Roma 1928, 89 nt. 1.

[119] La questione non era, come si può intuire, priva di conseguenze sia sul piano dogmatico che pratico. Quanto alla prima questione, tutte le azioni pretorie dovevano considerarsi *in factum*, ancorché avessero nell'*intentio* un riferimento allo *ius civile* (*Aulii Augerii esse ex iure quiritium*, *dare facere oportere*): tali erano pertanto le azioni *ficticiae* e con trasposizione di soggetti. Ciò comportava, e così veniamo alla questione dei riflessi pratici, che l'effetto consuntivo della *litis contestatio* non avrebbe operato, in questi casi, automaticamente (*ipso iure*), ma *ope exceptionis* (Gai 4.106-107): J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 56 ss., 73 ss.

[120] In questo senso vd. C. FERRINI, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in RISG 27, 1899, 389 ss.

prattutto avrebbero alimentato un'accesissima polemica con Erman,[121] di carattere anche personale.[122]

Apprezzamento riscosse invece l'autore per ciò che riguarda la questione della tutela dei *nova negotia*. Ciò si spiega probabilmente col fatto che, pur non avendo egli aggiunto nulla di realmente innovativo alle conclusioni alle quali era già pervenuto Pernice, ed essendosi anzi espressamente rifatto alle risultanze che erano emerse in quegli studi,[123] era stato tuttavia il primo a interrogarsi seriamente sulle conseguenze che sarebbero scaturite, sotto il profilo dell'intensità della tutela, dall'adesione all'uno o all'altro orientamento.[124] Si trattava di un aspetto che era stato sino ad allora appena tratteggiato, in termini che peraltro avevano indotto gli studiosi a concentrarsi, sotto la suggestione di brani come Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1-2,[125] sul solo rapporto tra la ripetitiva *condictio ob rem dati* e la contrattuale *a.p.v.*, diversamente orientata ad assicurare l'interesse

---

[121] H. ERMAN, *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896, 498 ss.; soprattutto ID., *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZSS 19, 1898, 262 ss.; con replica di J. POKROWSKY, *Zur Lehre von den actiones in ius und in factum*, in ZSS 20, 1889, 99 ss. Polemica nella quale si inserì, quasi in appendice e con critica rispetto alle conclusioni di Erman, Krüger (Hugo): in proposito vd. H. KRÜGER, Rec. a H. ERMAN, *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, in ZPOR 24, 1897, 416 ss.; ID., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZPOR 27, 1900, 467 ss.; con risposta di H. ERMAN, *Miscellen. [Noch einmal] 'die actiones in factum'*, in ZSS 23, 1902, 445 ss. In proposito vd., con ulteriori indicazioni bibliografiche, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 35 ss. e ivi nt. 2, con adesione, in larga misura, alle conclusioni di Erman.

[122] Si consideri il severo giudizio di H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 262 s. («Als Pokrowsky an das vorstehend charakterisirte Thema sich wagte, war er ein Anfänger. Es fehlte ihm also das für dessen erspriessliche Behandlung wichtigste: die Erfahrung»).

[123] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84 nt. 2.

[124] Uno spunto in tale direzione può rinvenirsi, in una prospettiva in verità allargata all'*a. de dolo* e nel quadro di una visione ricostruttiva che non prendeva in considerazione l'ipotesi di una contrapposizione tra scuole, già in C. MAYNZ, *Eléments* 2^2 cit., 285 s. («Le principe d'une action en dommages et intérêts pour cause d'inexécution étant établi, il ne fallait faire qu'un pas de plus pour accorder une action à l'effet de poursuivre l'exécution même. Ce fut probablement Labéon qui réalisa cette réforme»); ID., *Cours* 2^3 cit., 306.

[125] Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1-2: […] *in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* 2 […] *si rem do, non erit locatio, sed nascetur <vel> civilis actio in hoc quod mea interest <vel ad repetendam condictio>*; nello stesso ordine di idee Pap. 2 *quaest*. D. 19.5.7. '*Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*'.

al rispetto dell'accordo.[126] Era invece mancata un'apposita riflessione sull'*a. in factum* (pretoria).

In un ordine di idee non diverso da quello di Pernice, anche secondo lo studioso durante l'epoca classica si sarebbero venuti formando, sino a contrapporsi, due differenti orientamenti.

Da un lato quanti, sulla scia di Aristone, avrebbero innovativamente[127] ammesso l'esistenza di un contratto, produttivo come tale di obbligazione civile («aus welchem eine civile Obligation entspringt»), c.d. 'Vertragstheorie', dall'altro coloro che, mantenendosi fedeli a una più antica dottrina, si sarebbero piuttosto limitati a riconoscere l'esistenza di «eine Thatsache, aus welcher für eine der dabei betheiligten Personen ein Schaden erwachsen ist» ('Schadenstheorie'), in cui dunque la responsabilità non sarebbe scaturita in via diretta dalla promessa di una prestazione non eseguita, quanto piuttosto dal compimento di una condotta ritenuta di per sé lesiva («dass er den Schaden verursacht hat»).[128]

Mentre i primi avrebbero optato per un'*actio civilis incerti* (altrimenti detta *a.p.v.*), i secondi si sarebbero al contrario pronunciati in favore della concessione di un'*actio in factum* (*concepta*), secondo il modello dunque di Gai 4.46,[129] fatta salva la possibilità, per entrambi gli schieramenti, di agire in via di mera ripetizione[130] con la *condictio incerti*,[131] là dove ne ricorressero i presupposti.[132]

---

[126] J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor*. *Liber II. Sectio I.* cit., *Caput IX. De effectu actionis praescriptis verbis, an sit certi vel incerti iuris, nn. 1* ss., 196 ss.; tenuto conto anche del carattere di buona fede dell'azione, vd. ad es. A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 77 («semper venire in hanc actionem *id, quod actori intersit, placita servari*»); C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum. Volumen* II.,[3] Halis Saxonum 1831, 253; J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 6, Göttingen 1834, 43; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 586, 589; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain* 2[1] cit., 559.

[127] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 86.

[128] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84.

[129] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85 s.

[130] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 86 («sie ging immer nur auf Rückgabe der übergebenen Valuta»).

[131] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85 («Neben diesen beiden Mitteln steht dem Contrahenten, der seine Pflicht erfüllt hat, natürlich noch die Condictio incerti zu Gebote»). Azione che si sarebbe differenziata dall'*a. civilis incerti* per l'assenza della clausola di buona fede («die civile Klage mit der intentio auf quidquid dare facere oportet, aber ohne den Zusatz „ex fide bona", wodurch sich diese Klage von der erwähnten actio civilis incerti unterscheidet»). Sul rapporto tra le due azioni vd. cap. III § 3.

[132] Presupposti che sarebbero ad es. mancati nel caso preso in esame in Ulp. 4 *ad ed.* D.

L'elemento più rilevante riscontrabile nella ricerca dell'autore va individuato, come già si è anticipato, nei riflessi pratici che sarebbero scaturiti dalla predetta disparità di vedute.[133] Mentre attraverso l'impiego dell'*actio civilis incerti* si sarebbe ottenuto il soddisfacimento del c.d. «positive Interesse», con l'*actio in factum*, al contrario, non potendosi ritenere l'azione propriamente diretta all'adempimento, non si sarebbe andati oltre il c.d. interesse negativo.

Per rimanere al caso specifico prospettato nel più volte richiamato Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, nella prima ipotesi la somma da risarcire doveva essere commisurata all'utilità che il creditore avrebbe in concreto ricavato dal ricevere l'esatta esecuzione della prestazione e dunque in ultima analisi «auf das Interesse „Stichum habere"», nella seconda andava invece determinata prendendo unicamente in considerazione l'interesse negativo, ovvero «das Interesse „Pamphilum amissum non esse"».[134] Interessi, e dunque quantificazioni, di per sé non coincidenti.

Sono a tutti ben evidenti gli influssi del dibattito in tema di interesse che aveva fortemente impegnato la dottrina tedesca, la quale, soprattutto grazie agli studi di Friedrich Mommsen,[135] era giunta a un'accurata messa a punto delle nozioni di 'Negatives Vertragsinteresse' ed 'Erfüllungsinteresse',[136] nell'ambito

---

2.14.7.2: così appunto J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85 («die condictio war erstens nicht immer möglich, wie wir dies an unserem Beispiele sehen»).

[133] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84: «Der Unterschied in der juristischen Qualification dieser Verträge zog auch wichtige praktische Unterschiede nach sich».

[134] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85.

[135] F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, 107; ID., *Beiträge zum Obligationenrecht. Zum Lehre von dem Interesse* 2, Braunschweig 1855, al quale si deve il tentativo di messa a punto della nozione di interesse secondo il ben noto modello matematico della '*Differenztheorie*'; che questo rappresentasse il significato originario dell'espressione '*id quanti interest*' è ammesso anche da D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962, 300. Sulla questione e sul punto di vista dello studioso tedesco vd. F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla costruzione della cd. 'Differenzhypothese' ad opera di Friedrich Mommsen*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, tomo secondo, Padova 2011, 483 ss., 539 ss.; da ultima M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale nel iudicium empti*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato. Omaggio ad A. Burdese*, vol. III, Padova 2015, 336 s., con adesione alle puntualizzazioni critiche di Cannata e Procchi.

[136] Prima di Mommsen, uno spunto può già trovarsi in F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Dritter Band*, Berlin 1840, 294 s. nt. *d*. Per un'efficace sintesi sulla distinzione tra interesse negativo (c.d. 'negatives Vertragsinteresse') e interesse positivo ('Erfüllungsin-

peraltro della più ampia e generale relazione tra Interesse e Sachwert,[137] su cui in effetti da tempo si interrogavano gli interpreti.[138] Operazione di precisazione concettuale che in quegli stessi anni avrebbe trovato un efficace suggello nella fortunata e sintetica contrapposizione lessicale tra 'positiv-negativ Vertragsinteresse' ideata, com'è noto, da Rudholf Jhering,[139] la quale, per certi versi, non faceva altro che riprendere analoghe formulazioni espressive, da tempo in uso tra gli studiosi, ma declinate nella differente prospettiva del danno: *damnum positivum-damnum negativum* (o *privativum*).[140]

Grazie anche al decisivo contributo apportato dalle indagini di Pokrowsky, che avevano saputo dare un significato pratico a una dottrina altrimenti destinata a rimanere un mero statuto dogmatico, l'idea di una contrapposizione tra

---

teresse') si rinvia, con gli opportuni riferimenti bibliografici, a A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla 'culpa in contrahendo'*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), Φιλία. *Scritti per Gennaro Franciosi* 3, Napoli 2007, 2196 s. nt. 65

[137] Al riguardo e in relazione alla possibilità che, in concreto, i due concetti finissero talvolta per coincidere vd. F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 16 ss.

[138] Da questo punto di vista, per una valutazione del rapporto *id quod interest-quanti ea res est*, si veda J.M. MAGNUS, *Rationum et differentiarum juris civilis libri duo: unus de actionibus arbitrariis alter de quod interest*, Aureliae 1607, consultabile in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus Juris civilis et Canonici continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera. Tomus Tertius*, Hagae-Comitum 1752, 294 ss.; sull'argomento vd. anche, con interessanti riferimenti alla dottrina precedente, A. HERTZBERG, *Dissertatio inauguralis iuridica selecta quaedam capita e doctrina de lucro cessante et damno emergente continens*, Ienae 1763; sempre per una efficace rassegna delle diverse posizioni in materia vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Vierten Theils*, Erlangen 1796, 431 ss., con elencazione delle principali fonti; per ulteriori indicazioni sul tema vd. *infra* § seg. e cap. II § 5.

[139] R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in Jh. Jb. 4, 1860/1861, 1 ss., 16 («[…] Unterschied, den ich der Kürze wegen mit positivem und negativem Vertragsinteresse bezeichnen will»); con spunti precedenti in H. RICHELMANN, *Der Einfluss des Irrtums auf Verträge. Ein civilistischer Versuch*, Hannover 1837, 129 ss.; sulla questione dell'esatta datazione del lavoro di Jhering (1860-1861) si rinvia a F. PROCCHI, *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli 2005, XVIII nt. 11; ID., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di culpa in capo al venditor*, in TSDP 3, 2010, 5 s. nt. 4.

[140] Per la distinzione tra *damnum positivum* e *privativum* si vedano ad es. A. HERTZBERG, *Dissertatio inauguralis* cit., 6; L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit., 194; un'efficace sintesi dello sforzo dogmatico compiuto dalla dottrina in relazione ai rapporti tra Schaden (*damnum*) e Interesse e alle sue articolazioni interne può trovarsi in A.F.J. THIBAUT, *System* 1 cit., 175, su cui vd. *infra* cap. II. § 5.

scuole, nel senso appena chiarito, era destinata a ottenere ampia e immediata risonanza all'interno della comunità scientifica, incontrando il favore di un numero via via crescente di studiosi.

Condivisa nella sua impostazione fondamentale anche da Erman,[141] (che pur, come si è detto, non aveva risparmiato aspre critiche a Pokrowsky), finiva per far presa su Naber[142] e Audibert,[143] per essere accolta nella manualistica francese,[144] anche da parte di chi, come May, aveva inizialmente fatto proprie le conclusioni del 'primo' Accarias.[145]

Non mancò certo qualche resistenza. All'ipotesi di un contrasto tra scuole e in particolare di una chiusura giulianea rispetto alla questione della tutela dei *nova negotia* provò a sottrarsi Charles Maynz, il quale era disposto al più ad ammettere una maggiore cautela da parte dei sabiniani nell'impiego dell'*a.p.v.*, non certo una netta opposizione programmatica.[146]

---

[141] H. ERMAN, *Zur Behandlung der Aktionen in der nachklassischen Rechtsbüchern*, in *Mélanges H. Fitting* 2, Montpellier 1908, 595.

[142] J.C. NABER, *Observantiunculae de iure romano. XLVIII. De praescriptis verbis actione*, in Mnemosyne 22, 1894, 75 ss., 80 («Iuliano […] in novis negotiis magis placuit in factum a praetore dandam»).

[143] A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 23 ss., 29 s. nt. («Gaius, comme la plupart des Sabiniens, ne devait pas admettre l'*actio pr. v.*»); ID., *L'expression «civilis in factum»* cit., 35 s.; É. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*,[2] Paris 1928, 501 s.

[144] Così P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 571: «les *nova negotia* paraissent avoir d'abord été surtout protégés empiriquement à l'aide d'actions prétoriennes *in factum* dont la concession est conseillée […] particulièrement par des Sabiniens tels que Javolenus, Julien et Gaius», 579 nt. 3 («l'action *praescriptis verbis* ne pouvait être donnée là par Julien qui ne la donnait probablement nulle part, qui donnait au lieu d'elle des actions *in factum*»).

[145] In questo ordine di idee («Les moins hardis, séduits par l'analogie qu'offraient certaines conventions bilatérales avec des contrats *consensu* ou *re*, proposaient de donner simplement une action prétorienne *in factum* […] Gaius, Julien, Africain paraissent bien n'avoir voulu donner que l'*actio in factum*») G. MAY, *Élements de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit*,[7] Paris 1901, 307 e ivi nt. 2, di cui occorre però considerare il punto di vista espresso nella prima edizione del 1890, ove, come si è detto, sono ancora evidenti gli addentellati con il pensiero iniziale di Accarias (*Théorie des contrats*, piuttosto che *Precis*, tanto per intenderci): al riguardo vd. *supra* nt. 93.

[146] C. MAYNZ, *Cours de droit romain. Tome deuxieme*,[5] Bruxelles-Paris 1891, 332 nt. 7, ove veniva ribadito il punto di vista espresso nelle edizioni precedenti («Il est possible que les partisans de cette école aient été plus réservés dans l'admission de l'*actio praescriptis verbis* […] mais il résulte […] qu'ils n'étaient point contraires»). Si veda ad es. (del 1870) ID., *Cours* 2[3] cit., 307 nt. 6, o ancor prima (1859) ID., *Eléménts*[2] cit., 286 nt. 5.

Il tentativo era però condannato al fallimento. A non convincere fu anche l'adozione di un incerto approccio metodologico che pretendeva di sostituire il rigorismo interpolazionistico con un non meno discutibile atteggiamento indiscriminatamente conservativo, che serviva all'autore per recuperare brani apparentemente attestativi di un impiego dell'azione civile da parte di Giuliano, trascurando il fatto che si trattasse di testimonianze evidentemente interpolate e tali peraltro pacificamente ritenute già dagli interpreti più antichi. Assai significativo da questo punto di vista si rivela il caso, prima ricordato, di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, ove l'adombrato ricorso alla *civilis actio in factum* non può essere certo attribuito al giurista adrianeo, come pur pretendeva lo studioso francese.[147]

4. *Esiti e approdi nella dottrina italiana del Novecento*.

Con tali premesse, non occorreva attendere molto perché il nuovo indirizzo facesse il proprio ingresso anche in Italia. Dopo aver conquistato la convinta adesione di Ferrini,[148] l'idea veniva rilanciata a livello istituzionale con l'autorevolissimo avallo scientifico di Bonfante[149] e Riccobono,[150] per ottenere infine una definitiva consacrazione in un notissimo studio di Emilio Betti apparso sul Bullettino,[151] nel quale l'allora giovanissimo Maestro italiano finiva col recepire

[147] C. MAYNZ, *Cours* 2[5] cit., 332 nt. 7, con una presa di posizione che segna peraltro una parziale modifica rispetto al punto di vista espresso in ID., *Eléments*[2] cit., 286 nt. 5, in cui si adduceva il solo Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1. In proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.2.

[148] C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in AG 52, 1895 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere di Contardo Ferrini. Volume terzo. Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano 1929, 87 e ivi nt. 2, con piena condivisione delle conclusioni di Pernice («magistrale trattazione»). Un mero richiamo al lavoro di Accarias si trova in F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio* 1,[2] Firenze 1875, 90 nt. 4, senza che però in concreto si facesse anche solo cenno al punto di vista dello studioso francese. Del tutto ignorati i primi risultati degli studi di Pernice (*Zur Lehre den Innominatkontrakten*), che pure risalivano a quegli anni (1866).

[149] P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze 1900, 389 ss., anche con riferimento alla anteriorità della tutela *in factum* («si comincia col proporre o consigliare al Pretore delle azioni *in factum*, senza preoccuparsi della natura contrattuale»); ID., *Istituzioni di diritto romano*,[5] Milano 1907, 467 ss., 470: «Giuliano, fautore dell'azione *in factum*».

[150] S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1911, 592 s.

[151] E. BETTI, *Sul valore* cit., 29 s.

gli esiti ai quali erano approdate le indagini dei colleghi tedeschi, per lo meno nell'impostazione di fondo.

Non mancarono certo scostamenti, a tratti assai significativi. Si pensi alle ben note diffidenze mostrate dallo studioso verso la classicità dell'*a.p.v.*, ritenuta azione generale di buona fede (anche nel nome) di conio bizantino,[152] che avrebbe preso il posto dell'*a. civilis incerti* aristoniano-mauricianea, diversamente di stretto diritto;[153] o ancor di più all'idea che voleva Labeone e i suoi più diretti allievi ancora legati all'impiego dell'*a. in factum* pretoria: in termini dunque non dissimili dalla posizione tenuta dalla scuola rivale.[154] Non è qui il caso di soffermarsi in una più attenta valutazione di tali aspetti, sui quali peraltro l'autore avrebbe avuto modo di tornare negli studi della tarda maturità, approdando su alcuni punti a conclusioni ben differenti, se non addirittura, in taluni casi, sorprendenti e del tutto inattesi: si pensi all'inclusione di Ulpiano, che pure aderisce alla *reprehensio* mauricianea che leggiamo in Ulp. 4 *ad ed.*, tra i «rinunciatari […] anomalisti» che, a detta dell'autore, si sarebbero limitati a «suggerire una semplice actio in factum, in quanto rinunciavano a costruire il novum negotium come un nuovo tipo di contractus».[155] Fatta eccezione per ribaltamenti così radicali, tra i più significativi punti di svolta va certamente segnalato il ripensamento sulla natura (di stretto diritto) dell'*a. civilis incerti*, nonché sull'impiego dell'azione pretoria da parte dei giuristi c.d. analogisti.[156]

Almeno in parte, si è gia avuto modo di evidenziare i non lievi profili di contraddittorietà che si colgono nel pensiero di Betti e che investono in egual

---

[152] E. BETTI, *Sul valore* cit., 31, 40.

[153] E. BETTI, *Sul valore* cit., 29, ove l'*actio civilis incerti* di Mauriciano veniva ricostruita «con piena sicurezza» nel modo seguente: «"Quod A.ˢA.ˢ de N.ºN.º Stichum servum q. d. a. *mancipio accepit ut* Pamphilum servum q. d. a. *manumitteret,* q. d. r. a., quidquid ob eam rem N.ᵐ N.ᵐ A.º A.º dare facere oportet, eius iudex N.ᵐ N.ᵐ A.º A.º condemnato, s. n. p. a."». Tesi che aveva conquistato qualche consenso in dottrina: dubbi sulla presenza della clausola *ex fide bona* si colgono ad es. in P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469, con un ripensamento rispetto alla soluzione affermativa sposata in ID., *Diritto romano* cit., 391; di stretto diritto, com'è noto, anche secondo A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 201. Più in generale sulla questione si rinvia al cap. II § 6.

[154] E. BETTI, *Sul valore* cit., 37 s., con la sola eccezione dell'*a. de aestimato*, che a detta dell'autore pure sarebbe stata «la forma più antica dell'*actio civilis incerti*» (32 s.): sull'impiego dell'*a. in factum* da parte di Labeone vd. anche *infra* nt. 163.

[155] Così E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 326.

[156] In questo senso vd. E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 322, 325 ss.

misura i diversi piani delle soluzioni processuali[157] e delle sottostanti logiche argomentative. Essi sono particolarmente evidenti per la ricostruzione del pensiero labeoniano, in cui il ricorso all'azione pretoria si pone in netto contrasto con l'ipotesi, portata avanti dallo stesso studioso, di un impiego (impropriamente ritenuto) «analogistico» della nozione di contratto, da parte del giurista augusteo, quale «*canone d'interpretazione* per una *estensione dottrinale* a nova negotia del iudicium ex fide bona».[158] Tanto più che non si comprende su quali basi l'adozione della «medesima costruzione Labeoniana» da parte di Aristone avrebbe invece dovuto condurre all'impiego dell'azione civile incerta.[159] Più in generale si assiste a una frequente commistione tra logiche deduttive e analogiste,[160] in una ricostruzione concettuale che si mostra peraltro impressionisticamente suggestionata da mere assonanze lessicali che hanno portato a facili (quanto improprie) associazioni del ragionamento analogico col termine greco ἀναλογία, da cui pur certo deriva, ma col quale non va per questo identificato.[161] Né d'altra parte è stato di giovamento il ricorso a dubbie metafore con le quali si è preteso di spiegare il concetto di analogo attraverso quello di «parallelo» o «simmetrico»,[162] entrambi, per definizione, del tutto inadatti a rappresentare quella relazione di somiglianza e se vogliamo di contatto che sussiste tra fattispecie simili, e che avrebbe dovuto semmai evocare (volendo porsi in una prospettiva egualmente geometrica) l'immagine della sovvrapposizione parziale.

Qui conta piuttosto osservare che si trattò di deviazioni che riguardarono il versante delle soluzioni concrete adottate dai singoli giuristi o se vogliamo della ricostruzione storica del dibattito giurisprudenziale, senza che però risultasse compromessa la tenuta complessiva della struttura dottrinale. Da questo punto

---

[157] G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 49 nt. 52. Si è in quell'occasione osservato come nel giro di poche pagine l'*a. civilis incerti* labeoniano-aristoniana avesse finito per assumere tre distinte configurazioni. In ordine: estensione di *iudicia bonae fidei* (20); azione incerta ma di stretto diritto «come le actiones incerti ex stipulatu e ex testamento» (28); azione con (sola) «demonstratio affatto analoga» a *iudicium bonae fidei* di contratto analogo (29). Senza contare che poco dopo, come si è già evidenziato, l'autore finirà piuttosto per attribuire a Labeone la concessione dell'*a. in factum* pretoria.

[158] E. BETTI, *Sul valore* cit., 20.

[159] E. BETTI, *Sul valore* cit., 28.

[160] In proposito vd. *infra* cap. II. § 7.

[161] In proposito vd. sempre cap. II § 7.

[162] Così E. BETTI, *Sul valore* cit., 24 e ivi nt. 3, che pure ha ragione a segnalare la corrispondenza dell'espressione latina *pro portione* con quella greca ἀνὰ λόγον.

di vista tra il pensiero dello studioso italiano e quello dei colleghi tedeschi era anzi possibile cogliere una fortissima sintonia. A essere rilanciata con estrema decisione era soprattutto l'idea di Pokrowsky di una differente quantificazione in sede di valutazione dell'importo della condanna.

Proprio perché l'*actio in factum* non avrebbe operato sul presupposto del riconoscimento di un sottostante rapporto contrattuale, essendo piuttosto concepita come strumento diretto ad assicurare una situazione di mera soggezione operante sul piano processuale (*teneri*),[163] l'unico interesse dell'attore a poter essere preso in considerazione in sede di giudizio sarebbe stato quello negativo, non potendosi per contro pretendere il risarcimento di un eventuale e maggiore danno derivante dal non aver ricevuto la prestazione concordata (interesse positivo).[164] D'altra parte era stata proprio la dottrina tedesca ad aver messo in evidenza la strettissima relazione tra Erfüllungsinteresse e negatives Vertragsinteresse da un lato e validità-invalidità contrattuale dall'altro.[165] In assenza di contratto mancavano dunque i presupposti stessi perché si potesse prospettare un

---

[163] E. BETTI, *Sul valore* cit., 39: «L'«actione teneri» in questi casi non ha, secondo Giuliano, per base un obligari: l'actio in factum nega per implicito l'esistenza di un «contractum» (nel senso di Aristone)», con una posizione che d'altra parte sembra contrastare con quanto affermato rispetto all'impiego della stessa azione da parte di Labeone («Labeone dava ancora […] l'a. in factum per fattispecie che per lui rappresentavano bensì un contractum, ma senza che si potesse determinare *quale*»); dello stesso autore vd., sempre nel senso di una distinzione tra *teneri actione* e *obligatum esse*, ID., *Su la formola del processo civile romano*, in Filangieri, 38, 1914, 685 nt. 5, con le medesime conclusioni (naturalmente) per quanto riguarda le azioni *in factum*; ID., *Istituzioni* 2 cit., 75 ss., 330; insiste sul carattere «pretorio ed extracontrattuale» dell'azione P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 nt. 1; così anche S. RICCOBONO, *Istituzioni* cit., 392 s.

[164] Così, con riferimento all'azione che sarebbe spettata al primo esecutore, in caso di mancata manomissione del servo Panfilo, E. BETTI, *Sul valore* cit., 29 s.: «dall'una il iudex è posto in grado di valutare l'*interesse positivo all'adempimento* della convenzione, in base all'altra per contro egli non può valutare che il puro interesse negativo, il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento (*P. manumissum non esse*)»; nello stesso ordine di idee vd. P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 nt. 1; in una prospettiva interpolazionistica P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 30 nt. 1; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 237 s., 314; più in generale sulla questione vd. *infra* cap. II § 5.

[165] F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 107 («das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts hatte […] setzt die Gültigkeit der vom Schuldner übernommenen Verpflichtung mit Nothwendigkeit voraus»); la questione è posta in termini molto efficaci in R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo'* cit., 16 s.: «Das Interesse der ersten Art hat die Gültigkeit, das der zweiten die Ungültigkeit des Contracts zur Grundlage. Nur insofern der Contract gültig, kann der Kläger die Ausführung desselben oder, was dasselbe, sein Interesse an der Erfüllung verlangen»; W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin 1902, 5.

interesse all'adempimento (Erfüllungsinteresse).[166] Del resto la posizione che nel corso degli anni Betti avrebbe tenuto sul punto si sarebbe rivelata ancor più intransigente di quanto non lo fosse quella dei colleghi tedeschi: in mancanza di contratto era del tutto impensabile l'esercizio dell'azione contrattuale, anche a fini diversi dall'adempimento.

Andava pertanto esclusa anche la possibilità di un impiego dell'azione contrattuale a tutela del solo interesse negativo, a fronte di vicende in cui il contratto dovesse ritenersi nullo o (per meglio dire) non integratosi,[167] secondo meccanismi su cui da tempo andava riflettendo la dottrina e su cui Jhering avrebbe diversamente fondato la propria teoria della responsabilità precontrattuale per *culpa*.[168] Si pensi in particolare[169] a Mod. 5 *reg.* D. 18.1.62.1[170] controversa e

---

[166] Esprime bene il senso della questione P. VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1938, 67: «Attribuire l'interesse negativo significa […] ristabilire quella situazione che si sarebbe avuta, se non si fosse giunti per nulla alla conclusione del contratto».

[167] E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 213; ulteriori indicazioni *infra* in nt. 174.

[168] Sul tema della *culpa in contrahendo* si rinvia a W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse* cit., 48 ss.; D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der 'culpa in contrahendo'*, in H.P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE (a cura di), *'Iuris professio'. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986 169 ss.; B.J.CHOE, *'Culpa in contrahendo' bei Rudolf von Jhering*, Göttingen 1988, 7 ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht, II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, München 1989, 439 s.; L. WINKEL, *'Culpa in contrahendo' in Roman Law and in some Modern Dutch Court Decisions*, in *'Viva vox iuris romani'. Essays in Honour of J.E. Spruit*, Amsterdam 2002, 153 ss.; D. DEROUSSIN, *'Culpa in contrahendo'. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités*, in RHD 82, 2004, 190 ss.; F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. I, Padova 2007, 218 ss.; ID., *Rudolf von Jhering* cit., 1 ss.; ID., *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Padova 2012; A.M. RABELLO, *La base romanistica* cit., 2175 ss.

[169] Nello stesso ordine di idee del brano di Modestino si potrebbe citare, in tema di *error in qualitate* (*materia*), Paul. 33 *ad ed.* D. 19.1.21.2, sempre che ovviamente si ritenga di allontanarsi dalla lezione attestata nella *littera Florentina*, per aderire piuttosto alla diversa lezione '*emptionem <non> esse*, *tamen venditor teneri debet*' che si trova talvolta documentata nella *Vulgata*. In questo senso e per una esplicita connessione tra le due soluzioni, com'è noto, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum 1. De actionibus empti et venditi, Lib. XIX Digestorum*, in *Opera* VII cit., (*Ad L. XXI. Ad §. 2. Quamvis*) 1254 s.: «Ut Modestinus quoque […] etiam hoc loco docet Paulus, quamvis emptio non teneat, tamen ex empto actionem esse»; ID., *Observationum et emendationum lib. II, cap. V. Deesse negationem in Pandectis Florentinis in l. si sterilis 21. §. 2. D.*

notissima testimonianza in materia di vendita di *res sacrae* e *religiosae*, in cui la nullità del contratto (*licet emptio non teneat*)[171] non sembrerebbe pregiudicare il

de act. empt., in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus primus*, Prati 1836, 46 ss.: «Et quidem opinor in aliis codicibus merito negationem addi […]». Sulla questione si rinvia alla documentata indagine di F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat* cit., 62 ss.

[170] Mod. 5 *reg.* D. 18.1.62.1 '*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*'.

[171] Così, fra i tanti, J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht,* in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931, 35; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anni 1951-1953*,[2] Napoli 1954, 132 s.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*,[3] Torino 1966, 59 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 164; sembra propendere per l'invalidità M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (diritto romano)*, in Enc. dir. 29, Milano 1979, 36 s.; ID., v. *Vendita in generale (diritto romano)*, in Enc. dir. 46, Milano 1993, 336, 374 nt. 723; da ultimo A. TRISCIUOGLIO, *Sinallagma genetico e vendita delle res extra commercium*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza* cit., 307 nt. 91, ove si invoca a supporto Bas. 19.1.60.1 (Hb. II 266). In senso contrario vd. già L.J. NEUSTETEL, *Bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Commentatio inauguralis*, Heidelberg 1818, 11s., il quale d'altra parte respingeva nettamente la possibilità di un impiego dell'azione contrattuale in assenza di contratto; sempre per la validità (in caso di buona fede del compratore) anche F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 2, Berlin 1853, 289 ss. Tra gli studiosi moderni, che l'espressione '*licet emptio non teneat*' possa qui alludere alla nullità della compravendita è alla fine escluso da P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano 1969, 153, con parziale revisione della posizione tenuta in ID., *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, 154 s., ove si attribuiva piuttosto ai Bizantini la frase '*licet emptio non teneat*', da intendersi sempre nel senso di una mancata produzione dell'effetto traslativo del dominio; negli stessi termini, ancor più recentemente, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 114 s. («[…] sagt die Stelle nur, daß der Kauf den Käufer nicht bindet, nicht aber, daß der Kauf nichtig ist, wie es in D. 18.1.22 heißt: nullam esse emptionem»), 117; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 363, a detta del quale sarebbero diversamente venuti meno i presupposti stessi per «ammettere l'esercizio dell'*actio empti*». A non vincolare sarebbe «solo l'*emptio*, e non il contratto (*emptio venditio*) nel suo insieme, vale a dire il contratto è valido». Di qui l'impiego dell'azione per l'interesse positivo; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2004, 128 ss. Un'anticipazione del pensiero degli studiosi qui variamente richiamati può rinvenirsi già in J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum 1. De contrahenda emptione, Lib. XIX Digestorum*, in *Opera* VII cit., (*Ad L. III*) 1104 s., per il quale la natura della *res* avrebbe semplicemente impedito la costituzione dell'obbligazione in capo al venditore di far acquistare il possesso e la proprietà al compratore, lasciando però impregiudicato il diritto di quest'ultimo di agire con l'azione contrattuale per l'*id quod interest*, prospettando, in sostanza, una sorta di nullità o (se vogliamo)

ricorso all'*actio ex empto* per l'interesse negativo[172] (*ex empto* […] *experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*'),[173] con una soluzione verso la

inefficacia parziale per il solo venditore; nello stesso ordine di idee, e nel tentativo di una conciliazione con Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.4, anche H. DONELLUS, *Commentariorum de iure civili liber XII. Caput. XX n. XVI.*, in *Opera Omnia. Tomus tertius,* Maceratae 1829, 600. Per un approfondimento del pensiero di Cuiacio e Donello si rinvia a F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat* cit., 65 s., 69 ss., che discute, per entrambi gli autori, di «validità della vendita *a latere emptoris*»; per un richiamo al pensiero di Donello vd. anche W. FLUME, *Rechtsakt* cit., 116 s.

[172] Così ovviamente R. VON JHERING, '*Culpa in contrahendo'* cit., 9, 16; tra i tanti J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 34 s., ove si denuncia semmai un intorbidimento di prospettiva in I. 3.23.5, brano in cui l'interesse negativo finirebbe per essere malamente identificato con quello positivo all'adempimento; P. VOCI, *Le obbligazioni* cit., 153; M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., 36 s. e ivi nt. 236; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 131 s.; F. PROCCHI, *Dolus e culpa* cit., 230; in un'ottica però interpolazionistica (*infra* nt. 174), pensa all'interesse negativo anche D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 165. Si tratta di un punto di vista di regola non condiviso da quanti respingono l'idea di una vicenda contrattuale nulla, per i quali si sarebbe piuttosto (e di conseguenza) agito per l'interesse positivo: così W. FLUME, *Rechtsakt* cit., 116 s.; C.A. CANNATA, *Atto giuridico* cit., 363; pur ritenendo il contratto fondamentalmente inefficace, l'ipotesi di un impiego dell'*a. ex empto* per il solo interesse negativo è rigettata anche da P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 136 s., secondo il quale l'azione avrebbe messo il compratore nella condizione di ottenere l'interesse positivo, al pari dell'*a. in factum* di Ulp. 25 *ad ed.* Ulteriori riferimenti alla letteratura, in un senso e nell'altro, possono trovarsi in A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 131 s. e ivi ntt.

[173] Per una subordinazione dell'esercizio dell'*a. ex empto* a un comportamento doloso da parte del venditore (*ne deciperetur*) vd. F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 119 ss., 122; J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 35; tra gli studiosi più recenti, M. SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi Arangio-Ruiz* 2 cit., 241; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 129 s., il quale, pur dando atto del «significato ambivalente» del verbo *decipere*, richiama a sostegno dell'interpretazione indicata I. 3.23.5, in cui sarebbe «fuor di dubbio che esso sia utilizzato nel senso di "ingannato dal venditore"». Diversamente, sulla scia di F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht* 2 cit., 291 s., ritengono sufficiente il semplice errore del compratore, ancorché non indotto da raggiri della controparte, R. VON JHERING, '*Culpa in contrahendo'* cit., 11; G. LONGO, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930, 381 nt. 22, per il quale a pensare al dolo del venditore sarebbero stati piuttosto i compilatori, come si ricaverebbe dall'appena richiamato I. 3.23.5 '*deceptus a venditore*'; così anche P. VOCI, *Le obbligazioni* cit., 153, 155 s.; sempre per un''interpretazione oggettiva' F. PROCCHI, *Dolus e culpa* cit., 229 s., il quale egualmente segnala la diversa prospettiva bizantina di I. 3.23.5, con una formulazione (*deceptus a venditore*) che «ben difficilmente può essere interpretata nel senso di escludere il dolo della controparte»; cautela in G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., 61, che pure richiama in senso discorde I. 3.23.5; più in generale sul significato della forma passiva del verbo *decipere* si rinvia, con accurata rassegna bibliografica, a F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering* cit., 22 s. e ivi nt. 33.

quale è stato però sollevato più di un rilievo,[174] anche per via del diverso approccio solutivo che parrebbe emergere da Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.8.1:[175] sem-

[174] Se la dottrina del XIX non aveva motivi per avanzare sospetti sull'impiego qui dell'*a. ex empto* (in questo senso vd. ad es. F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 119 ss., 122; R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo'* cit., 8 ss.), anche sotto la spinta degli studi interpolazionistici, tra gli studiosi del '900 cominciò a farsi piuttosto strada l'idea di un'esclusione dell'esercizio dell'azione contrattuale da parte dei giuristi romani, i quali, di fronte alla nullità del contratto, avrebbero piuttosto previsto il ricorso a rimedi di diritto pretorio, come l'*a. doli* o l'*a. in factum* ricordata in Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.8.1, o meramente ripetitivi come la *condictio*: in questo senso, tra i tanti G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 43, 1922, 542; K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924, 20 («[licet emptio non teneat, ex empto tamen] <de dolo actionem>»); G. LONGO, *Le res extra commercium* cit., 381 ss., 386; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936, 46 ss., con durissima critica alla testimonianza («il testo è mostruoso […] originalità, quasi eretica»); interpolato il riferimento all'*a. ex empto* anche per G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941, 25, per il quale il giurista, di fronte alla nullità del contratto, si sarebbe dichiarato a favore dell'*a. de dolo*; così anche in ID., *Il sistema romano dei contratti*,[3] Torino 1963, 205; cautela emerge invece in ID., *Obbligazioni*[3] cit., 59 ss., 62; come si è anticipato, E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 213; prende posizione per un originario impiego della *condictio* o al più dell'*a. in factum* di Ulp. 25 *ad ed.* V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 132 s.; pensa a un iniziale riferimento all'*a. in factum* anche D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 165. Ulteriori indicazioni bibliografiche possono trovarsi in F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat* cit., 193 nt. 16. Occorre d'altra parte considerare che la classicità del brano è oggi per lo più ammessa in dottrina: in difesa dell'esperibilità dell'azione contrattuale si era peraltro espresso già J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 3 ss., proprio negli anni cui la soluzione di Modestino cominciava a essere presa di mira dagli studiosi; in un ordine di idee che ritiene il principio però non estendibile al di là del caso specifico della compravendita, per la classicità anche M. SARGENTI, *Appunti* cit., 239 ss.; un'apertura si registra pure in J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989, 460 nt. 75; M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., 36 nt. 236; ID., v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 336; per l'impiego dell'azione contrattuale anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990, 243, 679; svaluta la necessità di un contratto valido ai fini dell'esercizio dell'azione, in considerazione del fatto che la *demonstratio* si sarebbe limitata a una semplice descrizione di quanto concretamente accaduto, senza per l'appunto darsi rilievo a eventuali vizi del contratto P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 136 s.; tra gli autori più recenti si segnalano A. TRISCIUOGLIO, *Sinallagma genetico* cit., 306 ss., ove si suggerisce di legare l'impiego dell'azione alla violazione del generale principio di buona fede, dal quale sarebbe scaturito in capo al venditore il «dovere accessorio di informare in modo esauriente […] il compratore»; A.M. RABELLO, *La base romanistica* cit., 2175 ss., con diagnosi però interpolazionistica dell'inciso '*licet emptio non teneat*'; F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo* cit., 229 s.; per un'accurata rassegna bibliografica si rinvia a F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat* cit., 193 ss. nt. 16.

[175] Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.8.1: *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum ac-*

pre che si sia disposti ad accettare l'idea[176] che Ulpiano stesse qui proponendo, in favore del compratore[177] (di buona fede),[178] il ricorso ad azione *in factum*

---

tionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat. Diffusi i sospetti sulla genuinità della frase '*cum quasi-contineat*': tra i tanti vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 76; G. LONGO, *Le res extra commercium* cit., 383; con ulteriori ragguagli bibliografici, anche B. BIONDI, *La vendita* cit., 35 s. e ivi nt. 98, il quale però nella sostanza non dubitava che l'azione concessa per il solo fatto della «vendita di un luogo religioso *pro puro* […] avesse contenuto analogo all'*actio empti*»; estendono i rilievi anche alle parole immediatamente precedenti '*quae actio-competet*', sul presupposto della natura penale dell'azione, G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1922) cit., 543 («cum <poenam> [quasi ex empto actionem]»); G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., 25, ID., *Obbligazioni*[3] cit., 58 s.; ID., *Il sistema*[3] cit., 206; P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law*, Edinburg-London 1958, 73, ove si avanza la congettura di un'azione penale popolare; così anche A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 120 ss., 126; di «chiara natura penale» discute A. TRISCIUOGLIO, *Sinallagma genetico* cit., 304. Esclude diversamente il carattere penale dell'azione B. BIONDI, *La vendita* cit., 36; sempre per la natura reipersecutoria vd., più recentemente, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 136 ss., per il quale, peraltro, l'azione sarebbe stata accordata per l'interesse positivo; così anche A. PETRUCCI, *Formazione del contratto*, in G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando*, Bologna 2009, 113. Ulteriori riferimenti alla letteratura possono rinvenirsi in F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat* cit., 197 nt. 20.

[176] La cautela è d'obbligo tenuto conto delle gravi incertezze che vi sono in dottrina in relazione all'individuazione del soggetto legittimato all'azione (*infra* nt. seg. e nt. 180), oltre che sulle finalità e sui caratteri stessi di tale rimedio (vd. soprattutto nt. prec.). Tra i molti dubbi, pare comunque da respingere l'ipotesi avanzata da M. SARGENTI, *Appunti* cit., 237 ss., di un originario riferimento all'azione contrattuale soppresso dai compilatori e sostituito con l'attuale *actio in factum*.

[177] Così M. KASER, *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, in ZSS 101, 1984, 99 s. nt. 452; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 133; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 164; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 243; da ultimo A. TRISCIUOGLIO, *Sinallagma genetico* cit., 303 s., il quale spiega il ricorso da parte di Ulpiano all'ambigua espressione '*ei ad quem ea res pertinet*' col fatto che ad essere legittimato all'azione non sarebbe stato il solo compratore («che avesse subito un'*illatio hominis mortui* illegittima»), ma anche i suoi eredi, giusto il principio di Gai. 19 *ad ed. prov.* D. 11.7.7 pr.; più articolato il punto di vista di B. BIONDI, *La vendita* cit., 36 ss., 38 s., il quale sembra orientarsi per un adattamento dell'azione di Gai. 19 *ad ed. prov*. D. 11.7.7.1 esperibile, con diverse finalità, da una pluralità di soggetti, tra i quali naturalmente il compratore, con una congettura che getterebbe luce sull'ambiguo modo di esprimersi del giurista.

[178] In questo senso V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 133; argomentando dall'*incipit* del frammento ('*Si locus religiosus pro puro venisse dicetur*') D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 165 nt. 10; così anche P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 138 nt. 97; A. PETRUCCI, *Formazione del contratto* cit., 113; slegano diversamente l'esercizio dell'azione da una valutazione dello

pretoria,[179] con un'ipotesi che ha però ricevuto diverse critiche in dottrina.[180]

A maggior ragione, per Betti, non vi erano le condizioni perché potesse ammettersi l'ipotesi opposta dell'esercizio di un'azione (da ritenersi per definizione) non contrattuale, a tutela dell'interesse (positivo) all'adempimento.

---

stato soggettivo dell'attore-compratore B. BIONDI, *La vendita* cit., 39; P. VOCI, *L'errore* cit., 159, con un punto di vista che verrà però abbandonato in ID., *Le obbligazioni romane*, I.1 cit., 154.

[179] Sulla natura onoraria dell'azione vd. G. LONGO, *Le res extra commercium* cit., 378; B. BIONDI, *La vendita* cit., 36; scarsamente verosimile la proposta di un'*a. in factum civilis*, secondo il modello dell'*a. empti*, avanzata da W. SELB, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982, 324 ss.; e ripresa da M. KASER, *'Ius honorarium'* cit., 99 s. nt. 452; improbabile anche la diversa congettura di un'*a. in factum ficticia* sul modello dell'*a. ex empto* proposta da S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano*, vol. 2, Milano 1933-1934, 288 s.; e ripresa da J. L. MURGA, *Una actio in factum de Ulpiano para la venta de sepulcros*, in RIDA 21, 1974, 309 ss.; critico rispetto ad entrambe le ipotesi P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 138 s. A doversi ritenere al più incerta è la natura edittale o decretale dell'azione: in favore della prima ipotesi O. LENEL, EP,[3] 227; in proposito vd. B. BIONDI, *La vendita* cit., 36 e ivi nt. 99, 38, ove non si esclude, come si è detto (*supra* nt. 177), che potesse trattarsi della stessa azione del fr. 7,1 «opportunamente modificata»; per la presenza dell'azione all'interno del testo edittale vd. da ultimo P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 136, 149.

[180] Che attraverso la frase '*ei ad quem ea res pertinet*' Ulpiano si stesse riferendo al compratore è messo in discussione, com'è noto, da un nutrito numero di studiosi, i quali pensano per lo più al titolare dello *ius inferendi*, non senza significative distinzioni dal punto di vista dell'individuazione del soggetto legittimato dal lato passivo. In questo senso già A. FABER, *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Apud Petrum & Iacobum Chouër 1626, 2092, per il quale l'azione sarebbe appunto spettata al titolare del sepolcro e del *locus sepulchri* contro chi l'avesse venduto come puro. Tra gli autori moderni ricordiamo C. FADDA, *Le res religiosae nel Diritto Romano*, in Atti della R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli 31, 1900, 290 s.; pensa ad *actio in factum*, sul modello dell'*a. de sepulchro violato*, K. HELDRICH, *Das Verschulden* cit., 19, il quale a questo proposito evidenzia come l'espressione in parola (*ei ad quem res pertinet*) sia attestata proprio nell'editto *de sepulchro violato* (Iul. 10 *dig.* D. 47.12.6 '*in primis datur ei, ad quem res pertinet*'), commentato da Ulpiano sempre in *l.* 25 *ad ed.*; adesivamente G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., 59, che pensa più precisamente ad azione intentata dal «legittimato attivamente nell'*actio de sepulchro violato*» contro il compratore di *locus religiosus* (venduto *pro puro*) che «inscientemente avesse danneggiato la sepoltura»; nel senso di azione (penale) concessa al titolare del *ius mortuum inferendi*, ma esercitata contro il venditore che avesse scientemente venduto un *locus religiosus* come puro, vd. P. STEIN, *Fault* cit., 68 ss., ove peraltro non si esclude (73 s.) che la stessa azione, al pari dell'*a. sepulchri violati*, potesse avere carattere popolare; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 120 ss.; pensa al titolare dello *ius mortuum inferendi*, da ultimo, F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo* cit., 228 s., secondo il quale il compratore avrebbe piuttosto agito, anche in questo caso, tramite l'*a. ex empto*. L'ipotesi di una relazione con Mod. 5 *reg.* D. 18.1.62.1 è respinta anche da W. FLUME, *Rechtsakt* cit., 113 nt. 77.

Quanto poi a Giuliano, il punto di vista dello studioso italiano era categorico: da «Neo-sabiniano» avrebbe pienamente condiviso metodi e soluzioni della propria scuola. Di qui il ricorso all'azione pretoria, in tutti quei casi in cui l'anomalia fosse stata tale da non consentire quell'«identificazione della fattispecie divergente con la fattispecie tipica»,[181] che rappresentava, va detto, l'obiettivo primario dell'insegnamento anomalista sabiniano e rispetto al quale la concessione dell'*a. in factum* costituiva piuttosto un espediente meramente residuale.[182] Solo nella tarda maturità si andrà affacciando, seppur di sfuggita, l'idea di un giurista dialogante, capace di accogliere le dottrine (analogiste) della scuola rivale.[183]

[181] E. BETTI, *Sul valore* cit., 27 ss.

[182] E. BETTI, *Sul valore* cit., 27 e ivi nt. 3, che discute di «*complemento* […] *necessario* delle actiones tipiche».

[183] In questo senso, con significativa riduzione delle distanze tra Mauriciano e il giurista adrianeo, E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 81 nt. 7 («In questo indirizzo analogistico Mauriciano si spingeva più avanti dello stesso Giuliano, pure analogista»); così, a ben leggere tra le pieghe del pensiero dell'autore («più risoluta»), anche 322 nt. 6 («L'actio in factum presupponeva l'impossibilità di inquadrare la fattispecie in un tipo di contractus: eprimeva una posizione anomalistica, la cui adozione da parte di Giuliano era avversata da giuristi di più risoluta tendenza analogistica: Mauriciano D. 2.14.7.2»).

CAPITOLO II

ULP. 4 *AD ED.* § 2: LA *REPREHENSIO* DI MAURICIANO A SALVIO GIULIANO. IL PENSIERO DEL GIURISTA ADRIANEO NEL PIÙ RECENTE DIBATTITO STORIOGRAFICO: TRA LETTURE CONSERVATIVE E SPUNTI CRITICI

Sommario: 1. Il rilievo di Ulp. 4 *ad ed.* nella formazione del punto di vista della dottrina tradizionale. – 1.1. Quadro di sintesi sui principali punti controversi: collocazione accademica di Aristone; la questione dell'estensione del συνάλλαγμα aristoniano e della sua appartenenza al contratto; la *causa* tra funzione e prestazione costitutiva ('zweckbestimmte Leistung'). – 2. Il contributo di Mauriciano nella più recente dottrina: tra continuità e sviluppo delle idee aristoniane. – 3. Il punto di vista di Giuliano nel resoconto ulpianeo. L'*actio in factum* come azione pretoria in senso stretto. – 4. Profili problematici legati all'interpretazione tradizionale. – 5. Natura e finalità dell'*actio in factum* giulianea. Il punto di vista di Sargenti. La questione del risarcimento nell'ambito di azioni con *condemnatio* al *quanti ea res est*: tra *aestimatio rei*, interesse positivo e interesse negativo. – 5.1. (continua) Considerazioni conclusive in ordine a una eventuale identità funzionale tra azione pretoria e *a.p.v.* – 6. Spunti di revisione critica: da Giffard alle più recenti tesi di Burdese e Gallo. – 7. Rilievi critici. Logica deduttiva, analogia, assimilazione. – 8. La tesi (o le tesi) di Cannata.

1. Il rilievo di Ulp. 4 *ad ed.* nella formazione del punto di vista della dottrina tradizionale.

Si è in più di un'occasione accennato che nei processi che hanno portato alla formazione di tale tradizione di pensiero un peso notevole, se non addirittura decisivo, ha indubbiamente giocato il già richiamato

D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi*

rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*.

Il brano, tratto dal *l*. 4. *ad ed.* di Ulpiano e inserito dai compilatori all'interno della rubrica *de pactis et conventionibus*, rappresenta in assoluto una delle testimonianze più note e controverse nell'ambito della scienza romanistica,[1] come del resto conferma l'imponente letteratura che su di esso si è andata col tempo formando.[2]

---

[1] Del tutto condivisibile, da questo punto di vista, il giudizio di A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston en matière de contrats innommés. Conférence 14 mars 1947*, in *Études* cit., 189 («il reste énigmatique, et le devient de plus en plus au fur et à mesure qu'il est étudié»); per altro verso, la straordinaria importanza del brano era ben evidenziata già da E. BETTI, *Sul valore* cit., 21 («testimonianza d'inestimabile valore»).

[2] Un'ampia rassegna bibliografica può trovarsi in R. SANTORO, *Il contratto* cit., 208 nt. 116; agli autori indicati vanno per lo meno aggiunti E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 188 ss.; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., *passim*; S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contratto nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1, Milano 1930, 123 ss.; ID., *Elementi sistematici, nei commentari "ad edictum"*, in BIDR 44, 1936-37, 1 ss.; G. LONGO, *Corso di diritto romano. I contratti.* I, Padova 1936, 109 ss.; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano 1958, 39 nt. 12, 40 nt. 14; ID., *La storia dell'"edictum de pactis"* (Rec. a Magdelain), in Labeo 6, 1960, 279 ss.; ID., *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in H. KUPISZEWSKI, W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie 1978, 195 ss., ora 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, 125 ss.; ID., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina* (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli-Roma 1990, 100 ss.; ID., *Contratto e patto nel diritto romano*, in Dig. civ. 4, Torino 1989, 58 ss.; ID., *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti Fazzalari* 1, Milano 1993, 195 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 87 ss., 163 ss.; ID., *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, in *Scritti in onore di G. Bonfante* I, Brescia 1976, 341 ss.; J. BURILLO LOSHUERTOS, *Contrahere y contractus*, in Temis 13, 1963, 117 ss.; TH. MAYER-MALY, *Studien zur Vertrag I. Vertrag und Eininung*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München-Berlin 1965, 509 ss.; R. SANTORO, *'Actio civilis in factum', 'actio praescriptis verbis', e 'praescriptio'*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* IV, Milano 1983, 681 ss.; ID., *Il contratto* cit., 207 ss.; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche* cit., 83 ss.; ID., *La cau-*

sa delle convenzioni atipiche, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 85 ss.; P. CORNIOLEY, *De la "sponsio" à la stipulation: procedure et 'contrat'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* III, Napoli 1984, 2922 ss.; G. MELILLO, *'Pacta in rem, pacta in personam'. Una divisio classica?*, in *Sodalitas* III cit., 1459 ss.; ID., *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il primo ed il terzo secolo*, Napoli 1986, 177 ss.; ID., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*,[2] Napoli 1994, 212 ss.; G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in SDHI 51, 1985, 131 ss.; A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, in BIDR 88, 1985, 397 ss.; ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in SDHI 51, 1985, 458 ss.; ID., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985, 14 ss.; ID., *Ancora in tema di contratti innominati*, in SDHI 52, 1986, 442 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988, 15 ss.; ID., *Osservazioni* cit., 136 ss.; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in Labeo 38, 1992, 200 ss.; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in SCDR 5, 1993, 61; ID., *I contratti innominati*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 76 ss.; ID., Rec. a G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*,[2] in Labeo 41, 1995, 101 ss.; ID., *In margine a D. 4.3.9.3*, in SCDR 7, 1995, 27 ss.; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 515 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 11-12 maggio 1995), Milano 1998, 32 s.; ID., *Tra causa e tipo negoziale. Dal diritto classico al postclassico in tema di transazione*, in SCDR 9-10, 1997-1998, 53; ID., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 1, Napoli 2001, 334 ss.; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 38, 1987, 25 ss.; ID., *Svolgimento* cit., 24 ss.; ID., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 145 ss.; ID., *Actio civilis in factum* (2006) cit., 256 s.; L. D'AMATI, *I 'nova negotia' nella riflessione romana*, in BIDR 90, 1987, 569 ss.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* cit., 41 ss.; ID., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche* cit., 3 ss.; ID., *Synallagma* 2 cit., *passim*; ID., *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e proculiani nella materia contrattuale*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, Torino 1996, 25 ss.; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 63 ss.; ID., «*Agere praescriptis verbis*» *e editto alla luce di testimonianze celsine*, in Labeo 44, 1998, 7 ss.; ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in Roma e America. Diritto romano comune 7, 1999, 25 ss.; G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* cit., 1 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona 1990, 83 ss., 119 ss.; ID., *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 61, 1995, 217 ss.; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche* cit., 125 ss.; C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in R. FEENSTRA, A.S. HARTKAMP, J.E. SPRUIT, P.J. SIJPENSTEIJN, L.C. WINKEL (a cura di), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam 1995, 59 ss.; ID., *Contratto*

Il recupero della posizione di Giuliano da parte di Ulpiano viene a inserirsi nel quadro di un più generale tentativo del giurista severiano diretto a delineare, attraverso la predisposizione di un'articolata struttura logico-diairetica,[3] che non

e causa cit., 35 ss.; ID., *Lo splendido autunno delle due scuole*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (a cura di), *Pacte, convention, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Buno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1998, 459 s.; ID., *Labeone*, *Aristone* cit., 35 ss.; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano* II.2, Torino 2017, 191 ss.; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 9 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 131 ss.; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 441 ss.; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (a cura di), in *Pacte, convention* cit., 111 ss.; A. DI PIETRO, *El régimen de los contratos en el derecho romano. Prospectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latino americana*, in Roma e America 7, 1999, 61 ss.; G. FALCONE, *L'origine della definizione di* **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** *nella parafrasi di Teofilo. I. Le fonti*, in SCDR 11, 1999, 27 ss.; ID., *Genesi e valore della definizione di* **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** *nella parafrasi di Teofilo*, in '*Iuris Vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 3, Napoli 2001, 92 ss.; P. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 411 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, *passim*.; ID., *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 281 ss.; ID., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 175 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto* cit., 359 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in TSDP 5, 2012, 126 ss.; ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche atipiche nel pensiero dei giuristi classici*, in L. GAROFALO, L. VACCA (a cura di), *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, Napoli 2021, 417 s., 424 ss.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del* **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** *di Aristone*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza* 1 cit., 63 ss.; ID., *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità* cit., 89 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 282 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 241 ss.; R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014, 14 ss.; A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note sulla causa contractus*, in A.M. VILLAR, A.C. GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (a cura di), *Homenaje al Prof. A. Torrent*, Madrid 2016, 636 ss.; G. ZARRO, *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli 2018, 20 ss., 83 ss.

[3] Al riguardo vd. S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano 1935, 309 ss.; con letteratura, P. CERAMI, *D. 2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle 'tres species conventionum',* in Atti Accad. sc. mor. pol. Napoli 85, 1974, 269 ss. = AUPA 36, 1976, 123 ss.; per un diverso punto di vista M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani, La filosofia greca e il diritto romano. II. Atti del colloquio italo-francese*, Roma 1977, 276 s.; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 135 ss.; ID., '*Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 350 ss.; con ulteriori informazioni bibliografiche, T. DALLA MASSARA, *Alle*

si è sottratta a diversi rilievi critici anche per ciò che riguarda il computo delle *tres species conventionum*,[4] ruolo e ambito dell'elemento convenzionalistico all'interno della complessa fenomenologia contrattuale, con una particolare attenzione rivolta al dibattuto tema del contrattualismo atipico.

L'antefatto che doveva offrire a Ulpiano lo spunto per riferire l'opinione giulianea è da ricercare in una vicenda che aveva visto protagonisti Aristone, oramai avanti con gli anni, e il più giovane Celso.[5]

In particolare, l'anziano giurista era dell'avviso che andasse riconosciuta l'esistenza di un rapporto[6] obbligatorio di natura contrattuale[7] (*respondit esse obliga-*

---

origini cit., 70 ss.; da ultimo G. FALCONE, *Riflessioni sulla conventio in D. 2.14.1.3*, in AUPA 62, 2019, 197 ss., 212 s., ove si respinge l'idea secondo la quale, attraverso l'impiego dell'aggettivo *generalis* in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3, Ulpiano avrebbe inteso individuare la *conventio* come categoria generale (*genus*) da articolarsi diaireticamente in *species*. A detta dello studioso, l'intenzione del giurista sarebbe stata piuttosto quella di evidenziare la «latitudine» contenutistica del termine *conventio*: da ritenersi generale «nel senso che riguarda tutti gli aspetti contenutistici sui quali vi è un *consentire*».

[4] Per una diagnosi interpolazionistica vd., con discussione critica della letteratura precedente, G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di* '*ius gentium*', Milano 1946, 193 ss.; adduce il brano quale esempio della «trasandatezza nella tecnica diairetica» da parte dei giuristi romani M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'* cit., 276 s., il quale in più denuncia un differente uso del termine *conventio* nei frammenti 5 e 7 pr. rispetto all'accezione con cui lo stesso termine è adoperato come *verbum generale* nel fr. 1.3; di «sciatteria […] piuttosto grave» sul piano dello sviluppo diairetico discute S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 448; denuncia uno «stridente salto logico» tra l'affermazione di Ulpiano per cui «esistono talune convenzioni di *ius gentium* che si traducono in una figura contrattuale tipica per cui esiste un'azione edittale» e il successivo tratto *sed et si in alium contractum* […] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 129 s., il quale non esclude per tale ragione («sarebbe logico attendersi») un'originaria affermazione del tipo: «*sed sunt aliae conventiones quae non transeunt in proprium nomen contractus sed in suo nomine stant*», con un'ipotesi che per la verità non ci pare necessaria, dovendosi indubbiamente ritenere gli stessi elementi informativi implicitamente contenuti nell'efficace e sintetica espressione *sed et si in alium contractum res non transeat*, in modo che l'integrazione congetturata dall'autore rischierebbe di tradursi in un inutile appesantimento dello sviluppo logico-discorsivo della trattazione ulpianea; rilievi sulla classicità di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.4 sono da ultimo sollevati da G. FALCONE, *Riflessioni* cit., 204 e ivi nt. 24, al quale si rinvia per una valutazione sullo stato del dibattito sul punto.

[5] Indicazioni al riguardo possono trovarsi in W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, 141 ss., 146 s.; A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 150 s. nt. 213; ipotizza una differenza di circa trentanni tra i due C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno* cit., 441 ss., 444 ss.; ID., *Labeone*, *Aristone* cit., 36 nt. 8.

[6] Diversamente, alla luce anche di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, D. 39.5.18.1, PSI 55, linn. 50, 52, ritiene che il sostantivo *obligatio* debba essere qui interpretato nel senso di «atto obbligatorio» piuttosto che di «rapporto obbligatorio» R. SANTORO, *Il contratto* cit., 215, il quale si ve-

de per questo costretto a correggere '*obligationem*' in '*actionem*' nel tratto '*hoc-obligationem*' immediatamente successivo; punto di vista confermato più recentemente in ID., *Per la storia dell'obligatio.* I, Palermo 2020, 76 s.; lettura condivisa anche da E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006, 165 s. nt. 36; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 52 ss. Un'allusione al vincolo obbligatorio si trova invece in A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 337; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 361 nt. 55; il cui punto di vista è ripreso da C. PELLOSO, *Le origini* cit., 76 s. nt. 162; ID., *Do ut des* cit., 142 nt. 106; perplessità sull'impiego ipotizzato da Santoro sono espresse anche da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 104; più articolato il punto di vista di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 96 ss., il quale suggerisce un diverso uso del sostantivo da parte di Aristone e Ulpiano, attribuendo l'utilizzo del termine nel significato più tardo di «rapporto obbligatorio» al solo giurista severiano.

[7] Che Aristone si stesse qui riferendo a un'obbligazione contrattuale e non a un'obbligazione meramente ripetitiva è un dato che può ritenersi (almeno oggi) del tutto pacifico. E del resto, se così non fosse, non sarebbe possibile tenere separato il punto di vista di Aristone da quello di chi, come Celso in Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, negava la costituzione di un'obbligazione contrattuale, ma riconosceva quella restitutoria (*obligatio ob rem dati*), con le evidenti e gravi conseguenze che ciò comporterebbe sul piano dei rapporti tra i due giuristi e delle logiche solutive alla base dei due brani: in modo che la teoria del συνάλλαγμα di Aristone passerebbe dall'essere una teoria generale del contratto innominato a una teoria generale della ripetizione, di cui Cels. 3 <8> *dig.* costituirebbe in definitiva una semplice e implicita applicazione. Si tratta però di ipotesi che non può essere accettata e che imporrebbe di credere a una severa manipolazione del brano di Ulpiano: non è un caso se, come vedremo (*infra* in questo stesso §), questa era la tesi di G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 156 ss. Per una identificazione dell'*obligatio* con l'«obbligo di eseguire la controprestazione» ci limitamo a segnalare M. SARGENTI, S*volgimento* cit., 31, con argomenti in parte analoghi; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 138 ss., 140. Al «dovere di (contro) prestazione» pensa da ultimo R. FERCIA, *Il fieri* cit., 14, 58 nt. 101, per quanto, da altro punto di vista, l'autore ci attribuisca conclusioni che non corrispondono al pensiero che abbiamo espresso in G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in D@S-Tradizione romana 9, 2010, 1 ss., ove non si è naturalmente pensato di identificare l'*obligatio* di Ulp. 4 *ad ed.* con l'*obligatio auctoritatis* – eventualità che va certo esclusa e che non a torto R. FERCIA, *Il fieri* cit., 5, considera «irrilevante nella specifica prospettiva euristica di Aristone» –, ma ci si è semmai interrogati se, nel silenzio del brano, si potesse ammettere l'(ulteriore) esercizio dell'*actio auctoritatis* (magari anche rispetto alla diversa prospettiva giulianea) a favore di chi avesse subito evizione nell'ambito di vicende contrattuali atipiche, per la cui attuazione si fosse fatto ricorso allo strumento mancipatorio, ancorché in assenza di un corrispettivo espresso in denaro, con un'ipotesi che sembra aver raccolto una sostanziale adesione da parte dello studioso (R. FERCIA, *Il fieri* cit., 5: «astrattamente ipotizzabile per la casistica in esame»); una significativa apertura in tal senso si trova già in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 202 e ivi nt. 1, ove, anche se in via di mera congettura, non si esclude per l'appunto che in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 Mauriciano potesse pensare, anziché all'*a. empti* (in proposito vd. *infra* in questo stesso §), proprio all'*a. auctoritatis*, nel presupposto di *mancipatio* non *nummo uno*. In senso contrario, esclude un impiego dell'azione in questione, sul rilievo per cui «la *mancipatio* era stata fatta *nummo uno*», C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 72 s.

tionem),[8] pure nell'eventualità che la concreta operazione economico-commerciale (*res*)[9] posta in essere dalle parti non risultasse pienamente riconducibile

[8] Non ci pare che per mantenere questa interpretazione occorra necessariamente aderire all'ipotesi di un riferimento al contratto nell'originaria stesura aristoniana, secondo quanto congetturato da J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 16 nt. 37, nell'ambito, peraltro, di una più ampia proposta ricostruttiva (*infra* nt. 17). Del tutto irrilevante deve ritenersi, da questo punto di vista, il richiamo che si è voluto fare allo sch. Τῶν ἰουριςγεντίουμ a Bas. 11.1.7 di Cirillo 'εἰ δὲ καὶ ὕπεστιν αἰτία […] συνάλλαγμα τὸ γεγονὸς καὶ τίκτεται πολιτικὴ ἀγωγή' (Hb. I 562 = Schelt. B I 192), che ben può essere stato influenzato dal successivo tratto 'quod Aristo συνάλλαγμα vocat': senza contare che doveva apparire evidente che il giurista traianeo si stesse riferendo alla sussistenza di un'obbligazione contrattuale. Neppure vi sono elementi concreti per ritenere che la risposta aristoniana fosse impostata sul diverso piano dell'azione, secondo quanto congetturato da S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note*, Bologna 1903, 125 s. nt. 1, per il quale si dovrebbe imputare ai compilatori l'uso del sostantivo *obligatio* nel senso di *contractus*.

[9] Così («id quod agitur, de quo conveniunt») A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 58; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 13 I.), 21 nt. *a* («das Vertragsgeschäft»); M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 464 nt. 428; («generica fattispecie negoziale») A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 141, di cui occorre considerare il diverso punto di vista maturato in ID., *La scrittura* cit., 148, su cui vd. *infra* in questa stessa nt.; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 449; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 96 ss.; ID., *Come nasce un'idea: la causa del contratto*, in LR 2, 2013, 357; A. PALMA, *La negozialità romana* cit., 635 s.; da ultimo P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.). Una controversa fattispecie negoziale*, in AUPA 83, 2020, 127. Interpreta piuttosto il termine '*res*' nel senso di «convenzione che si è tradotta in un fatto», con una concettualizzazione non lontana dal *convenire re* labeoniano di Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.2 pr., R. SANTORO, *Il contratto* cit., 276; opinione condivisa più di recente anche da C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 70 s.; ID., *Do ut des* cit., 133 s., per il quale la scelta da parte di Aristone sarebbe stata dettata dall'esigenza di «impiegare un sostantivo con area semantica più ampia di quella di *conventio*: e ciò allo scopo di indicare la "realità" del negozio, contro la "consensualità qualificata" dei contratti labeoniani»; un riferimento al «fatto della convenzione» è colto da A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 141, 148; che almeno per gli *antecessores* bizantini *res* alludesse all'idea della *conventio* pare potersi legittimamente ricavare dalla sua traduzione in lingua greca con κονβεντίων in sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.7 (εἰ δὲ καὶ μὴ εἰς ἰδικὸν ὄνομα συναλλάγματος μεταπέσῃ ἡ κονβεντίων: Hb. I 559 = Schelt. B I 187) e πάκτον in PSI. 55.51. Meno decisivo, da questo punto di vista, si rivela invece l'impiego del termine σύμφωνον nello sch. Τουτέσιν a Bas. 11.1.7 (Hb. I 564), dovendo ritenersi l'uso rispondente alla diversa prospettiva di Ulp. 4 *ad ed.* § 4 '*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem*' (*infra* in questa stessa nt.): sulla questione si rinvia all'attenta analisi di G. FALCONE, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** cit., 108 nt. 91. L'interpretazione del sostantivo *res* in funzione sostanzialmente sinonimica di *conventio* è, com'è noto, assolutamente risalente: così G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 504: «si […] in alium contractum […] res, id est, conventio, non transeat»; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 356: «*res* (hoc est conventio)». Essa è del resto fa-

(*non transeat*)[10] nell'ambito di una fattispecie contrattuale tipica (*in alium*[11] *contractum*),[12] purché la stessa fosse sorretta dalla sussistenza di una *causa*: *subsit*

---

vorita dal prosieguo del brano ulpianeo, in cui il riemergere dell'ottica della *conventio* nel § 4, nella medesima relazione con il profilo causale già individuata nel § 2, per evidenti ragioni di simmetria e di logica interna al discorso di Ulpiano, suggerisce chiaramente di interpretare il sostantivo *res* nel senso di convenzione. Sulla genuinità dell'impiego sono comunque da ritenersi oramai del tutto superati i rilievi sollevati dalla critica interpolazionistica.

[10] Giustamente senza seguito la proposta di E. BETTI, *Sul valore* cit., 21, di leggere *deducta non sit* anziché *non transeat*; in senso contrario vd. già C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*,[2] Milano 1966, 604 nt. 89.

[11] Com'è noto, l'impiego dell'aggettivo '*alius*' ha tradizionalmente posto gli studiosi di fronte a non poche difficoltà interpretative, che avevano convinto taluni autori a sopprimere l'aggettivo, leggendo semplicemente: *si in* [*alium*] *contractum res non* rell. Per quanto si tratti certo di una formulazione non impeccabile, non può esservi dubbio che nelle intenzioni di Ulpiano l'espressione '*alius contractus*' servisse a richiamare i contratti per i quali fosse approntata un'apposita tutela edittale, a partire ovviamente da ciascuno di quelli poco prima elencati nel § 1: […] *emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum* (*et ceteri similes contractus*). Di qui la proposta, particolarmente diffusa tra gli autori meno recenti, di intendere il passo come se vi fosse scritto: 'si in <*talem*> contractum', secondo peraltro una lezione attestata in altra tradizione manoscritta: in proposito si rinvia a C.C. DABELOW, *Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren. Zweiter Theil*, Halle 1817, 174 e ivi nt. *f*). Per un riferimento ai contratti menzionati dal giurista severiano nel fr. 5 vd. E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 189. Eccessive le critiche rivolte all'impiego dell'aggettivo '*alium*' («insensatezza») che si trovano in S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 128 nt. 1; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 112; per una sostituzione di *alium* con *huiusmodi* vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 21; rilievi più di recente sono espressi anche da M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 29; di «"scomodo" sintagma» discute C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 64. Diversamente non trova motivo di sospettare dell'uso T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa* cit., 100, 154 s., per il quale l'aggettivo «esprime l'appartenenza a differenti specie […] del medesimo genere-contratto»; ID., *Sul responsum* cit., 288 s.

[12] Così già D.H. KEMMERICH, *De origine contractuum nominatorum et innominatorum*, Ienae 1733, 10: «*Sed & si in alium contractum* (i.e. ut ego interpretor, proprium Contractus nomen)»; per la genuinità, ma in un ordine di idee che mira in sostanza ad escludere una riferibilità della *res* o del συνάλλαγμα al contratto, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 130 nt. 84: «Io credo congetturabile che Aristone stesse prendendo in esame quegli accordi con cui ciascuna parte si impegnava a *dare* o a *facere*, ma che non erano integrativi di *contracta* (compra-vendita, locazione-conduzione, società). Il giurista, quindi, rimarcato – nel tratto che non ci è pervenuto – che tali *conventiones* '*non transeunt*' in una figura contrattuale tipica (nonostante la lateralità degli impegni), continua asserendo che, anche senza invocare un 'diverso' contratto ('altro' e 'ulteriore' rispetto a quelli tipici appena richiamati ma 'costruito' sul modello di questi ultimi), è solo in presenza di *causa* che compete l'azione per l'adempimento. In definitiva, né che la *res* negoziale sia *contractum*, né che il συνάλλαγμα sia *contractum* può inferirsi dall'impiego di *alium*».

tamen causa.[13] Tale condizione poteva ritenersi senz'altro soddisfatta ogni qual volta ci si trovasse in presenza di rapporti di scambio inquadrabili nella tipologia negoziale del *do ut des*, *do ut facias*, e sempre che una delle due attribuzioni patrimoniali avesse trovato spontanea esecuzione: così stando almeno all'interpretazione accolta dalla dottrina tradizionale,[14] nei termini in cui fu formulata già dagli autori bizantini[15] e da ritenersi ancor oggi prevalente.[16]

---

[13] In proposito vd. *infra* § seg.

[14] Circa l'essenzialità di un principio di esecuzione ai fini della costituzione del rapporto obbligatorio o comunque ai fini dell'azionabilità della pretesa, ci limitiamo qui a segnalare, in aggiunta agli autori già indicati *supra* cap. I nt. 52, M. PÖHLS, *Versuch* cit., 19; C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 19; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 69; L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 270; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 575; M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 466; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 234; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 389; preziose indicazioni sulla letteratura più risalente possono trovarsi in U. GRECO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., XIX, Milano 1891, 401 nt. *h*); A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 248 ss.; G. MAY, *Élements de droit romain* 2[1] cit., 166; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*,[10] Torino 1946, 499 ss.; P. VOCI, *La dottrina* cit., 282.

[15] In un quadro interpretativo in verità non privo di oscillazioni, per lo meno per quanto riguarda in concreto la riferibilità del principio alla nozione di *causa*. Significativo da questo punto di vista si rivela ancora una volta lo sch. Μαθῶν (Hb. I 559 s. = Schelt. B I 188), ove la richiesta esecuzione di una delle attribuzioni patrimoniali concordate ai fini della costituzione del rapporto obbligatorio, o meglio ancora ai fini dell'azionabilità della pretesa, sembrerebbe piuttosto rappresentare un requisito ulteriore rispetto a quello della *causa* (αἰτία), diversamente intesa come funzione negoziale, di cui si richiede, peraltro, la liceità (εὔλογος αἰτία): 'ἐνταῦθα γάρ, ἐπειδὴ ὕπεστιν εὔλογος αἰτία τῇ κονβεντίονι ἤτοι τοῖς ἀρέσασι, καὶ προηγήσατο δόσις ἢ φάκτον ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει […] ἡγήσατο δὲ καὶ δόσις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, καὶ ποίησις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει, καὶ πρὸς τούτοις ἔυλογον ὑποῦσαν αἰτίαν τοῖς ἀρέσασι'; la prospettiva della *causa* come funzione negoziale, richiedente ai fini della sua azionabilità, un principio di esecuzione (εκεῖνος πληρῶν τὴν αἰτίαν), ritorna anche nello sch. Εἰ γὰρ a Bas. 11.1.89 di Taleleo (Hb. I 663 = Schelt. B I 336), su cui vd. vol. II, cap. V § 1.1, nt. 16. Sulla questione si rinvia a R. SANTORO, *Il contratto* cit., 264 ss.; ID., *La causa* cit., 97 ss.; più recentemente T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 317 ss., 344 ss.

[16] In questo senso K. MISERA, *Julian-Afrikan D. 19.5.24. Ein Beitrag zu "agere praescriptis verbis"*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* VI, Napoli 1984, 2605 s. e ivi nt. 88; G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 131 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in Ostraka 5.1, 1996, 66 s., 131; in un ordine di idee che tende a tenere separata la posizione di Aristone da quella labeoniana, l'idea dell'essenzialità della prestazione nell'ambito della dottrina aristoniana è accolta (oltre che da Burdese e Gallo, di cui si dirà *infra* § 6, anche) da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 143 ss., soprattutto 198, 316 ss., 349 ss.; ID., *Sul responsum di Aristone* cit., 319 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römi-*

Le fattispecie qui indicate avrebbero costituito un συνάλλαγμα[17] e da esse sarebbero pertanto scaturite obbligazioni[18] riconosciute sul piano dello *ius civile* (*hoc* συνάλλαγμα *esse, hinc nasci civilem obligationem*).[19]

Ed è proprio alla luce delle considerazioni appena indicate che Ulpiano, in aperta adesione all'insegnamento aristoniano (*et ideo puto recte*), aveva modo di manifestare il proprio apprezzamento per il punto di vista espresso da Mauriciano, in dissenso da Salvio Giuliano, in relazione al seguente caso.

---

schen Konsensualverträge, in ZSS 124, 2007, 78, 83 ss.; più recentemente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 16; P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 127.

[17] Impraticabile la proposta di identificare il συνάλλαγμα con l'accordo formulata da J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 15 s. e ivi nt. 37, sulla base di ricostruzioni testuali della frase *eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* del tutto arbitrarie, unicamente sorrette dall'intento di giustificare preconcette ipotesi ricostruttive di matrice consensualistica («Im echten Text stand wohl anders: ex conventione esse obligationem […] Aristo Celso respondit esse contractum oder eam obligationem ex consensu»»). A nulla vale invocare PSI. 55 l. 20 ('γὰρ τίκτεται [ἐ]νο[χὴ] κατὰ τὸ συναλλ]αχθὲν', in cui, al di là di ogni ulteriore considerazione, il riferimento al profilo dell'accordo è da ascriversi alla traduzione latina proposta dallo studioso polacco (21: «et nascitur obligatio ex eo quod convenit»); sempre nel segno di un'interpretazione soggettivistica che finisce però per banalizzare il pensiero di Aristone («Ariston veut simplement dire que les contrats innomés comportent une convention») A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du preteur*, Paris 1958, 40 s. e ivi nt. 112-[VII], che pure nell'uso dello stesso termine in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19 coglieva differentemente un'allusione all'idea della bilateralità.

[18] Non ci pare sussistano ragioni concrete per ipotizzare un originario riferimento al diverso profilo dell'azione secondo quanto variamente congetturato in dottrina: così, ma in base ad argomenti lessicali privi di pregio (sul punto vd. vol. II, cap. IV § 2, nt. 39), E. BETTI, *Sul valore* cit., 21, 26 nt. 2; sempre nel senso di uno scambio terminologico di *obligatio* per *actio*, dovuto alla sinonimia dei due termini nell'ottica bizantina, P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 323 s.; («interpolation évident») W. WOŁODKIEWICZ, *Contrahere-contractum-contractus*, in H. KUPISZEWSKI, W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain* cit., 300; per le ragioni chiarite *supra* in nt. 6, anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 217 s.; ID., *Per la storia dell'obligatio* cit., 76 s., che pensa per l'appunto a un intervento maturato nella cornice della «dottrina giustinianea dell'*obligatio* come "*mater actionis*", in cui l'*obligatio* è il "rapporto obbligatorio"»; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 263; in difesa del testo vd. T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 79; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 362 nt. 58.

[19] Uncinava l'intero tratto '*Ut puta-obligationem*' P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 119 ss.; pensava a una glossa rientrata nel testo, più che a un'interpolazione, P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 324 s. e ivi nt. 3; in favore della genuinità sostanziale A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 195; per la letteratura più recente R. SANTORO, *Il contratto* cit., 215 s., il quale si limita ad appuntare sotto il profilo formale «l'uso di tempi diversi nelle proposizioni che indicano le controprestazioni (*ut dares*, *ut facias*)», senza però escludere che alla base vi fosse il proposito di sottolineare una «diversa possibilità di attuazione temporale delle controprestazioni».

L'ipotesi esaminata prevedeva che si fosse effettuato un trasferimento di proprietà del servo *Stichus*, o meglio che si fosse compiuto un atto a tal fine idoneo (nel caso di specie si deve supporre *mancipatio*),[20] con l'intesa che il beneficiario avrebbe in cambio provveduto ad affrancare il proprio servo *Pamphilus*. Accadeva però che, dopo aver proceduto, come d'accordo, alla manomissione di *Pamphilus*, il *dominus* affrancatore venisse convenuto vittoriosamente in giudizio da parte del legittimo proprietario, subendo così l'evizione di *Stichus*.

Se naturalmente non vi erano, né potevano esservi, divergenze tra i due giuristi in relazione al fatto che occorresse approntare qualche forma di tutela in favore del contraente evitto, non v'era però unità di vedute riguardo all'individuazione dello strumento processuale da accordare in concreto a suo vantaggio.

Più precisamente, mentre Giuliano mostrava di propendere per la concessione di un'*actio in factum*,[21] Mauriciano al contrario si faceva suggeritore del ricorso a un'*actio civilis incerti*, nel testo qualificata *praescriptis verbis*, motivan-

---

[20] Così, tra gli altri, E. BETTI, *Sul valore* cit., 29.

[21] Per un'attribuzione formale dell'espressione a Ulpiano anziché a Giuliano («forse Giuliano non usava nemmeno l'espressione *a. i. f.* che probabilmente anche qui è Ulpianea»), vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 61, con un punto di vista su cui però pesava l'adesione all'idea avanzata da H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 296 ss., di una graduale sostituzione dell'espressione *actio in factum* all'originaria terminologia *iudicium in factum*, maturata nell'ultima fase dell'epoca classica, nell'ambito di un più ampio processo di migrazione lessicale e concettuale della nozione di *actio* dal processo *per legis actiones* al più recente processo formulare (per il quale, in origine, si sarebbe appunto più propriamente parlato di *iudicium* o *formula*), che avrebbe portato con sé la prospettiva del «momento soggettivo e materiale della pretesa» («il termine *actio* appare col significato di *ius agendi* dell'attore»); nessuna incertezza però sul fatto che il giurista adrianeo pensasse ad azione pretoria in senso stretto: così appunto P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., ove in più si ipotizza che, al pari di Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1, la concessione dell'*a. in factum* fosse da mettere in relazione ai dubbi sulla portata e sul contenuto dell'obbligo di *dare* e dunque circa l'impiego della *condictio*, derivanti dal ricorso a una *mancipatio nummo uno* per il trasferimento del servo (vol. II, cap. IV § 5). Dubbi che peraltro avrebbero potuto «sorgere pure nel caso in cui con qualche Sabiniano si volesse dare l'*actio empti*». Al di là di ogni possibile considerazione in relazione al ventilato ricorso all'atto mancipatorio con prezzo simbolico, è davvero superfluo sottolineare che, a differenza di Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1, nel caso qui esaminato il ricorso alla *condictio* era molto più semplicemente da escludersi in ragione del tipo di prestazione eseguita dal contraente evitto (manomissione del servo) la quale non ammetteva ripetizione. Per una più approfondita riflessione sull'azione *in factum* richiamata da Ulpiano vd. *infra* § 3 in questo stesso cap.

do[22] la propria decisione con la circostanza che l'operazione realizzata tra le parti veniva a integrare gli estremi del contratto o, meglio, di quella particolare fattispecie contrattuale che Aristone chiamava συνάλλαγμα[23] e dalla quale nasceva, per l'appunto, la suddetta azione (*unde haec nascitur actio*).[24] Circostanza, questa, che avrebbe reso non necessaria (*sufficit*)[25] la predisposizione di un'apposita *actio in factum* secondo quanto diversamente proposto da Giuliano. Al-

[22] Per un'attribuzione della paternità dell'osservazione '*quod-dicit*' a Ulpiano piuttosto che a Mauriciano vd. F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena 1891, 68; così («non può non attribuirsi ad Ulpiano») anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 216 s., 221; ritiene praticabili entrambe le ipotesi F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 115, il quale non esclude neppure la possibilità di un intervento di sintesi da parte dei commissari giustinianei.

[23] Da questo punto di vista deve ritenersi del tutto ininfluente la questione se *contractum* debba essere qui inteso come forma participiale di *contrahere* o (come pare più probabile) quale forma sostantivale (così R. SANTORO, *Il contratto* cit., 216, 220). Né a quest'ultima eventualità è seriamente di ostacolo il successivo uso del pronome neutro '*quod*': così, giustamente, già B. ALBANESE, *'Agere' 'gerere' e' contrahere' in D. 50 16. 19. Congetture su una definizione di Labeone*, in SDHI 38, 1972, 237 nt. 64; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 57; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 93 nt. 8, 114; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 341. In nessun caso verrebbe a profilarsi una sfasatura tra il tratto in questione '*esse enim*-συνάλλαγμα *dicit.*,' in cui sarebbe posta una sinonimia tra la categoria del συνάλλαγμα e quella del *contractus*, e la precedente affermazione '*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα *esse*', in cui la prima categoria pare circoscritta alle ipotesi indicate, secondo quanto invece sostenuto da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 107 ss. D'altra parte è lo stesso autore a riconoscere (108 nt. 139) che sarebbe sufficiente tradurre vi è «"un" contratto al posto de "il" contratto» per «evitare una vera e propria sinonimia» tra *contractus* e συνάλλαγμα. Non sembra comunque vi siano margini (così invece T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 109) per intendere il '*quod*' come congiunzione causale, anziché come pronome relativo neutro ('cosa che'), configurando così una proposizione causale soggettiva, con una proposta interpretativa che può stare in piedi solo a patto di ritenere sottinteso l'infinito '*esse*' (*quod Aristo* συνάλλαγμα <*esse*> *dicit*), come del resto si desume dalla traduzione suggerita dallo studioso: «affermò esservi contratto, poiché Aristone disse esservi il συνάλλαγμα».

[24] Eccessivi i sospetti sulla chiusa espressi, seppur con cautela, da H. ERMAN, *Recht und Praetor*, in ZSS 25, 1904, 338, dovendosi ritenere tutt'altro che banale la precisazione in essa contenuta.

[25] Così anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 182; C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno* cit., 459; ID., *Labeone, Aristone* cit., 73; da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425; sostanzialmente senza seguito la proposta avanzata da E. BETTI, *Sul valore* cit., 28 nt. 2, di interpretare il verbo nel senso di «spettare, competere»; si sarebbe trattato di un uso postclassico secondo G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 6, in ZSS 66, 1948, 369 s.; pur con cautela, suggerisce di interpretare *sufficere* nel senso di «"sostituire", "mettere al posto di", "eleggere in luogo di"» C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 95 nt. 201.

meno così in base a quella che sembra costituire l'interpretazione più plausibile della motivazione mauricianea (*ille ait* […] *esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit* rell.), nei termini in cui è riferita da Ulpiano.[26]

È inutile dire che sulla genuinità complessiva del testo è possibile registrare oggi un generale accordo tra gli studiosi. Le riserve di quanti mettevano in dubbio il ricorso all'*actio civilis incerti* da parte di Aristone, Mauriciano e Ulpiano, prospettando piuttosto un impiego dell'*actio empti*,[27] debbono ormai ritenersi definitivamente consegnate al passato.[28] Anche a voler ammettere una militanza di Aristone all'interno della scuola sabiniana[29] – circostanza tutt'altro

[26] Al riguardo vd. *infra* § seg., nonché vol. II, cap. V § 2.

[27] Così S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 s. nt. 1, con richiamo al verbo *sufficere*, incongruente per l'*a.p.v.* («riferito all'*actio p.v.* è assurdo») e invece coerente con l'impiego dell'edittale *actio empti*; così («basta un'azione già esistente senza che il pretore ne accordi una nuova») anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 113 s., 202, ove però non si esclude, come si è detto (*supra* nt. 7), il ricorso all'*a. auctoritatis*; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 390, su cui vd. anche *infra* nt. 40, ove si prende egualmente in considerazione un impiego dell'azione di ripetizione; sempre per l'*a. empti*, ma escludendo il ricorso alla *condictio*, essendo quest'ultimo il mezzo su cui si reggeva la contrapposta teorica celsina di Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 45 s.; nello stesso ordine di idee anche P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 323 ss.; in qualche modo l'idea è stata ripresa, com'è noto, da M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 264 s., in un quadro ricostruttivo per la verità assai articolato, in cui si tende diversamente a segnalare la distanza tra Mauriciano e Aristone anche con riferimento alle fattispecie prese in esame dai due giuristi. Da questo punto di vista, la vicenda cui si riferirebbe il più tardo giurista, a detta dello studioso, non sarebbe riconducibile né all'ipotesi del *do ut des*, né a quella del *do ut facias*, essendosi quest'ultima «esaurita con la consegna dello schiavo Stico in luogo della manomissione di Panfilo». Per fare valere «gli effetti perduranti del contratto» derivanti dalla successiva evizione di Stico, Mauriciano, andando «oltre l'opinione di Aristone», avrebbe concesso «un'azione modellata sull'*actio empti*». Quanto ad Aristone, non potendosi dire nulla di preciso rispetto alla fattispecie concreta oggetto della *reprehensio*, le conclusioni dell'autore sembrano orientarsi nel senso di un ricorso diretto all'*actio empti* e *locati*, per i casi rispettivamente di *do ut des* e *do ut facias* (ammesso che quest'ultimo fosse «stato effettivamente da lui preso in considerazione»).

[28] Per la genuinità dell'*a. civilis incerti* vd. già P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 s. nt. 2; ID., *Il contratto* (*Scritti* 3) cit., 130; una critica alle posizioni di Perozzi e de Francisci si trova in J. PARTSCH, Rec. a P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., in ZSS 35, 1914, 337 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 23 s. e ivi nt. 1, ove si rimprovera ad entrambi gli autori di aver scambiato «il punto di vista analogistico (Proculiano) di Aristone […] col punto di vista opposto Sabiniano (anomalisitico)»; contrario all'ipotesi di un riferimento ad azione tipica anche B. BIONDI, *Contratto* cit., 94.

[29] S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 nt. 1 («Aristone come sabiniano»).

che certa –,[30] non vi sono comunque elementi specifici per ipotizzare un contrasto interno alla stessa scuola. Soprattutto non vi sono ragioni per ritenere che oggetto del contendere fosse la possibilità di riconoscere come prezzo della compravendita anche un *facere*, con una soluzione che avrebbe comportato un significativo allargamento della prospettiva anomalista sabiniana, giudicato ammissibile da Aristone[31] e invece ritenuto impraticabile dal più prudente Giuliano.[32]

Non ci sono attestazioni in tal senso e sarebbe solo suggestivo invocare l'accostamento tra scambio di *operae fabriles* e *permutatio* che si trova delineato in Marcian. 3 *reg*. D. 19.5.25.[33] Così come, soprattutto, non pare legittimo argo-

---

[30] Sulla questione vd. *infra* § 2.1.

[31] S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 s. nt. 1 («se equivaleva al prezzo il dare una cosa, doveva equivalervi nella sua opinione anche un *facere* […] Aristone […] ammetteva come vendita sia il *do uti des* che il *do uti facias*»); adesivamente P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 123.

[32] S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 s. nt. 1 («contrario alla teoria di Aristone dava a scopo di risarcimento un'*actio in factum*»); seguito, come si è detto, da P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 123.

[33] Marcian. 3 *reg*. D. 19.5.25: *Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si paenulas dedisset, ut tunicas acciperet nec esse hoc contrarium, quod, si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt. nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari iure gentium possumus: quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt*. Sul brano vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 167 ss.; per una configurazione delle *operae fabriles* da parte dei giuristi classici in termini di *res*, come tali ripetibili mediante *condictio certae rei* (di *genus*), vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 78 ss., il quale, pertanto, anche alla luce della diversa soluzione attestata in Marc. 3 *reg.* D. 12.6.40.2, riteneva interpolato il brano di Marciano nella parte in cui non si ammette l'impiego della *condictio* (*ipsae repeti* [non possunt] *debent*), con una diagnosi che però finisce per svilire il significato complessivo del testo, rendendo non più apprezzabile la contrapposizione volutamente evidenziata dal giurista severiano tra i presupposti di esercizio dei due rimedi processuali (*a.p.v.-condictio*), con l'intento, sembrerebbe, di prevenire possibili critiche alla decisione di concedere l'*a.p.v.*; critico rispetto alla soluzione di Marciano di concedere l'*a.p.v.* P. VOCI, *La dottrina* cit., 263 e ivi nt. 4, il quale pensa piuttosto all'originario impiego dell'azione *in factum* pretoria sulla scia di Giuliano, nell'ambito di una diagnosi che salva ben poco del brano, espungendo l'intero tratto '*non esse hoc contrarium-repeti possunt*'; la «scorrettezza formale del testo» non impedisce di ritenere sostanzialmente genuino il riferimento all'*a.p.v.* secondo A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 151 s.; ID., *Sul riconoscimento* cit., 63 e ivi nt. 119, ove dubbi sulla frase '*nam-possumus*' («indubbiamente illogica nella sua attuale stesura»); sempre in favore della genuinità del brano vd. G. MANCINETTI, *Et ideo nec volens quis reddere potest. Osservazioni sulla causa operarum*, in BIDR 103-104, 2001 (pubbl. 2009), 420 ss., con efficace sintesi delle diverse proposte interpretative affacciate in dottrina. Sulla questione della ripetizione delle *operae fabriles* vd. anche vol. II, cap. IV nt. 67.

mentare *a contrario* dell'esistenza di un diverso orientamento sabiniano sulla base di Nerat. 1 *resp.* D. 19.5.6,[34] ove il giurista proculeiano esclude la vendita nel caso in cui le parti avessero previsto la prestazione di un'opera lavorativa in luogo del pagamento del prezzo (*insulam hoc modo, ut aliam reficeres, vendidi*).[35] Tanto più che tale ipotesi finirebbe per non tenere conto di Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19.1.6.1,[36] nel quale è egualmente riferito il punto di vista di Nerazio, ma in un contesto informativo che non sembra lasciare significativi spazi alla congettura

[34] Nerat. 1 *resp.* D. 19.5.6 '*insulam hoc modo, ut aliam reficeres, vendidi. Respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est*'. Per un'identificazione dell'azione qui concessa da Nerazio con l'*a.p.v.* piuttosto che con l'*a.c.i.* vd. F. GALLO, *Sulle tracce* cit., 34, che così argomenta in considerazione del fatto che qui mancherebbe la prestazione costituiva del sinallagma (*datio*), che starebbe alla base dell'azione aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.*; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, 121 nt. 135; più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'. Verso un'unità sistematica*, Napoli 2020, 19 ss.; in senso contrario, coglie un riferimento all'*a. civilis incerti* aristoniana, piuttosto che all'*a. in factum p.v.* labeoniana, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 31, che propone di aggiungere la frase *et mancipio dedi* subito dopo *vendidi*; incerto, con una propensione verso il modello proculeiano dell'*a.p.v*. C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 109 nt. 41. Per una diagnosi interpolazionistica vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 78, con un punto di vista che finisce però per enfatizzare oltre misura la testimonianza di Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19.1.6.1 (riportato in nt. 36), ove il mancato riferimento all'azione non è certamente tale da giustificare i sospetti rivolti dall'autore verso la frase conclusiva '*sed-agendum est*', per quanto possa certo costituire ragione di riflessione il brusco passaggio al discorso diretto (*respondit* […] *nullam esse, sed* […] *agendum est*); sempre per l'interpolazione vd. V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 52 s., che pensa a un impiego della *condictio*; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 311 s.

[35] Così S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 nt. 1; senza alcuna base testuale, di «esplicito rifiuto della costruzione Sabiniana della fattispecie quale *emptio venditio*» discute E. BETTI, *Sul valore* cit., 34, con un punto di vista che verrà mantenuto anche in ID., *Istituzioni* 2 cit., 328; condivide nella sostanza l'interpretazione di Perozzi relativamente a Nerat. 1 *resp.* D. 19.5.6. («Neratius sicher einer sabinianischen Meinung widerspricht») J. PARTSCH, *Das Dogma* cit., 17 nt. 37, il quale però esclude che lo stesso potesse valere per Ulp. 4 *ad ed.*, essendo qui presa in esame un'ipotesi di *datio ob causam*, che a detta dello studioso non sarebbe mai rientrata all'interno dell'*emptio venditio*, neppure per i Sabiniani, i quali avrebbero semmai ammesso un'assimilazione alla vendita della sola permuta obbligatoria, caso di cui si sarebbe appunto occupato Nerazio in *l.* 1 *resp.* («handelt es sich um den Fall, daß ein Haus verkauft wird, indem als Kaufpreis die Leistung der Reparatur eines andern Hauses ausbedungen wird, eben nicht um *datio*, wie zweifellos im Falle D. 2.14.7.2»); da ultimo F. GALLO, *Sulle tracce* cit., 34 («La rappresentazione in termini di vendita […] corrispondeva all'indirizzo […] accolto nella scuola sabiniana»).

[36] Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19.1.6.1: *Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias: si autem hoc solum, ut reficeres eam convenisset, non intellegitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit.*

di un contrasto di scuola, e dal quale pare semmai delinearsi l'esistenza di un concorde indirizzo interpretativo che, approdato sino a Pomponio, non senza aver prima ricevuto l'approvazione anche da parte del giurista proculeiano (*ut et Neratius scripsit*), prendeva nettamente posizione contro l'ammissibilità di una *emptio venditio* a fronte di vicende negoziali in cui l'obbligazione del compratore di *dare nummos* fosse stata integralmente sostituita da una prestazione di *facere*.[37]

Non è d'altra parte seriamente credibile che un aspetto così qualificante possa essere stato affrontato senza lasciare alcuna traccia nel pur vivace dibattito in tema di permuta e compravendita che, per buona parte dell'epoca classica, aveva visto schierati su fronti opposti gli autori delle due scuole e che ancora in piena età severiana avrebbe ricevuto l'attenzione della cancelleria imperiale, impegnata in un tentativo di recupero della proposta mediatrice di Celio Sabino[38] la cui conoscenza dobbiamo a Gai 3.141.[39]

Egualmente superato deve poi il ritenersi il punto di vista di chi aveva diver-

---

[37] Così A.M. GIOMARO, *Problematiche generali su obbligazioni e contratti nell'antica Roma*, Fano 2014, 153; P. ARCES, *Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.79. Un caso di ius controversum in Giavolen*o, in L. SOLIDORO, M. SCOGNAMIGLIO, P. PASQUINO (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018, 123 e ivi nt. 21.

[38] Si veda in tal senso C. 4.64.1 (Gord., a. 238). Per un'analisi della testimonianza rinviamo, con letteratura, a G. ROMANO, *Celio Sabino e la venalis possessio di C. 4.64.1 (Gord., a. 238)*, in D@S-Tradizione romana 10, 2012, 1-17. Per una diversa valutazione vd. E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 220 ss. Più in generale sul carattere compromissorio o meno della proposta del giurista sabiniano rispetto alle vedute proculeiane rinviamo sempre a G. ROMANO, *Celio Sabino* cit., 10 nt. 13; più di recente, anche qui con resoconto delle principali posizioni affacciate al riguardo in dottrina, G. NICOSIA, *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in IVRA 62, 2014, 28 ss.; G. FALCONE, *La trattazione* cit., 43 s.

[39] Gai 3.141: *Sed ait Coelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum,* [*acceperim et*] *pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur*. Sul brano ci limitiamo qui a segnalare, con ampia rassegna bibliografica, E. STOLFI, *Il modello delle due scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI 63, 1997, 57 ss.; C. CASCIONE, *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 386 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 208 ss.; ulteriori indicazioni, anche con riferimento ai vari problemi che il brano ha posto sul piano della ricostruzione testuale, possono trovarsi in G. ROMANO, *Celio Sabino* cit., 9 nt. 11; più recentemente vd., con accurata ricostruzione anche delle vicende editoriali del testo, G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 17 ss., soprattutto 24 ss., ove si propone di mantenere le parole '*acceperim et*', considerando il precedente tratto '*tibi venalem habenti*' alla stregua di un «inciso parentetico»; G. FALCONE, *La trattazione* cit., 40 s. e ivi nt. 4.

samente pensato al ricorso alla *condictio* (*certae rei*),[40] con un'eventualità che non tiene però conto della specificità della fattispecie presa in esame nel brano, in cui a essere in discussione era il tipo di tutela da accordare al contraente evitto che avesse manomesso il proprio servo e dunque al prestatore di un *facere*.[41] Se si è potuto pensare alla *condictio* è solo perché l'ipotesi è stata costruita ad arte sulla sola parte iniziale del § 2, sino alle parole *dedi ut aliquid facias*,[42] ignorando deliberatamente tutto il seguito del discorso ulpianeo, sotto il pretesto di un'integrale falsificazione bizantina.[43] Che i compilatori possano essersi presi la briga di inventare di sana pianta la vicenda oggetto della *reprehensio* è però congettura del tutto inammissibile.[44] Per restituire un minimo di credibilità all'ipo-

[40] Così G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 158; J. PARTSCH, Rec. a P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 337; un'apertura in tal senso può rinvenirsi in P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 230, 390 («ove si ritenga che Celso e Aristone ammettessero entrambi la sola *condictio* […] cosa ch'io non escludo»); per l'applicazione della *condictio* (*ob causam*) anche A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über dem Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930, 107 ss. Va detto che, tra gli studiosi più recenti, l'idea di un impiego della *condictio* sembra aver fatto presa su S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 335, con un argomentare che per un verso chiama in causa, a nostro avviso non congruamente, TPSulp. 31, per altro, non tiene conto della vicenda concreta affrontata nel brano di Ulpiano qui in esame: in proposito vd. vol. II, cap. V § 6 e in particolare, per il punto di vista dell'autrice, nt. 344.

[41] Contro la possibilità di un utilizzo della *condictio* da parte di Aristone si era già pronunciato E. BETTI, *Sul valore* cit., 24, senza che venisse però evidenziata l'inadeguatezza dell'azione di ripetizione per il caso in questione. Piuttosto, secondo lo studioso, doveva ritenersi inverosimile che Aristone potesse affidarsi alla *condictio* e dunque proprio allo strumento prescelto dall'indirizzo celsino (D. 12.4.16), contro il quale egli prendeva qui posizione (*Aristo Celso respondit*). In più vi ostava anche l'estraneità della *numeratio* (e con essa della *condictio*) alla nozione labeoniana di *contractum*-συνάλλαγμα di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, dalla quale la dottrina aristoniana pur derivava.

[42] Per la quale non era certo incongruente prospettare un impiego della *condictio* (a favore del primo esecutore). Che la *condictio* potesse rappresentare un tutto sommato valido strumento di tutela era del resto ammesso (ancorché con specifico riferimento al caso del *do ut des*) anche da A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 259.

[43] Emblematico risulta, sotto quest'aspetto, l'atteggiamento di A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 107 nt. 22 («Der Rest ist ohne Interesse und stark verfälscht»).

[44] Per una profonda trasformazione del brano ulpianeo, ma in termini che non toccano la questione della tutela del contraente evitto, vd. G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 157 s., che oltre ad uncinare la frase '*hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem*', sopprimeva il tratto '*Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc*', nonché l'intera chiusa a partire dalle parole '*ille ait civilem incerti actionem'*. Questo il testo originale di fronte al quale si sarebbero probabilmente trovati i commissari di Giustiniano: Dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dan-

tesi di un'azione di ripetizione, sarebbe stato quantomeno necessario orientarsi verso la (oggi meno discussa) *condictio incerti*,[45] il cui impiego si sarebbe presentato anch'esso, peraltro, non poco problematico.[46] Da quest'ultimo punto di vista, occorre infatti tenere presente che l'azione sarebbe stata qui intentata contro un soggetto che a stretto rigore non poteva ritenersi beneficiario della prestazione di *facere* concordata (*manumissio*) e che, proprio per tale ragione, non poteva essere chiamato alla sua restituzione (seppur in termini meramente monetari).

Neppure sembra che in una prospettiva interpolazionistica si possa qui pensare all'impiego dell'*a. fiduciae* (in questo caso *contraria*), sul presupposto ovviamente di una *mancipatio fiduciae causa*, recuperando un'ipotesi che è stata in verità affacciata in dottrina con riferimento a Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.3-4,[47]

---

dam*: <haec autem actio multum differt a bonae fidei iudicio. Illic enim praescriptis verbis rem gestam demonstramus velut hoc modo 'quod ille ab illo illam rem emit', deinde sic intendimus 'quidquid illum illi dare facere oportet ex fide bona'. in factum autem agentes id quod factum esse dicimus in intentione complectimur, veluti hoc modo 'si paret illum illi Stichum mancipio dedisse, ut*>. Ricostruzione che prova a sfruttare, com'è ben evidente, (e per questa via anche a giustificare) la descrizione dell'*actio civilis incerti* (*id est praescriptis verbis*) fatta da Stefano nel già citato sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.7.

[45] Al riguardo vd. *infra* cap. III § 3.

[46] Ne escludeva l'utilizzo, come si è visto (*supra* cap. I nt. 132), J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85.

[47] Così M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 26, in termini in effetti non molto limpidi, che fanno pensare a una sovrapposizione con la differente fattispecie affrontata in Ulp. 71 *ad ed*. D. 39.5.18 pr. (sul brano vd. vol. II, cap. V § 4). Si legga il pensiero di Sargenti: «Proculo era ben lontano dal costruire la fattispecie *do ut manumittas* come una fattispecie generatrice di un *ultro citroque obligari* […] si potrà discutere se, parlando genericamente di *repetitio*, il giurista avesse in mente la *condictio* o se, potendosi configurare la *datio* dello schiavo *ut manumitteretur* come una *mancipatio fiduciae causa*, l'azione di ripetizione fosse l'*actio fiduciae*, secondo quanto è stato suggerito a proposito di un altro testo che prospetta con maggiori particolari la stessa fattispecie». È appena il caso di osservare che in Ulp. 26 *ad ed.* i margini per ammettere il ricorso alla *mancipatio fiduciae causa* sono ancora più stretti, visto che in cambio della manomissione del servo, a differenza di Ulp. 4 *ad ed.*, è qui previsto il pagamento di una somma di denaro, come parrebbe desumersi dalla struttura narrativa del frammento (pr.: *Dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur* […] § 1 *Idem erit et si tibi dedero*), nonostante il più generico modo di esprimersi del § 3: *an repeti quod datum est possit*: ciò mal si coordina con l'ipotesi di una *mancipatio fiduciaria*. Se Sargenti ha preso in considerazione l'ipotesi di un impiego dell'*a. fiduciae*, lo si deve in larga misura, come si è visto, all'accostamento con la vicenda di Ulp. 71 *ad ed*. D. 39.5.18 pr.: ma in Ulp. 26 *ad ed.* non è in discussione il caso della «*datio* dello schiavo *ut manumitteretur*» come pur scriveva l'autore.

per una vicenda che, almeno dal punto di vista causale, si mostra però del tutto analoga a quella affrontata in Ulp. 4 *ad ed.* [48]

L'ipotesi è interessante e in qualche modo invita a riflettere sul (più generale) tema del rapporto tra *a.p.v.* e *leges mancipii* che aveva attirato già l'attenzione di Pernice.[49] In concreto appare però assai difficile da sostenere: e non può certo ritenersi un caso se non sia stata mai presa in considerazione da quanti hanno ammesso un impiego dell'istituto fiduciario per scopi diversi da quelli espressamente indicati in Gai 2.60.[50] Il punto è che si sarebbe venuta qui a presentare una significativa deviazione dallo schema, già di per sé controverso, della *fiducia manumissionis causa*, che, nelle sue applicazioni, doveva portare all'affrancamento dello stesso schiavo oggetto di trasferimento,[51] mentre a dover essere qui manomesso era uno schiavo differente, appartenente allo stesso (si dovrebbe dire) fiduciario.

È inutile osservare che un'interpretazione del genere non potrebbe che condurre alla conclusione che l'intero § 2 costituisca un'integrale manipolazione dell'originario brano ulpianeo. Che però l'intera teoria del sinallagma aristoniano sia una falsificazione bizantina e che i giuristi romani si siano semplicemente

---

[48] D. 12.4.3.3-4 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poenitat: quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus cessare.* 4 *Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem defuncto quoque eo*. Sul brano rinviamo al nostro G. ROMANO, *Note a margine di Ulp. 26 ad ed. D. 12.4.3.3-4 (A proposito di una nota interpretazione di Filippo Gallo)*, in AUPA 52, 2007-2008, 177 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 229 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 111 nt. 44.

[49] Così («die lex mancipii konnte von jeher mit einer Klage geltend gemacht werden») appunto A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 95 s., adducendo in tal senso Gai. 3 *ad l. XII tab.* D. 2.14.48 *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*, ove doveva ritenersi interpolato il riferimento alla *traditio*; in proposito vd. anche E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Zweiter Band. Prätorisches richterliches kaiserliches Recht*, Berlin 1873, 150 s. nt. 30, con dubbi però sul fatto che si trattasse delle prime applicazioni dell'azione; più recentemente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 105 s., per il quale ciò potrebbe spiegare la centralità della *datio* nella teoria contrattuale aristoniana («[…] warum sich Aristo auf eine *datio* als Grundlage des Geschäfts beschränkt. Daher ist wahrscheinlicher, daß es sich bei diesem Geschäft um eine Fortentwicklung der uralten *leges mancipio dictae* handelt»).

[50] Un acceno alla questione in vol. II, cap. V § 4.

[51] Si pensi a Ulp. 71 *ad ed*. D. 39.5.18 pr. o a Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30. Su entrambi i brani, ma anche sul tema della *fiducia manumissionis causa*, vd. vol. II, cap. V § 4.

limitati a tutelare il fenomeno delle deviazioni dallo schema causale tipico dilatando l'ambito applicativo o le capacità funzionali delle varie azioni edittali di riferimento o al più attraverso un loro adattamento in *factum*, secondo logiche assimilative o analogiste, al di fuori dunque di un procedere per *deductionem* (di categorie generali), è un'ipotesi che si fa però davvero fatica ad accettare e significherebbe solo privare la giurisprudenza romana di una delle elaborazioni dottrinali più feconde che siano state mai messe a punto, per attribuirle a uno sconosciuto (ma certo non sprovveduto) interprete bizantino.

Perplessità semmai continuano a persistere in relazione alla genuinità del tratto '*id est praescriptis verbis*', rispetto al quale può considerarsi senza dubbio prevalente l'ipotesi di un'alterazione testuale,[52] non necessariamente da imputarsi a un intervento da parte dei commissari di Giustiniano.[53] Pure in questa circostanza non sono però mancate prese di posizione in difesa dell'inciso,[54] le quali anzi, negli ultimi anni, sembrano essersi decisamente intensificate.[55] In

[52] In aggiunta ovviamente agli autori indicati *supra* alle ntt. 27 e 40, contro la genuinità dell'inciso vd. O. LENEL, *Pal.* 2.432 nt. 1; P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 nt. 2; ID., *Il contratto* (*Scritti* 3) cit., 130; (ovviamente) E. BETTI, *Sul valore* cit., 21; C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 605; A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 195 s.; R. SOTTY, *'Condictio incerti', 'actio ex stipulatu' et 'actio praescriptis verbis'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli 1984, 2490, in considerazione del fatto che le due locuzioni alluderebbero a due differenti modelli processuali (vol. II, cap. IV nt. 49); spurio il riferimento anche per M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 101; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 134, 136; ID., *Sulle nozioni* cit., 65; ID., *Divagazioni* cit., 343; dubbioso invece F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 118, il quale ritiene però «probabile che i compilatori abbiano raccorciato il resoconto ulpianeo»: una maggiore propensione in favore della genuinità sembra cogliersi in ID., *Contratto e atto secondo Labeone* cit., 29.

[53] Si orienta per un'origine glossematica R. SANTORO, *Il contratto* cit., 219, non avendo però l'autore alcuna incertezza sul fatto che «l'azione concessa da Mauriciano sia appunto un'*actio praescriptis verbis*»; negli stessi termini R. FERCIA, *Il fieri* cit., 24, 69 nt. 182.

[54] Se si fa eccezione naturalmente per gli studiosi più risalenti, i quali non avevano motivo di dubitare che a essere qui impiegata fosse l'*a.p.v.*, uno tra i primi a ritenere non necessariamente sospetto l'inciso, anche dal punto di vista formale, fu F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 69.

[55] Per la genuinità C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 45 nt. 14; ID., *Labeone, Aristone* cit., 47; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 151, che fa risalire a Ulpiano, se non allo stesso Aristone la qualifica; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 41 nt. 62; pensa a una contaminazione dell'*a. civilis incerti* di stretto diritto aristoniana mediante lo strumento dei *praescripta verba* labeoniani T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 180 ss., 184 ss., secondo il quale, con tale precisazione, Mauriciano avrebbe inteso «illustrare […] il modo in cui la formula di quell'azione avrebbe dovuto costruirsi»; G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 86 ss., 155, con attribuzione a Ulpiano; da ultimo anche L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 424, 428, che sembra propendere per una puntualizzazione di Mauriciano («forse artefice esclusivo dell'*id est praescriptis verbis*»), al pari dunque di dalla Massara, ma in

taluni casi, poi, si è addirittura arrivati a supporre che in origine il testo riportasse l'indicazione esatta dei *praescripta verba* giudiziali,[56] andando così a recuperare una congettura cautamente avanzata da Lenel nella prima edizione dell'Editto perpetuo, ma, com'è noto, lasciata cadere nelle edizioni successive, e che perdipiù riguardava (come avremo occasione di vedere) un caso di applicazione della (ripetitiva) *condictio incerti*, più che della contrattuale *a. civilis incerti* (*a.p.v.*): da qui, peraltro, l'idea (dello studioso tedesco) di una precisazione del *petitum* (sostanziale) anziché della *causa petendi* (come nell'*a.p.v.*).[57]

1.1. Quadro di sintesi sui principali punti controversi: collocazione accademica di Aristone; la questione dell'estensione del συνάλλαγμα aristoniano e della sua appartenenza al contratto; la causa tra funzione e prestazione costitutiva ('zweckbestimmte Leistung').

Molte e di varia natura sono le questioni che il brano continua a sollevare. Dubbi e interrogativi che non risparmiano la figura stessa di Aristone.[58] A partire dalla sua (notoriamente) controversa collocazione accademica nell'ambito delle scuole,[59] che ha indotto un significativo numero di studiosi, sulla scia di

---

un ordine che risulta ben differente per ciò che riguarda il 'rapporto' tra *a. civilis* e *a. p.v.*, identificate dall'uno (Garofalo), tenute distinte dall'altro (dalla Massara).

[56] Così, in una misura che va ben al di là del caso specifico, J. KRANJC, *Die actio* cit., 447, 456 («Mit großer Wahrscheinlichkeit kann man nämlich annehmen, daß der Jurist, der eine präskribierte Klage im konkreten Fall vorschlug, gleichzeitig auch die entsprechenden *praescripta verba* formulierte»); più di recente P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 41 e ivi nt. 62: «Auf den – auch von Ulpian noch gebrauchten – Zusatz *id est praescriptis verbis* folgte wohl ürsprunglich der genaue Wortlaut der *verba praescripta*, die erst von den Kompilatoren als überflussig gestrichen wurden».

[57] Così O. LENEL, EP,[1] 123 s., con riferimento a Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2: al riguardo e sul brano vd. *infra* cap. III § 3.

[58] Sul giurista vd. S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. Erster Band*, Heidelberg 1826, 328 ss.; più recentemente V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo di Titius Aristo*, in Ostraka 4.2, 1995, 315 ss., ove è peraltro affrontata, con esito positivo, la questione di una sua adesione, sul duplice piano gnoseologico e metodologico, ai dettami della scepsi accademica. Diversamente, prende posizione per una vicinanza a schemi delle correnti ciniche P. FREZZA, *Responsa e Quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in SDHI 43, 1977, 206; A. MANTELLO, *I dubbi* cit., *passim*; E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 511 ss.

[59] Per l'appartenenza alla scuola sabiniana S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 1 cit., 318; come si è

Pothier,[60] a ipotizzare una sostanziale indipendenza da entrambe,[61] pur parten-

già osservato, S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 282 nt. 1; tra gli altri, M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in Studi Cagliari 43, 1964, 182 nt. 192, di cui occorre però valutare il diverso punto di vista successivamente manifestato in ID., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione.* Seminario ARISTEC per B. Kupisch, Roma, 20-22 giugno 2002, Torino 2006, 54 («giurista indipendente, ma di certo più vicino alle impostazioni dei *diversae scholae auctores* che ai *nostri praeceptores* di Gaio»); M. BRETONE, *Storia del diritto romano*,[8] Roma-Bari 1993, 258; O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre in der römischen Jurisprudenz*, in ZSS 112, 1995, 235 nt. 52; ID., *Die condictio causa data causa non secuta. Ihr familienrechtlicher Tatbestand im klassischen Bereicherungsystem und ihre Erweiterung zur Kondiktion wegen Zweckverfehlung unter vorklassischem Einfluss*, in H.G. KNOTHE, J. KOHLER (a cura di), *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001*, München 2001, 50; al contrario, credono a un'adesione all'indirizzo proculeiano J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio juridica inauguralis de Tito Aristone, jurisconsulto romano*, Lugduni Batavorum 1829, 16 s.; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 51; E. BETTI, *Sul valore* cit., 26 nt. 1; P. FREZZA, *Responsa* cit., 205.

[60] A.R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus primus*, Parisiis 1818, XXIX s. («magis putarem […] neutri sectae addictum eum fuisse»).

[61] Nel senso di una estraneità a entrambe le scuole vd. A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 628, su cui vd. *infra* nt. 177; A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Erster Band*, Halle 1873, 91; A. LONGO, *Titius Aristo. Contributo alla storia della giurisprudenza romana nell'età traianea*, in Antologia giuridica 2, 1887, 310 ss., che invoca a tal proposito anche le parole di Plinio (*haesitavit*, *dubitavit diversitate ratione*), che più si addicono a uno «studioso indipendente e spregiudicato» che al «seguace di una scuola», di regola incline a seguire «tendenze settarie»; senza contare che non si tratterrebbe neppure dell'unico caso di estraneità a una delle due *sectae*, potendosi da questo punto di vista addurre l'esempio di Pedio (314 nt. 1), aderendo così alle conclusioni di C. FERRINI, *Sesto Pedio*, in RISG 1, 1886 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere* 2 cit., 46; E. COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano-Torino-Roma 1909, 94 s.; di «spirito vivace ed indipendente» discute P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 115 ss. nt. 2; nello stesso ordine di idee, tra gli studiosi più recenti, vanno segnalati V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculeiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 39; ID., *Il probabilismo* cit., 329 s. e ivi ntt. 118-119, il quale trae argomenti dall'assenza di Aristone tra gli scolarchi ricordati da Pomponio, giudicata scarsamente compatibile con l'ipotesi di un'adesione a una delle due scuole, tenuto conto della statura, non solo scientifica, del giurista; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 136 s.; E. STOLFI, *Il modello* cit., 14 ss.; ID., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in RDR 1, 2001, 375, al quale peraltro si rinvia per ulteriori ragguagli bibliografici; ID., *Studi* 1 cit., 511 s.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 31 s. nt. 21; («giurista coscientemente autonomo») C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 63 nt. 131; con cautela sembra orientarsi per una indipendenza da entrambe le scuole anche M. ARTNER, *Agere praescriptis*

do da una probabile formazione sabiniana,[62] sino al connesso tema dei suoi rapporti con Celso, da taluni ritenuto suo allievo.[63] Si tratta di aspetti certamente non del tutto marginali, soprattutto ai fini di una più puntuale ricostruzione dei contorni della vicenda nella quale sarebbe maturata la risposta al giurista proculeiano. Da questo punto di vista, infatti, il brano di Ulpiano, nella sua estrema stringatezza espositiva, non fornisce informazioni sufficienti per stabilire se essa vada inquadrata nell'ambito di un dibattito accademico,[64] condotto magari an-

verbis cit., 104; in mancanza di dati che consentano un preciso inquadramento, pensa a una formazione sabiniana, aperta a insegnamenti della opposta scuola, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 90; ID., *Contratto e atto* cit., 26, ove si condivide piuttosto l'ipotesi di una posizione di «indipendenza dalle due scuole», successiva a un periodo di formazione presso la scuola di Cassio, dal cui insegnamento sarebbe rimasto comunque «influenzato»; «sostanzialmente "indipendente", ma comunque senza dubbio vicino alla scuola sabiniana» per R. FERCIA, *Il fieri* cit., 5.

[62] Così soprattutto Pomp. 11 *var. lect.* D. 4.8.40 '*Cassium audisse se dicentem Aristo ait*', in cui il giurista si professa *auditor* di Cassio Longino. In proposito vd., con accurata discussione di fonti e letteratura, A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 301 ss.; V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo* cit., 329, il quale segnala una non rara adesione di Aristone alle opinioni dello scolarca sabiniano. Per un avvicinamento in età più matura a posizioni proculeiane e a esponenti di quella scuola, come Nerazio, vd. sempre V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo* cit., 329, il quale, a questo proposito, adduce proprio il «recupero della teoria labeoniana del *contractus* come συνάλλαγμα»; nel senso di un vero e proprio passaggio alla *secta* rivale vd. R. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early Roman Empire. A study of relations between the Roman jurist and the emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989, 218 ss.; critico R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 31 nt. 21; sulla questione vd. anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 280 s. («*auditor* di Cassio Longino e probabilmente per un certo tratto di tempo vicino agli ultimi maestri proculiani»); ID., *La causa del contratto* cit., 212.

[63] In tal senso («forse *auditor* dello stesso Aristone»), invocando anche Pomp. 18 *ad Q. Muc.* D. 40.7.29.1 ('*sed verissimum est, quod Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam ab intestato*'), A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 150 e ivi nt. 213, il quale si spinge sino a collocare il «discepolato aristoniano di Celso» negli anni della sua giovinezza, in ogni caso prima del 106-107, periodo in cui dovrebbe aver rivestito la pretura e prima anche della redazione dei *libri digestorum*; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 210; P. CERAMI, *'Vulgaria actionum nomina' ed 'agere praescriptis verbis' in D. 19.5.2 (Cels. 8 dig.)*, in IVRA 33, 1982, 124 nt. 13; con cautela V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi* cit., 39; ID., *Il 'probabilismo'* cit., 329 («molto probabilmente, maestro di Celso figlio»), 332.

[64] Nel senso di un responso accademico vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 123; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 115 s.; P. CORNIOLEY, *De la "sponsio"* cit., 2923; B. BIONDI, *Contratto* cit., 91, 95; P. COLLINET, *L'invention du contrat innommé: le responsum d'Ariston (D. 2.14.7.2) et la question de Celsus (D. 12.4.16)*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene 1934, 95; («dal respondit non si deduce affatto un contrasto […] ma solo la richiesta di un parere») A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 142 nt. 191, 150 nt. 211, il quale, più che pensare a un consulto su un caso concreto (secondo quanto congetturato da de Francisci), ritiene con decisione che «si

che in via epistolare,[65] secondo una prassi certo non inconsueta fra i giuristi;[66] o se vada piuttosto intesa come espressione di una più marcata divergenza di opinioni dai toni forse anche polemici,[67] come il testo lascerebbe in effetti sup-

dovesse trattare di un responso di ampio respiro teorico»; più cauta la posizione espressa in ID., *La scrittura* cit., 150, ove è l'autore a sostenere che risulta «arduo valutare» se il *respondit* alluda ad un semplice "responso" di tipo didattico, oppure alluda a una vera e propria replica in un dibattito di scuola»; punto di vista ribadito in ID., *'Ius'* cit., 356; P. CERAMI, *'Vulgaria actionum nomina'* cit., 124 ss.; a un «colloquio costruttivo (magari a distanza)» piuttosto cha «ad uno spirito polemico» pensa anche S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 454.

[65] Così A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 307 s.; sempre nell'ottica di uno scambio epistolare tra i due giuristi V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'* cit., 329 nt. 125; così in definitiva, da ultimo, P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 127 ss., il quale ritiene «ingiustificata» l'ipotesi di una divergenza di opinioni tra i due giuristi, pensando piuttosto a un «fruttuoso scambio di idee». Di «corrispondenza epistolare» discute anche C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 47 ss., seppur in un'ottica che tende a tenere contrapposte le posizioni dei due giuristi: in proposito vd. anche *infra* nt. 67.

[66] In relazione alla prassi che vedeva i più eminenti giuristi rilasciare responsi in via epistolare a giuristi (per lo più) minori che si fossero loro rivolti, prassi che peraltro si tradusse a livello epistemico-letterario nella pubblicazione di *libri epistolarum*, forse anche da parte dello stesso Giuliano o di suoi allievi, vd. A. GUARINO, *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano*, Napoli 1983, 180 s.

[67] Per questa interpretazione del *respondit* impiegato nel testo ulpianeo («*ribatte* a Celso») vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 24, ove ci si orienta per una polemica maturata all'interno della stessa scuola proculeiana; sempre nel senso di un contrasto di opinioni V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 46; C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 615; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, 14; C.A. CANNATA, *Sulla divisio* cit., 65; ID., *Lo splendido autunno* cit., 459 nt. 96 («Aristone criticò Celso […] in una lettera a lui indirizzata»); G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 212 nt. 515; in quest'ordine di idee vd. M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 29 nt. 83, il quale osserva che se Celso avesse realmente richiesto il parere di Aristone, una volta ottenutolo, vi si sarebbe con tutta probabilità adeguato, se non altro per rispetto nei confronti dell'anziano giurista. Del resto, che senso avrebbe avuto rivolgersi ad Aristone, se Celso avesse avuto già una precisa opinione, peraltro così netta da non essere neppure intenzionato a modificarla? In senso adesivo L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione* cit., 361; di una «presa di posizione, assai energica […] assunta nei confronti di una diversa veduta, evidentemente prospettata nella domanda di Celso», discute F. GALLO, *Sulle tracce* cit., 26; in base anche a Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, si orienta per l'ipotesi di una controversia pure M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 104 nt. 181; a una «polemica con Celso», magari espistolare, pensa C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 35 s., 71; ID., *Corso* II.2 cit., 194; rimane invece aperto ad entrambe le chiavi di lettura A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 340. Più in generale, per un uso di *rescribere* nel senso di 'scrivere contro', 'replicare contraddicendo' si rinvia a F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*,[3] Torino 1965, v. '*rescribo*'. Sull'impiego dello stesso verbo nel senso di 'replicare (per iscritto)', vd., solo a titolo d'esempio, il celebre Svet., *Aug.* 46

porre, soprattutto se letto alla luce[68] del non meno noto Cels. 3 <8>[69] *dig.* D. 12.4.16,[70] ove il giurista proculeiano esclude l'azione di adempimento in relazione a una vicenda negoziale di scambio di cosa contro denaro (*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*).[71] Rispetto dunque a un'ipotesi con evidenti affi-

'*Multa varii generis prosa oratione composuit, ex quibus nonnulla in coetu familiarum velut in auditorio recitavit, sicut "Rescripta Bruto de Catone", quae volumina cum iam senior ex magna parte legisset, fatigatus Tiberio tradidit perlegenda*'.

[68] Senza che si debba ovviamente necessariamente pensare a una più netta relazione tra le due testimonianze, per lo meno non nel senso di una replica aristoniana allo specifico punto di vista di Cels. 3 <8> *dig.*; lo esclude espressamente A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 150 s. e ivi nt. 213, essendo qui attestato, a detta dello studioso, il pensiero di Celso «formatosi […] in anni successivi al parere di Aristone a lui dedicato»; più cauto («Non è possibile […] dire che la critica di Aristone […] fosse precisamente diretta contro il dettato» di Cels. <3> 8 *dig.*) C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 35 s., non senza però oscillazioni (52 ss.: «la critica di Aristone a Celso riguardava la soluzione […] al caso di *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*»), che portano peraltro l'autore a prendere anche in considerazione l'ipotesi opposta di un riferimento in Cels. <3> 8 *dig.* al punto di vista aristoniano («può esser vero che […] abbia tenuto conto della replica del suo […] collega»).

[69] Per la correzione, tenuto conto che è nel *l.* 8 che Celso si occupava di *emptio venditio*, vd. O. LENEL, *Pal.* 1.139 nt. 4; adesivamente, tra i molti, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 151 nt. 214; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 36 nt. 10 («correzione incontestabile»); per il mantenimento dell'indicazione (*l.* 3) vd. G. BRINI, *Sul fr. 16 Dig. XII, 4*, Bologna 1908, 12, ove non si esclude semmai un originario riferimento al *l.* 6, in materia di *condictiones*; pensa alla rubrica *si certum petetur* D.E.C. YALE, *Celsus: Sale and conditional gift*, in D. DAUBE (a cura di), *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford 1959, 171 nt. 1; suggerisce piuttosto di mantenere l'indicazione contenuta nell'*inscriptio*, considerato che nel terzo libro Celso «esponeva la teoria generale delle azioni», V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 150 nt. 2; negli stessi termini anche P. CERAMI, *'Vulgaria actionum nomina'* cit., 121 s., con un punto di vista più recentemente confermato in ID., *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 111 ss., ove si ipotizza una più stringente relazione con la rubrica *De iudiciis omnibus*; sempre sul tema vd., con un'accurata rassegna bibliografica, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007, 77 s. nt. 2.

[70] Sul brano vd., con ampia documentazione della letteratura, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 77 ss.; ID., *«Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares». A margine di D. 12.4.16*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, 67 ss.; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 36 ss.; G. ROMANO, *Nota sulla tutela* cit., 16 ss., 43 ss. e ivi ntt. 193-227; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 307 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 111 nt. 44, 125 ntt. 71, 151 nt. 113; da ultimo P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 105 ss.

[71] Non ha avuto seguito in dottrina la proposta di CH. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, in NRHD 30, 1906, 739 ss., di leggere *Pamphilum* anziché *pecuniam*, con un'eventualità che avrebbe consentito di ricondurre la soluzione celsina nell'alveo del ben noto rifiuto proculeiano di un'assimilazione della

nità dal punto di vista funzionale con la compravendita, ma che sembrerebbe divergerne sul differente piano dei meccanismi attuativi dello scambio, essendosi qui previsto il trasferimento della proprietà anziché del semplice possesso della cosa ('[…] *ut mihi Stichum dares*').[72]

D. 12.4.16 (Cels. 3 <8> *dig.*): *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum* […]

---

permuta alla compravendita. A detta dello studioso francese, l'attuale lezione sarebbe da imputare all'errore di un copista, che avrebbe sciolto l'abbreviazione 'PAM' con '*pecuniam*' anziché con '*Pamphilum*'; ID., *Le fragmente 16, D.XII, 4. L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine et la cause determinante dans les contracts*, in Revue général du droit, de la legislation et de la jurisprudence 36, 1912, 481 ss. Lo stesso va detto per la tesi di Krüger che, in termini non molto differenti, suggeriva di leggere *rem* anziché *pecuniam*, avanzando l'ipotesi di un errore di uno scriba che avrebbe confuso la lettera R (di *rem*) con la P (di *pecuniam*), con una congettura che seppe conquisitare l'adesione dello stesso Appleton in ID., *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII,* 4 - *Post scriptum*, in NRHD 31, 1907, 100 s., al punto da ritenerla preferibile a quella da lui stesso formulata; per una valutazione critica di entrambe le ipotesi vd. già V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in BIDR 19, 1907, 165 ss. Sulla questione e per una valutazione di altre proposte ricostruttive, tutte egualmente volte a ridimensionare lo scarto di prospettiva tra Celso e le soluzioni di scuola proculeiana, si vedano (oltre a V. SCIALOJA, *La l. 16 dig.* cit., 164 ss.) S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 89 ss.; P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 120 e ivi nt. 53.

[72] Così, seguendo perlomeno un'interpretazione che risale ad AZO, *Summa* cit., (*In IIII librum Codicis. De condictionibus de causa datorum. 13-14*) 297: «contractus est innominatus quia agebatur ab utroque de transferenda proprietate [….] quod est contra naturam venditionis quia venditor non tenetur facere rem accipientis»; non diversamente J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1615; tra gli studiosi moderni ci limitiamo a segnalare M. TALAMANCA, v. *Vendita in generale (dir. rom.)* cit., 380 nt. 798; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 156 nt. 5; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 453; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 234 nt. 88; di «obbligazione […] la cui presenza contraddice tutta la struttura della compravendita romana» discute C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 40; diversamente, prende le distanze dall'orientamento azoniano A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 152 e ivi nt. 217, per il quale ad incidere sulla decisione celsina sarebbe piuttosto stata la valenza costitutiva qui attribuita alla consegna del denaro, incompatibile con la struttura consensuale del contratto di compravendita; ipotesi che ha in parte raccolto le adesioni di R. FERCIA, *Il fieri* cit., 19; e P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 118, in un ordine di idee che non rinnega però l'impostazione di fondo dell'interpretazione tradizionale; per un più netto dissenso vd. invece S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 89 ss., 112 ss., il quale suggerisce di mettere in relazione la soluzione celsina con l'assenza di un *convenire de pretio*, nel senso che le parti non avrebbero considerato la somma di denaro «quale misura di valore della cosa in vendita».

Si trattava, pertanto, di una fattispecie la cui configurazione in chiave contrattualistica non doveva offrire particolari profili problematici nell'ambito di un approccio di tipo analogista, e che sarebbe stata comunque facilmente recuperabile (nei medesimi termini) anche nell'ottica di un'adesione all'insegnamento aristoniano, impostato secondo i differenti schemi del ragionamento sillogistico-deduttivo.[73]

---

[73] Sul punto specifico vd. *infra* § 7, in questo stesso cap. Sulle implicazioni che il brano pone circa la posizione tenuta da Celso in materia di contratti innominati, ci permettiamo di rinviare a quanto abbiamo osservato in G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 19, 63 nt. 153; sempre al riguardo vd. C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 38 ss., 93, con la proposta di circoscrivere la soluzione negativa al caso in esame, lasciando così aperta la possibilità di un ricorso all'azione contrattuale atipica in altre vicende negoziali, richiamando a tal fine l'attenzione sulla cautela della decisione celsina (*in qua proclivior sum*): «non afferma che l'idea […] sarebbe di per sé insostenibile»; punto di vista confermato in ID., *Corso* II.2 cit., 194 ss., in una prospettiva che punta peraltro alla valorizzazione (da parte di Celso) della volontà dei contraenti («è assurdo offrire allo stesso caso due diverse tutele concorrenti che in effetti si contraddicono, e d'altro canto, se le parti hanno concluso una *datio ut des* e non una compravendita, questa era la loro volontà e se ne deve semplicemente prendere atto»): con delle conclusioni che, se per un verso finiscono per attribuire agli autori del negozio una intenzionalità non altrimenti dimostrata e che presupporrebbe comunque nelle stesse un'insolita padronanza su struttura e disciplina dei due diversi modelli configurativi (*datio ob rem*, *emptio venditio*), per altro non tengono conto delle implicazioni che sarebbero potute scaturire (e che in effetti scaturirono) sul regime della *condictio* dall'adesione a una ricostruzione contrattualistica della vicenda (basti pensare al differente quadro regolativo di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1, su cui vd. vol. II, cap. IV § 1). Di ben altro tenore erano le conclusioni dell'autore in ID., *Sulla divisio obligationum* cit., 66, ove si discuteva piuttosto di «opposizione assoluta» alla vedute aristoniane. Un'opinione per molti versi analoga a quella espressa più recentemente da Cannata, almeno per quanto riguarda l'incidenza dell'intenzionalità dei contraenti sulla decisione celsina, si trova in L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 426 («Il suo ragionamento faceva comunque leva sulla volontà delle parti […] queste si erano accordate […] intendendo restare fuori dall'orbita della compravendita»). Sempre per un ridimensionamento del rilievo dogmatico della soluzione vd. P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 121 ss., 137 s., 144 s., il quale ritiene che le esitazioni del giurista nel concedere l'azione contrattuale (atipica) andrebbero piuttosto spiegate con «la difficoltà di trovare un equilibrato raccordo» fra gli opposti interessi di ordine generale (certezza del diritto, da un lato, autonomia negoziale, dall'altro) e particolare che entravano in gioco nell'ipotesi qui esaminata, in applicazione dei «canoni operativi» dello *ius*, quale *ars boni et aequi*, che guidavano il giurista nella soluzione dei casi concreti. In altri termini, la decisione del giurista sarebbe stata dettata dalla necessità di scongiurare «un uso abnorme dell'autonomia negoziale», come quello che si sarebbe verificato nel caso qui esaminato, ove i contraenti avrebbero deciso di affidarsi per la realizzazione dei propri affari allo «schema tipologico della '*datio ob rem*'», nonostante si trattasse di «scambio perfettamente sovrapponibile, dal punto di vista economico-sociale, a quello della compravendita».

È per certi versi superfluo osservare che le incertezze che accompagnano le vicende accademiche aristoniane non sono prive di riflessi per la soluzione del tema principale e più dibattuto, che riguarda ovviamente la ricostruzione della dottrina sinallagmatica che sarebbe stata elaborata dal giurista traianeo. Riflessi che sono certo più evidenti per ciò che concerne il delicatissimo tema della relazione con la precedente dottrina labeoniana di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, codificata nel controverso modello dell'*ultro citroque obligatio*.[74] Tra i molteplici interrogativi, continua a costituire motivo di seria riflessione il silenzio in quest'occasione da parte di Ulpiano,[75] per lo meno se ci si pone dal punto di vista

[74] Nel senso di un'adesione integrale al punto di vista del giurista augusteo vd. R. SANTORO, *Il contratto* cit., 277 ss.; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 54 s.; ID., *Corso* II.2 cit., 192, su cui vd. *infra* § 8. Pensano, come vedremo (*infra* § 6), a uno sviluppo del modello labeoniano Burdese e Gallo; prende nettamente le distanze rispetto all'idea che vorrebbe fare di Aristone «una sorta di psicodipendente di Labeone» A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 122 ss., per il quale il giurista augusteo avrebbe piuttosto dato ordine allo stato ancora «aperto e magmatico» nel quale la questione della tutela dei *nova negotia* si sarebbe trovata nell'impostazione labeoniana; di qui l'affermazione '*hoc* συνάλλαγμα *esse*' che andrebbe intesa, sempre a giudizio dell'autore, nel senso di: «ecco il vero συνάλλαγμα». Sempre nell'ottica di una precisazione critica L. GAROFALO, *Contratto* cit., 365 s. e ivi ntt. 61, 63; ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 424 s.

[75] Di «reticenza che sfiora la falsificazione» discute A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 150, 156 ss., il quale, più in generale, pensa a una «manipolazione della storia delle dottrine» da parte del giurista severiano. Più precisamente il silenzio di Ulpiano sarebbe dipeso dall'incompatibilità della dottrina labeoniana, costruita su una integrale sovrapposizione delle nozioni di συνάλλαγμα e contratto, col diverso impianto dogmatico messo a punto da Aristone e seguito dallo stesso Ulpiano che guardava piuttosto al συνάλλαγμα come sottospecie della generale e dunque più ampia nozione di contratto; punto di vista in parte modificato in ID., '*Ius*' cit., 356, ove l'incompatibilità tra le due dottrine viene piuttosto individuata, in adesione alla tesi di Burdese, nella profonda trasformazione della nozione sinallagmatica messa in atto da Aristone e che si sarebbe tradotta nel passaggio da una bilateralità di obbligazioni a una bilateralità di prestazioni, in cui peraltro l'azionabilità della pretesa sarebbe stata legata alla spontanea esecuzione di una delle due prestazioni; giudica priva di elementi l'ipotesi di una falsificazione T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 123 nt. 184; spiega piuttosto il mancato riferimento al punto di vista labeoniano con il fatto che questo avrebbe rappresentato una «deviazione rispetto alla linea evolutiva accolta […] e portata avanti» F. GALLO, *Eredità di giuristi romani* cit., 54; a una «neutralizzazione» della dottrina labeoniana, dettata dalle medesime ragioni, mostra di credere anche E. STOLFI, *Introduzione* cit., 168 nt. 43; per una adesione piena alla «teorizzazione labeoniana del *contractus*» vd. diversamente S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 451 nt. 50; pensa piuttosto a un semplice condizionamento derivante dal fatto che il discorso di Ulpiano traesse le mosse «dalla polemica fra Aristone e Celso» C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 192. In ogni caso, non sembra vi siano elementi per ritenere che l'originario responso aristoniano contenesse «un'esposizione più ampia delle teorie contrattualistiche di Labeone, entro la quale poteva anche aver trovato posto lo squarcio ora

di quanti sono propensi ad attribuire al giurista augusteo la prima elaborazione di una teorica contrattuale funzionale alla tutela dei *nova negotia*.[76]

Non è certo questo l'unico punto controverso dell'insegnamento aristoniano. Tutt'altro. Può anzi senza dubbio affermarsi che non c'è aspetto al riguardo che non sia stato sottoposto ad attenta e minuziosa analisi. A essere oggetto di discussione è già la stessa estensione del συνάλλαγμα aristoniano.[77] Appare infatti incerto se questo debba ritenersi rigorosamente delimitato alle sole ipotesi indicate nel brano (*do ut des* e *do ut facias*)[78] o se invero vi fosse ricompresa

in D. 50.16.19», secondo quanto invece congetturato da A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 142 e ivi nt. 193; un'apertura in tal senso («plausibile») si registra anche in L. GAROFALO, *Contratto* cit., 365 nt. 61.

[76] Ritengono, al contrario, che il silenzio ulpianeo su Labeone si spieghi col diverso ambito di impiego dell'*a.p.v.* da parte del giurista augusteo F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 181. In proposito vd. *infra* § 4 di questo cap.

[77] Non sembra possano esservi invece dubbi sul fatto che la formulazione dogmatica della categoria vada riferita anche lessicalmente (συνάλλαγμα) al giurista traianeo, secondo quanto, del resto, si desume chiaramente dalle parole di Mauriciano (*quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit*). Deve ritenersi pertanto eccessiva la prudenza mostrata al riguardo da M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 101 nt. 253, ove non si escludono contaminazioni espressive da parte di Ulpiano, che renderebbero a detta dello studioso «congetturali le illazioni sulla terminologia adoperata dall'autore citato» (Aristone).

[78] Possibilità che era stata, com'è noto, portata alle estreme conseguenze (come si ricava già dal titolo della ricerca) da K. REICHHELM, *Versuch eines Beweises, dass der Römer nur zwei Arten von unbenannten Contracten kannte: do ut des, und do ut facias*, Halle 1800, con una proposta che ha avuto qualche seguito tra gli studiosi moderni: per l'inammissibilità per il diritto romano classico di un'*obligatio civilis* in presenza di vicende negoziali con prestazione costitutiva consistente in un *facere* (*facio ut des*, *ut facias*) B. BIONDI, *contratto* cit., 91, 96: «Al di là del *dare* né Aristone né alcun giurista classico andavano». Senza cadere in così radicali generalizzazioni, per una delimitazione del sinallagma aristoniano alle sole ipotesi qui indicate vd. J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 42 s.; A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 628; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, 240, ove si invoca Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1; ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 561; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni* cit., 349; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 102 («Aristo […] kennt nur die von *dare* beginnenden Figuren»); C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 307; A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 198; così, in definitiva, anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 119 s.; che «l'esistenza di una convenzione sinallagmatica» per Aristone avrebbe riguardato «con ogni probabilità» le sole ipotesi del tipo *do ut des* e *do ut facias* è sostenuto anche da M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4.3.9.3* cit., 207 nt. 34; a una elencazione esaustiva («clausola imperativa») pensa anche C. PELLOSO, *Le origini* cit., 77, 80 nt. 172; più in generale, in relazione alla possibilità che in origine la concessione dell'azione di adempimento fosse circoscritta alle sole ipotesi di *dationes ob rem* vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 90, secondo il quale, se ciò per un verso spiegherebbe la configurazione da parte dei giuristi romani dei

ogni relazione di scambio, inclusi, dunque, anche i rapporti di *facio ut des*, *ut facias*, attribuendo così all'elencazione un valore meramente indicativo (*ut puta*),[79] in base a un convincimento che troviamo sostanzialmente espresso già da Stefano, nello sch. Μαθῶν prima citato, in cui l'intonazione esemplificativa del brano ulpianeo (*Ut puta*) lascia il posto a una puntuale enumerazione nella quale figurano (questa volta espressamente) anche le ipotesi di *facio ut des*, *facio ut facias*. Si consideri appunto

Sch. Μαθῶν (Hb. I 559 = Schelt. B I 188): 'σοφῶς ὁ ᾽Αρίστων ἀπεκρίνατο […] ὅτι καὶ οὕτω τίκτεται ἀγωγή, μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποιήσις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει […] καὶ προηγήσατο δόσις ἢ φάκτον ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, τίκτεται πραεσκρίπτις βέρβις […] ἡγήσατο δὲ καὶ δόσις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, καὶ ποίησις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει'

ove il mancato riferimento alla tipologia del *do ut facias* (δόσις ἐπὶ ποιήσει) nella prima elencazione (μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει, ἢ ποιήσις ἐπὶ ποιήσει ἢ ἐπὶ δόσει) deve ritenersi certamente ascrivibile a un mero guasto testuale. Si può pertanto integrare il brano, leggendo: μόνον εἰ προηγήσατο δόσις ἐπὶ δόσει <ἢ ἐπὶ ποιήσει>, ἢ ποιήσις […].

Non pare comunque vi siano margini per ammettere una perimetrazione ancora più ristretta della nozione aristoniana ai soli casi di *do ut des*, secondo una conclusione non (sempre) formalmente esplicitata, ma alla quale difficilmente si potrebbe non approdare, se si dovessero condividere i dubbi prospettati sul tratto '*dedi ut aliquid facias*', sulla base di (forse troppo) rigide valutazioni di ordine sintattico,[80] senza, per contro, guardare, con la dovuta attenzione, al-

---

contratti innominati in termini di *obligatio re contracta* (Paul. 3 *ad ed*. D. 2.14.17 pr.), per un altro consentirebbe di meglio apprezzare il riferimento da parte di Ulpiano ai soli casi di *do ut des* e *do ut facias* in Ulp. 4 *ad ed.*; in questo senso anche C. ACCARIAS, *Précis de droit romain* 2[1] cit., 560 s. («C'est dans les hypothèses *do ut des* et *do ut facias* qu'elle apparut»).

[79] In tal senso P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 186 s.; («è evidente che la locuzione non è impiegata al di fuori del suo normale significato di "per esempio"») C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 71, con un punto di vista che segna un'evoluzione rispetto alla posizione tenuta in ID., *Sulla divisio obligationum* cit., 65; un'apertura nella stessa direzione si trova in T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 103, 317; ID., *Sul responsum* cit., 292, per quanto, d'altra parte, lo stesso autore sia orientato per l'attribuzione di un valore imperativo all'espressione *ut puta*, suggerendo di tradurre: «così ritieni che debba essere».

[80] Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 105 nt. 186, il quale, tenuto conto della

l'articolazione complessiva del ragionamento ulpianeo. A questo proposito non si può non considerare che l'ipotesi in concreto esaminata da Ulpiano e al centro della *reprehensio* mauricianea riguarda proprio un caso di *do ut facias*, per cui, in sostanza, i sospetti di un'alterazione del pensiero aristoniano (magari anche solo da parte del giurista severiano) andrebbero comunque ridimensionati.

Egualmente controverso appare il problema della relazione con la categoria contrattuale. In proposito sono state portate avanti le ipotesi più disparate. Per quanto la dottrina si sia prevalentemente pronunciata nel senso di una identificazione o specificazione,[81] tra gli studiosi più recenti non è però mancato chi si è piuttosto orientato nel senso di una estraneità del συνάλλαγμα rispetto al contratto.[82]

---

sconnessione sul piano della *consecutio temporum* (*dedi ut facias* anziché '*ut faceres*'), avanza sospetti sulla genuinità della seconda esemplificazione '*dedi ut facias*', non escludendo che possa essere stata inserita in un secondo momento. Circostanza, questa, che porta l'autore a prendere in considerazione l'ipotesi di un accorciamento del brano o di un condizionamento ulpianeo; dubbi sull'attribuzione ad Aristone dello schema del *do ut facias* si trovano anche, come si è già osservato (*supra* nt. 27), in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 265.

[81] Per i primi si vedano ad es. J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 231 («Συνάλλαγμα enim contractus simpliciter est»); R. SANTORO, *Il contratto* cit., 216 s.; U. MANTHE, in H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 264 («diese Vereinbarung durch die Vorleistung einer Partei zum *contractus* bekräftigt wurde»), con un punto di vista che si discosta da quello espresso, nello stesso commentario, dal collega e coautore Nelson (nt. seg.). Per i secondi E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Erster Band. Ius civile*, Berlin 1871, 150 nt. 55 («Die Schlussworte […] besagen offenbar "es sei dies ein Kontrakt der Art, die Aristo Synallagma heisse"»); così anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 144 («passa ad individuare solo un particolare tipo di rapporti negoziali»); ID., *La scrittura* cit., 154, ove si discute di «sottotipo contrattuale»; O. BEHRENDS, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium classico*, in SCDR 9-10, 1997-1998, 163 nt. 55; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 110 e ivi nt. 144, 150 s.

[82] In questi termini F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 114 ss.: «si può dire che Aristone […] non inglobò propriamente il συνάλλαγμα nel sistema contrattuale, ma lo affiancò allo stesso per ovviare ad una deficienza in esso riscontrata»; ID., *Contratto e atto* cit., 27 s. e ivi nt. 18, ove si prova peraltro a spezzare la relazione tra contratto e συνάλλαγμα, suggerendo di tradurre la frase '*esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit*' con: «c'è infatti il contratto, c'è ciò che Aristone chiama *synallagma*», con una resa che non è però praticabile sul piano sintatticogrammaticale e fa dire al testo ciò che il testo non dice; vede nel συνάλλαγμα una categoria distinta dal contratto e a questo solo accostata H.L.W. NELSON in H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 450 ss., ciò perché i giuristi romani avrebbero circoscritto l'area del contratto alle sole vicende ('contrattuali') per le quali fossero state predisposte specifiche azioni a livello edittale («Die Zurückweisung der Gleichstellung von *contractus* und συνάλλαγμα findet offenbar ihren Grund in der Tatsache, daß die Juristen dazu neigten, den

Si tratta di un punto di vista che può ritenersi decisamente minoritario,[83] per il quale non sono in effetti mancati spunti più risalenti,[84] e che, al di là delle specifiche configurazioni di volta in volta prospettate, non pare seriamente compatibile con il tenore della testimonianza ulpianea, se non a costo di ricorrere a certi accorgimenti sul versante sintattico-grammaticale, che conducono a interpretazioni assai ingegnose, e certo non prive di arguzia,[85] ma che paiono

---

Begriff *contractus* aus solche Abmachungen zu beschränken, die sich unter Hinweis auf die im prätorischen Edikt proponierten *actiones* einklagen ließen»), salvo dover ammettere, almeno per Giuliano, un uso più largo del termine non limitato a fattispecie contrattuali tipiche: così Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3 e Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20; nel senso di una estraneità della «fattispecie concreta di per sé non riconducibile ad una clausola tipica» alla categoria contrattuale, anche C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 69 s., 77 ss.; ID., *Do ut des* cit., 131 ss. e ivi nt. 84, ove si privilegia piuttosto l'ipotesi di un accostamento con la diversa categoria labeoniana dell'*agere re*, che, in quanto priva dei connotati della bilateralità obbligatoria, sarebbe rimasta ai margini della nozione di contratto messa a punto dal giurista augusteo e ancora dominante sino alla prima metà del II sec. d.C., con una sorte che avrebbe peraltro accomunato comodato e deposito: «In definitiva, né che la *res* negoziale sia *contractum*, né che il συνάλλαγμα sia *contractum* può inferirsi dall'impiego di *alium* (ciò venendo comprovato dalla constatazione che il rapporto "sinallagmatico" aristoniano è generato da fattispecie negoziale "reale", quello "contrattuale" da *conventio* su una *ultro citroque obligatio*)».

[83] Critico rispetto all'ipotesi (di Gallo) di una estraneità del συνάλλαγμα aristoniano rispetto al sistema contrattuale A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 336, 342 s.; dello stesso avviso T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 151; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 363 ss. e ivi nt. 60.

[84] Seppur in un ordine di idee per molti versi non coincidente, l'ipotesi di una irriconducibilità al contratto delle vicende negoziali tutelate da Labeone e Aristone mediante il ricorso all'*a.p.v.* può trovarsi formulata in M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 463 ss. e ivi nt. 428, ove si prospetta, piuttosto, una riferibilità alla più generale nozione di *negotium*, con assai discutibile richiamo (oltre che naturalmente a Ulp. 4 *ad ed.*) a Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr. '*quasi negotio inter nos gesto proprii contractus*' («in welchen Worten die in dem quasi enthaltene Negation des Wirklichen auf das proprii contractus zu beziehen ist […] das Rechtsverhältniss […] ergiebt keinen contractus»). Una loro riconduzione all'interno della nozione di contratto si sarebbe diversamente registrata proprio grazie a Giuliano e alla scuola sabiniana (Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3), con un'impostazione alla quale avrebbe aderito anche Mauriciano, che pure in Ulp. 4 *ad ed.* avrebbe contestato a Giuliano il ricorso all'azione pretoria («von Julian, sonach von sabinianischer Seite, wie von Maurician […] vielmehr jenem Rechtsgeschäfte die Wesenheit eines contractus beigemessen, und damit […] im Systeme bereits eingeordneten Contracten gestellt»). A rimanere fedele all'impostazione labeoniano-aristoniana sarebbe stato invece Ulpiano, secondo quanto si sarebbe dovuto ricavare, sempre a detta dello studioso, anche da Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 '*conventio* […] *habet in se negotium aliquod*'.

[85] Così in particolare C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 98 ss.; ID., *Do ut des* cit., 143 s., il quale suggerisce di interpretare *contractum* (*esse*) come infinito perfetto passivo di *contrahere* anziché come accusativo di *contractus*. Sul punto vd. più dettagliatamente vol. II, cap. V § 2.

francamente forzare il senso più naturale del modo di esprimersi del giurista severiano, il quale orienta piuttosto ad abbracciare convintamente l'ipotesi di una delimitazione interna alla più estesa area contrattuale, tracciata sulla base di precisi caratteri identitari di ordine strutturale, quali la sussistenza di una relazione funzionale tra contrapposte attribuzioni patrimoniali.

Ampiamente dibattuto rimane anche il tema della *causa*, quale requisito di azionabilità della pretesa. La questione è delicatissima e, almeno nella prospettiva accolta dalla dottrina tradizionale della c.d. *praestatio rei vel facti*,[86] o meglio ancora della c.d. 'zweckbestimmte Leistung',[87] finisce inevitabilmente per coin-

[86] In questo senso già ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad D. 2.14.7.1-3* (Lugduni 1549, 117): «causa id est datio vel factum, quod vestiet pactionem»; nello stesso ordine di idee, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., 1333: «res autem est datio vel factum […] pactum est conventio quae proprio nomine caret, et cui nulla causa subest, id est cui nulla res accedit praeter placitum nudum»; ID., *Commentarius ad titulum de pactis. Ad L. Jurisgentium 7*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*. *Tomus sestus*, Prati 1838, 336, ove a sostegno dell'interpretazione di Accursio si adduce la definizione di nudo patto che può leggersi in Costantino Armenopulo (Manual. 1.9.7): 'Ψιλὸν δὲ σύμφωνόν ἐστιν, ἡνικα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει': in proposito vd. G. H. HEIMBACH, *Constantini Harmenopuli*, *Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis*, Lipsiae 1851, (*Lib. I. Tit. IX De pactis.* 7) 122; H. DONELLUS, *Commentariorum de iure civili liber XII. Caput. IX § VI.*, in *Opera* III cit., 496: «hanc dationem et factum Ulpianus ibidem vocat caussam, quae subsit praeter conventionem»; K. SCHMITTHENNER, *Ueber Verträge insbesondere das Neuerecht nach römischen und deutschen Grundsätzen*, Gießen 1831, 81 ss. («Auch hier ist die causa das Vergangene […] Diese causa besteht nun gerade in der Leistung»); K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 13 I.), 21 nt. *a*; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 139; J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 230 s.; tra gli studiosi moderni S. RICCOBONO, *Istituzioni* cit., 591 s.; P. VOCI, *La dottrina* cit., 244; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme* cit., 32; A. D'ORS, *Replicas Panormitanas III*. «*Conventiones*» *y* «*contractus*», in AHDE 46, 1976, 142; più di recente, in linea con la *communis opinio*, anche G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 139, 151 s.; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani* cit., 52; ID., *Synallagma* 2 cit., 95 ss., 98 e ivi nt. 22; ID., *Ai primordi* cit., 67 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 101 e ivi nt. 256; M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 33; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 105.

[87] L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 272 s. («jene causa in der um der Gegenleistung willen gemachten Leistung besteht»); B. BIONDI, *Contratto* cit., 92; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 64 s. («avvenuta prestazione con l'accordo di riceverne un corrispettivo»); ID., *Contratto e convenzioni* cit., 517; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 142 ss.; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio* cit., 112 s.; di «preventivo compimento della prestazione ('*datio*'), operato al fine di ottenere la controprestazione», discorre E. STOLFI, *Introduzione* cit., 166. Più recentemente rigetta la delimitazione alla sola «prestazione posta in essere», rivendicando un «profilo teleologico» per la nozione anche C. PELLOSO, *Le origini* cit., 73 ss., il quale in definitiva

volgere il problema dei meccanismi costitutivi del rapporto contrattuale, approdando a un modello di perfezionamento non molto differente da quello dell'*obligatio re contracta*, per il quale si è discusso, riprendendo la formulazione labeoniana di Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.2 pr., di *convenire re*.[88] Implicazioni e condizionamenti che diversamente (e naturalmente) non sussistono per quanti guardano alla nozione di *causa*, dalla differente angolazione della funzione negoziale, nelle sue molteplici e non sempre ben definite articolazioni,[89] in termini che

non sembra discostarsi dall'interpretazione tradizionale della causa nei già chiariti termini di 'zweckbestimmte Leistung' o di '*datio ut*', per riprendere la formulazione suggerita dallo studioso: così anche nel più recente ID., *Do ut des* cit., 141; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 452; B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo* cit., 122, il quale suggerisce di tradurre: «quando il patto è fondato su una prestazione nello scopo di uno scambio»; sempre recentemente respinge l'identificazione con la sola *datio* anche P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19,* in N. BENKE, F.S. MEISSEL (a cura di), *Antike-Recht-Geschichte. Symposion zu Ehren von P. E. Pieler,* Frankfurt am Main 2009 cit., 62, 66: «Der Begriff *causa*, wie ihn Aristo gebraucht, darf daher nicht […] mit der *datio* gleichgesetzt werden: Mit *causa* ist in D. 2.14.7.2 die zweckbestimmte Leistung –, mit anderen Worten: die "Zweckverfügung"».

[88] In proposito vd., nell'ottica appunto di una distinzione tra *re obligari* e *convenire re*, soprattutto R. SANTORO, *Il contratto* cit., 185 s.; ID., *La causa* cit., 93 s.; ID., *Per la storia dell'obligatio* cit., 104 s.; sulla questione e in particolare sui tratti distintivi dei c.d. contratti innominati rispetto ai contratti rientranti nello schema dell'*obligatio re contracta*, vd. ancora utilmente E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 330 s.; al riguardo ci permettiamo di rinviare al nostro G. ROMANO, *Note a margine* cit., 208 ss., ove riferimenti alla principale letteratura; pensa piuttosto a una vera e propria «estensione» della nozione di *obligatio re* B. BIONDI, *Contratto* cit., 92.

[89] Per un'identificazione della *causa* con il *negotium* vd. G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis & transactionibus liber singularis*, *Caput IX*, in *Opera* cit., 503 s. («causa id est, negotium civile»); nello stesso ordine di idee («Nihil aliud autem *causam* hoc nostro loco significare existimo, nisi *negotium*, cujus ea sit vis, ut actionem pariat») anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 56 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in Riv. dir. comm. 6, 1908, 115 ss., ora in ID., *Scritti giuridici* 3 cit., 129 s. («*causa* non è se non l'equivalente di *negotium contractum* […] *causa* si scambia liberamente con *contractus* o *negotium contractum*»); E. BETTI, *Sul valore* cit., 22 s.; («assetto di interessi idoneo a dar ragione del *vinculum iuris*»); ID., *Istituzioni* 2 cit., 81; V. GEORGESCU, '*Causa', 'contractus', 'conventio'. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain* I, Bucarest-Paris 1940, 311 ss.; A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 190: «Synallagma est ici synonyme de "*negotium contractum*"; di «accordo di volontà in ordine ad un determinato assetto di interessi meritevole di positiva tutela da parte dell'ordinamento» discute P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 186; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 222 ss.; A. PALMA, *Vicende della 'res' e permanenza della 'causa'*, in *Sodalitas* III cit., 1502 ss., il quale pure discorre di «equilibrio del negozio»; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 148 ss., 151; A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 84 ss., 124; («scopo negoziale») ID., *Le 'classi nominali'* cit., 258 ss., in una prospettiva che di fatto coincide con quella della zweckbestimmte Leistung: «qualificato e sostanziato da una concreta dazione (*dedi*), di-

hanno diversamente reso possibile anche una configurazione all'insegna dello schema dell'*obligatio consensu contracta*.[90]

2. Il contributo di Mauriciano nella più recente dottrina: tra continuità e sviluppo delle idee aristoniane.

Incertezze, in parte analoghe, si sono poste per la posizione di Mauriciano.[91] Nessun serio dubbio sembra possa sussistere sul fatto che questi e non (il più tardo) Marciano sia stato l'autore della *reprehensio*, secondo un'informazione che affiora talvolta nella tradizione manoscritta appartenente alla *Vulgata*,[92] se-

---

retta (*ut*) ad una controprestazione»; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 132 s.; ID., *Come nasce un'idea* cit., 362 ss. («significato sostanzialmente corrispondente a quello di funzione […] di scopo oggettivo»); ID., *La causa del contratto* cit., 190 s.

[90] Così, tra gli studiosi moderni, C.A. CANNATA, *Der Vertrag* cit., 64 ss.; ID., *Contratto* cit., 47 ss.; ID., *Labeone*, *Ariston*e cit., 91 s. e ivi nt. 157, con importanti concessioni, però, verso la dottrina tradizionale, negli studi più recenti (in proposito vd. *infra* § 8 di questo cap.). Rimane da questo punto di vista invece legato alle conclusioni della dottrina tradizionale, seppure nella prospettiva di un *convenire re*, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 185 s., 263 s.; una posizione per molti versi simile si riscontra in definitiva, almeno per ciò che riguarda l'impianto teorico generale, in T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 127 ss., 137 ss., 143 ss., che pure formalmente prende le distanze dalle conclusioni di Santoro (146 s.), in termini che sono però dovuti, crediamo, a una solo parziale valutazione del pensiero dello studioso palermitano, il quale, come si è visto e a differenza di quanto sembrerebbe sostenere dalla Massara, non si è discostato dalla prospettiva canonica di un'azionabilità della pretesa subordinata a un principio di esecuzione: così invece, seppur cautamente, T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 146 («Per Santoro, parrebbe in sé bastevole, affinché un accordo produca effetti civilmente tutelati, la sua rinconducibilità al *negotium*, in quanto contrapposta alla quella della *donatio*»); dello stesso autore vd. anche, con precisazioni al riguardo, *La causa del contratto* cit., 206 ss. e ivi nt. 65, 210 ss.

[91] Assolutamente frammentario il quadro informativo sulla figura di Mauriciano. L'unico dato ritenuto sufficientemente sicuro riguarda l'epoca del giurista, che, in base a Mauric. 2 *ad l. Iul. et Pap.* D. 2.31.57 ('*sicuti divus Hadrianus in Plotinae et proxime imperator Antoninus in Faustinae Augustae persona constituit*') gli studiosi sono soliti collocare in età antoniniana. In proposito vd. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 1 cit., 711; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 180; W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 176 s.; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968, 215.

[92] La notazione si trova già in L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII. Conciliatio leg. 7. § 2 de pactis & l. 5 in § Quod si faciam 3. D. de praescriptis verb.*, in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula, in quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur, cum Praefatione Everardi Ottonis. Tomus I. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733, 746: «Martianum aut (ut in aliis libris scribitur) Mauri-

guita ancora nella *editio Norica* o *Haloandrina* del 1529,[93] ma abbandonata nella successiva edizione taurelliana del 1533,[94] e che, com'è ben noto, ritorna nel più volte richiamato sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.1:[95]

Sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.1 (Hb. I 559 = Schelt. B I 188): 'πῶς δὲ αὐτὸν ἐνότευσεν ὁ Μαρκιανός [...] καὶ ὁ μὲν Ἰουλιανός, ἔχω, φησίν, τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν. ὁ δὲ Μαρκιανός πρὸς αὐτόν· οὐ καλῶς ὡρίσω τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν […]

in un resoconto, nel quale, accanto al nome di Marciano, figura il nome di un tale *Mauricius* (Mauriciano?)[96] che ci viene presentato come colui che si sarebbe rivolto a Ulpiano per un consulto su un caso (evidentemente) analogo ('ὁ Οὐλπιανὸς ἐρωτηθεὶς ὑπὸ Μαυρικίου τοιῦτο τέλει'), per la cui soluzione Ulpiano si sarebbe appunto affidato al recupero della *reprehensio* (dovremmo

tianum»; una netta presa di posizione in favore di Marciano (Martianus) si registra in F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliores leges. ff de Pactis. Libri tres.* Compluti 1586, 607: «Martiani, sic enim, non autem Mauritianum legendum arbitror, quamvis Fortunius, Cuiacius & alii male […] contra scripserint»); altre indicazioni *infra* in nt. 95.

[93] Vd. ad es. *Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libri quinquanginta nunc primum ad fidem Pandectarum Florentinarum sexcentis locis emendati, supra Gregorij Haloandri editionem*, Parisiis 1550, 58; in proposito anche J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 32 e ivi nt. 3; utili informazioni sull'edizione haloadrina possono trovarsi nell'ancora prezioso resoconto di H. BRENKMANNUS, *Historia Pandectarum, seu Fatum Exemplaris Florentini. Accedit gemina dissertatio de Amalphi*, Trajecti ad Rhenum 1722, 325 ss.

[94] *Digestorum seu Pandectarum ex Florentinis Pandectis re praesentati*, Florentiae 1533.

[95] Il primo ad essersi avveduto della differenza tra i due brani sembra essere stato C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 336 nt. 15, il quale, tenuto conto, a suo dire, del più dettagliato quadro informativo dello scolio («Der Scholiast gibt hier die Stelle Ulpians offensichtlich vollständiger, als die Pandekten»), non si sentiva di escludere un'attribuzione della *reprehensio* a Marciano; diversamente, di «confusione», forse anche dovuta alla distrazione dei trascrittori, discuteva P. DE FRANCISCI, *Frammenti di un indice del Digesto*, in RIL 45, 1912, 227; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 10 s. nt. 2; da ultimo di «pasticcio» parla C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 18. Probabilmente a un refuso del traduttore si deve il riferimento a Marciano ('Julianum a Marciano reprehensum') che si legge in E. GANS, *Il diritto romano delle obbligazioni e spezialmente intorno alla teorica dei contratti innominati e del jus poenitendi*, trad. a cura di Eduardo Salvetti, Napoli 1856, 212, non corrispondente a E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 189 ('a Mauriciano').

[96] Così, ma in termini che non sembrano tener conto del lasso temporale che separa i due giuristi (Mauriciano-Ulpiano), C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 336 nt. 15 («Mauricianus dagegen als derjenige, welcher Ulpian consulirt hatte»).

dire a questo punto marcianea) a Salvio Giuliano.

Va detto che in passato l'attenzione degli studiosi si era per lo più concentrata su aspetti di dettaglio relativi ai rapporti con Giuliano, per i quali era stata anche presa in considerazione l'ipotesi di una stretta relazione di scuola,[97] o ancora alla sede in cui sarebbe maturata la *reprehensio* al punto di vista giulianeo, talora individuata nelle *notae ad Iuliani digesta*,[98] opera sulla cui esistenza gli studiosi sono in verità divisi da tempo.[99] Tutto comunque nel presupposto condiviso di una integrale adesione o, meglio ancora, di una fedele riproposizione della dottrina aristoniana.

Soprattutto negli ultimi anni, anche qui però non senza spunti ancor più risalenti,[100] più di un autore ha invece ritenuto di dover rivalutare il ruolo assunto dal giurista antoniniano, considerando evidentemente inappropriato quello di semplice testimone ed esecutore di dottrine altrui che si è soliti attribuirgli in base al resoconto ulpianeo.[101] In un quadro fortemente contrassegnato da un'assoluta varietà dal punto di vista delle concrete soluzioni proposte, si è così fatta strada l'ipotesi di un'operazione rielaborativa che avrebbe finito per incidere,

---

[97] Sul punto e in relazione alla possibilità che le *notae* ai *digesta* di Giuliano siano da intendere come il tentativo di una elaborazione, anche critica, dell'opera del proprio maestro, vd., con conclusioni che invitano allo scetticismo, E. BUND, *Untersuchungen Zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965, 443; lo considera suo allievo A. SCHIAVONE, '*Ius*' cit., 358.

[98] In tal senso già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1622 («Reprehensus est in notis a Mauritiano»); H. BUHL, *Salvius Julianus* 1, Heidelberg 1886, 114; a una critica maturata in sede di annotazione dei *digesta* di Giuliano pensa, più recentemente, anche C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno* cit., 459 nt. 96.

[99] Dubbi in proposito si trovano espressi già in L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 746: «Numquam enim legi, Martianum aut (ut in aliis libris scribitur) Mauritianum, notas ad Julianum scripsisse»; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 1 cit., 711; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 180; più recentemente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 114 nt. 54. In favore dell'ipotesi che Mauriciano (analogamente a Marcello, anch'egli vissuto nel II sec. d.C., e anch'egli *consiliarius* di Antonino Pio) sia stato autore di *notae* ai *digesta* di Giuliano, vd. G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV*, § *XXVII*), 1740; S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 1 cit., 337; probabilisti C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 55; O. LENEL, *Pal.* 1.692 nt. 2; H. BUHL, *Salvius Julianus* 1 cit., 114 e ivi nt. 4; C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1^2 cit., 605 nt. 92; A. GUARINO, *L'esegesi* cit., 215; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 245; M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 41; C.A. CANNATA, *Der Vertrag* cit., 67 nt. 29; E. BUND, *Salvius Iulianus. Leben und Werk*, in ANRW II 15, Berlin-New York 1976, 443.

[100] In tal senso già Giffard, su cui vd. *infra* § 6, in questo cap.

[101] Così ad es. F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 115: «pare innegabile che abbia detto qualcosa di diverso (di nuovo) rispetto ad Aristone».

per taluni, sul piano delle dottrine, per altri, su quello delle forme di intervento, per altri ancora, su entrambi.

Tra questi ultimi, c'è chi ha pensato a una rimodulazione del συνάλλαγμα aristoniano che avrebbe portato a una profonda riconfigurazione dell'elemento della *causa*, in modo che si sarebbe passati dal modello (aristoniano) di *causa* intesa come *datio ut*, rigidamente ancorato, dunque, alla prospettiva di una consegna traslativa di proprietà (*datio*), a quello più blando di «"scambio di prestazioni" pattuito dalle parti purché *ex uno latere* pienamente attuato».[102] Tale trasformazione, come si è appena accennato, non sarebbe rimasta senza riflessi per ciò che concerne l'individuazione dei presupposti di azionabilità della pretesa, nel senso che si sarebbero poste le premesse per ricorrere all'*actio civilis incerti*, non solo in caso di «"controprestazione" inadempiuta (ovviamente previa '*datio ut*' valida ed efficace), ma anche […] per l'ipotesi di "inutilità" della prima *datio*»:[103] che poi sarebbe appunto l'ipotesi di Ulp. 4 *ad ed.*

In un analogo ordine di idee, altri hanno attribuito a Mauriciano una più puntuale messa a punto del συνάλλαγμα aristoniano, inizialmente coincidente con la generale e generica nozione del *contrahere*,[104] nei nuovi e più ristretti termini del «Gegenseitigkeitsverhältniss(es) von Leistung und Gegenleistung».[105] Si tratta di impostazione non molto dissimile da quella precedente: per lo meno se la si osserva dalla più specifica prospettiva degli esiti processuali. Secondo tale dottrina, infatti, l'indicato sforzo di riflessione sarebbe stato accompagnato da un processo di valorizzazione del profilo della *conventio* che avrebbe avuto come principale effetto quello di determinare una svalutazione dei requisiti (di efficacia) della consegna, necessari ai fini della costituzione del rapporto contrattuale,[106] in modo che non si sarebbe resa più indispensabile la

---

[102] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 149 ss., 151.

[103] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 151 e ivi nt. 113.

[104] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 107 s., 238: («eine allgemeinere Bedeutung […] bedeutet συνάλλαγμα das gleiche wie *contrahere*»); uno spunto in tal senso può rinvenirsi già in A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 190 s., ove appunto si sostiene che Aristone avrebbe slegato la nozione di sinallagma dalla categoria «du contrat consensuel synallagmatique parfait», secondo la visione labeoniana, per ancorarla alla più ampia nozione di *negotium contractum*, inteso quale «acte présentant un intérêt» e come tale contrapposto alla *donatio*.

[105] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 107 s., 238.

[106] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 158 nt. 472: «Bemerkenswerterweise braucht die *datio* keine wirksame Übereignung mehr zu sein […] um verpflichtend zu wirken».

produzione di un effetto propriamente traslativo,[107] secondo quanto invece richiesto da Aristone.

Altri ancora, come Gallo, hanno avanzato l'ipotesi di un sostanziale superamento (se non proprio abbandono) della posizione aristoniana sul piano concreto della tutela, dovuto, in realtà, più che a una precisa opzione metodologica da parte del giurista antoniniano, alla necessità di adeguarsi alla prescrizione del ricorso allo strumento dell'analogia processuale introdotta in sede di codificazione dell'editto,[108] nell'ambito di una riforma che si sarebbe in sostanza prefissato l'obiettivo di reimpostare i meccanismi di tutela delle c.d. *conventiones sine nomine*, passando da un approccio di tipo sillogistico-deduttivo, basato su una corrispondenza con un modello generale e astratto di contratto, a uno di tipo analogista, piuttosto impostato sulla ricerca di somiglianze con un tipo contrattuale in particolare.[109] Il primo, operante a livello processuale tramite l'adozione dell'*actio civilis incerti* di stretto diritto (almeno da parte di Aristone); il secondo diversamente caratterizzato dall'estensione in via utile, mediante *praescripta verba*, delle azioni contrattuali edittali, in maniera che, «per le convenzioni del tipo *dedi rem ut aliam mihi dares, dedi ut aliquid facias*», si sarebbe venuto a concretizzare («al di fuori della linea labeoniana») un passaggio da una tutela di stretto di diritto a una tutela di buona fede.[110] Allo stesso Mauriciano si dovrebbe, peraltro, secondo lo stesso studioso, una ridefinizione dei rapporti del sinallagma con la categoria del *contractus*, che avrebbe portato il giurista

[107] Con un'ipotesi che, per lo meno dal punto di vista delle implicazioni sul piano delle soluzioni concrete, è stata sostanzialmente ripresa, come si è visto (*supra* in questo stesso §), da C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 151 e ivi nt. 113.

[108] F. GALLO, *«Agere praescriptis verbis»* cit., 25, il quale pensa qui a una «applicazione utile dell'*actio locati*», con un'ipotesi che non pare pienamente compatibile con l'impianto del brano ulpianeo, il quale evidenzia piuttosto una stretta relazione (anche sul piano della logica sostanziale) con la soluzione del giurista predecessore.

[109] Sulle due diverse logiche argomentative vd. quando si osserverà *infra* § 7, in questo stesso cap.

[110] Così F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 118, di cui non si comprendono i dubbi circa l'attribuzione di una tale svolta a Mauriciano («Non è […] certo se tale passaggio sia già stato operato da Mauriciano»), tenuto conto che secondo lo studioso torinese (vd. nt. prec.) il giurista antoniniano, attenendosi all'intervenuta riforma adrianea, avrebbe proposto l'impiego dell'*actio conducti utilis*; maggior fiducia («venne verosimilmente compiuto da Mauriciano») in ID., *Contratto e atto secondo Labeone* cit., 29, ove si attribuisce in sostanza a Mauriciano una contaminazione del profilo sostanziale della dottrina aristoniana con la diversa prospettiva processuale labeoniana; prende le distanze rispetto all'ipotesi di un allontanamento di Mauriciano dal modello dell'*actio civilis incerti*, invece, A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 336, 342 s.

antoniniano a operare una sua «inclusione nel sistema contrattuale».[111]

Da parte di taluni si è diversamente pensato a una semplice estensione, non propriamente rielaborativa, della nozione sinallagmatica, che avrebbe in sostanza determinato un allargamento della tutela anche ai casi di *facio tu des* (o *ut facias*),[112] o che ne avrebbe, comunque, costituito il presupposto.[113]

C'è poi chi ha immaginato uno sviluppo maturato sul piano dell'approccio processuale, che avrebbe avuto come esito quello di determinare una contaminazione delle logiche processuali labeoniana e aristoniana, tradottasi nell'integrazione dei *praescripta verba* labeoniani all'interno della struttura formulare dell'*actio civilis incerti* (di stretto diritto) aristoniana.[114] Noi stessi non abbiamo escluso, in passato,[115] un intervento estensivo dell'ambito applicativo dell'azione, che ne avrebbe ammesso l'impiego, non solo ai fini dell'adempimento della controprestazione, ma anche in caso di evizione,[116] con un'ipotesi che cercava di tener conto delle linee evolutive che portarono all'affermazione della responsa-

---

[111] Così, per l'appunto, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 114 ss.: «l'identificazione di quest'ultimo (scil. συνάλλαγμα) col contratto e la connessa inclusione nel sistema contrattuale fu un passaggio successivo, verosimilmente già compiuto o iniziato da Mauriciano».

[112] B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo* cit., 123 s.: «fa ancora un passo avanti. Per lui il genere della prestazione non importa».

[113] In questo senso R. KNÜTEL, *La causa* cit., 138 s. Come sembra doversi evincere dalle considerazioni finali («il passo da fare è ormai molto piccolo, per riconoscere anche nei casi di *do* [scil. *facio*] *ut des* e di *facio ut facias* il fondamento di una *civilis obligatio*»), l'autore pensa a una vicenda anomala o ibrida di *do ut des*, su cui si è innestato un *facere*, più che a un caso propriamente di *facio ut des*: «siamo di fronte ad un patto (*do ut facias*), ed abbiamo come minimo una prestazione valida, che consiste nel caso di specie in un *facere*».

[114] Così T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 184 ss.; critico sul punto C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 93 nt. 161; indipendentemente dall'ipotesi di uno specifico contributo mauricianeo in tal senso, sulla possibilità di ricorrere a *praescripta verba* anche nel programma di giudizio dell'*actio civilis incerti* vd. favorevolmente A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 18; ID., *Osservazioni* cit., 137 s., 154; ID., *I contratti innominati* cit., 77; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 107 ss.

[115] G. ROMANO, *Nota sulla tutela* cit., 3.

[116] Uno spunto in questa direzione sembra cogliersi in B. BIONDI, *Contratto* cit., 95; pur in una prospettiva che, come si è appena visto (*supra* nt. 104), tende a ricollegare tale evoluzione a una ridefinizione del precedente schema sinallagmatico aristoniano, così, sostanzialmente, anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147, 157 s., 238: «Der Forstschrift besteht darin, daß nunmehr auch den Geber Verpflichtungen treffen können. In dem von ihm konstruierten Fall „*dedi ut dares*" geht es um die Haftung des *dans* für Eviktion»; così pure, come si è già accennato (*supra* nt. 27), M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 265.

bilità per evizione in materia di compravendita consensuale[117] e che, in qualche modo e per altro verso, si riallacciava a certi indirizzi interpretativi particolarmente cari alla dottrina meno recente, la quale guardava all'*a.p.v.* come a un rimedio predisposto a favore del solo contraente primo esecutore.[118] Congettura

[117] Così, per certi versi, più di recente anche P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in SCDR 22, 2009, 245 s., su cui vd. *infra* nt. 299. Più in generale, sull'origine del principio di responsabilità del venditore per evizione, propone genericamente una datazione intorno agli inizi del II sec. a.C. M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 388, il quale discute in proposito di «profondo rivolgimento del sistema originario». Propende per un'attribuzione allo stesso Giuliano la dottrina tradizionale, per la quale vd. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 349; M. KASER, RPR I,[2] 556 e ivi nt. 31, ove ulteriori riferimenti alla letteratura; più recentemente, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien 1976, 337; F.J. CASINOS-MORA, *'Auctoritas' in PS.2.17.1-3*, in Labeo 48, 2002, 119. Diversamente, pur con cautela, pensa da ultimo a Giavoleno (Iav. 2 *ex Plaut.* D. 21.2.60) T. DALLA MASSARA, *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in IVRA 52, 2008-2009, 259; ID., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro* 2, Milano 2010, 113; propone piuttosto una posticipazione a Pomponio H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990*, vol. II, Milano 1991, 599, 615; soprattutto, ID., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in RIDA 39, 1992, 57 ss. Sulla questione e per una panoramica generale vd., con dubbi sulla genuinità di Iav. 2 *ex Plaut.* D. 21.2.60, M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 395, il quale d'altra parte richiama Iav. 9 *epist.* D. 41.3.23.1.

[118] Spiegava in questo modo il rifiuto della concessione dell'azione civile da parte di Giuliano, più che attraverso l'ipotesi (avanzata da Bartolo) di una riqualificazione del rapporto in termini di *facio ut des*, già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 5 § 2*) 653, il quale, d'altra parte, non nascondeva le proprie critiche rispetto al punto di vista del giurista adrianeo («sane fallebatur»): «nec proinde credendum est Iulianum eo praetextu motum fuisse, quem ex Bartolo diximus, quod ex parte tua dici posse Contractus do ut facias (scil. facio ut des), quod certe nec defendi vere potest, cum ex modo ineundi non ex implemento contractus omnes, maxime vero innominati aestimandi sint, sed quia non credidit, ex contractu do ut facias civile aliquod nasci negotium ex parte facientis, sed tantum ex parte dantis, in quo sane fallebatur»; W. SCHMUCK in A. WIELINGIUS, *Iurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum juris justinianaei corpus, ad modum Jac. Labiti et aliorum*, 2 voll., Amstelodami 1727, (*Cap. V § 23. nt. g*) 103, citato da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 104; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXVII*) 1740: «Julianus, cum videatur, actionem praescriptis verbis seu civilem ex hoc contractu illi solum dari, qui dedit rem»; un'apertura in tal senso anche in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 102: «Oder glaubte etwa Julian nicht, daß aus dem contractus do ut facias ein bürgerliches Geschäft auf Seiten des facientis […] entstehe»; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 21.III) 48: «Uebrigens ensteht in Beziehung auf den Fall do ut facias die Frage, ob die hier eintretende verpflichtende

che oggi, però, ci sembra vada riconsiderata alla luce di una più attenta valutazione dell'impianto argomentativo ulpianeo.

3. Il punto di vista di Giuliano nel resoconto ulpianeo. L'*actio in factum* come azione pretoria in senso stretto.

Volendoci per il momento concentrare sul punto di vista giulianeo, occorre riconoscere che il brano, analizzato nella sua scansione discorsiva (*eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* […] *nasci civilem obligationem* […] *Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum*), viene a ingenerare proprio il convincimento che Giuliano, ponendosi in contrasto con un significativo settore della giurisprudenza che in Aristone sembrerebbe aver trovato uno dei rappresentanti più autorevoli, fosse restio a riconoscere l'esistenza di un rapporto contrattuale: per lo meno per quanto concerne le tipologie di rapporti atipici indicati nel testo ulpianeo (*do ut des*, *do ut facias*). Con una posizione che, peraltro, da parte di Ulpiano si vorrebbe prospettare come tributaria dell'atteggiamento assunto in proposito da Celso (*Aristo Celso respondit* […] *et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc*), e così del resto intesa da un significativo numero di studiosi,[119] senza che per questo siano stati tratti seri ar-

---

Kraft bloß bewirkt, daß der dans dadurch einen Anspruch erhält, oder ob auch für den faciens ein Gegenanspruch entsteht. Maurician und Ulpian sind der letzten Ansicht, und sprechen daher dem faciens eine actio civilis zu. Julian nimmt dagegen keinen wechselseitig bindenden Schuldvertrag an»; che la concessione dell'*a.p.v.* in Ulp. 4 *ad ed.* (ma anche in Paul. D. 19.4.1.1) a favore della parte evitta rappresenti uno stadio evolutivo rispetto a una fase originaria in cui l'azione sarebbe spettata unicamente «à la personne qui avait fait la prestation sur la quelle reposait le contrat» è sostenuto anche da C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 312 e ivi nt. 27. Su un piano più generale, per la spettanza dell'azione contrattuale (*a.p.v.*) in favore del solo contraente che avesse dato per primo esecuzione all'accordo («praescriptis verbis actionem semper uni tantum contrahentium competere»), vd. A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 86, per quanto poi in concreto lo studioso spiegasse il rifiuto di Giuliano di ricorrere all'azione contrattuale in Ulp. 4 *ad ed.* col mancato prodursi del prescritto effetto traslativo che avrebbe impedito la configurazione di un *do ut facias*, determinando piuttosto un *facio ut des*. Al riguardo vd. vol. II, cap. IV § 4: per la posizione dell'autore nt. 200.

[119] Nel senso di una relazione tra l'impostazione giulianea e quella celsina G. MELILLO, *Forme* cit., 502; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 32 ss.; ID., *Osservazioni* cit., 144; con maggiore decisione, più recentemente C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno* cit., 458 s., secondo il quale entrambi i giuristi avrebbero inquadrato gli accordi di *do ut des* e *do ut facias* «nel regime della *condictio* esperibile a sanzione di un arricchimento ingiustificato», con possibile applicazione di *actio in factum* nell'eventualità di una sua inutilizzabilità: sul punto di vista dello studioso vd.

gomenti in relazione al dibattuto tema del rapporto di rivalità[120] o al contrario

infra § 8 di questo cap.; pone una relazione tra la soluzione giulianea di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 e il punto di vista del maestro proculeiano, seppure con una accentuazione dei toni polemici rispetto alla «pacata critica celsina alla soluzione labeoniana», A. SCHIAVONE, *Le logiche* cit., 159 ss., ove semmai si segnala una deviazione sul piano processuale che avrebbe portato Giuliano a mettere «da parte anche la possibilità, accettata invece da Celso, del ricorso alla *condictio*». Questione «a prima vista inspiegabile» che l'autore prova a risolvere facendo appello alla distanza tra le teoriche contrattualistiche dei due giuristi. Mentre Celso si sarebbe ispirato, al pari di Aristone, alla nozione pediana di contratto costruita sull'«elemento volontaristico della *conventio*», Giuliano, al contrario avrebbe piuttosto elaborato una teorica contrattuale caratterizzata dall'«oggettiva bilateralità del negozio», individuando in altri termini il *contractum* nel rapporto lecito produttivo di *obligatio*, purché previsto dall'ordinamento («oltre i suoi limiti Giuliano, sabinianamente, non va mai»: 160). Concedere la *condictio* avrebbe voluto dire, in sostanza, riconoscere la natura contrattuale dei *nova negotia*: di qui la concessione o, se si preferisce, l'esigenza di ricorrere all'*actio in factum*. Spiegazione nel complesso poco convincente, la quale non tiene peraltro conto del fatto che nel caso affrontato in Ulp. 4 *ad ed.* l'impiego della *condictio* sarebbe risultato comunque impraticabile, considerato il tipo di prestazione eseguita (*manumissio*): e lo sarebbe stato naturalmente anche per Celso (al riguardo vd. anche vol. II, cap. IV § 4.1, e ivi nt. 297); per una inapplicabilità della *condictio* al caso in questione vd. giustamente B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip* cit., 88; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 204. Sulla relazione tra la dottrina contrattuale giulianea e l'impostazione pediana vd. E. BETTI, Sul v*alore* cit., 54 ss., 62; G. GROSSO, *Il sistema romano* cit., 36 s. In proposito vd. anche quanto si avrà modo di osservare nel II vol., cap. IV § 4.1.

[120] Nel senso di un possibile antagonismo, anche di natura personale, vd. già P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 169; più di recente P. FREZZA, *Responsa* cit., 209 s.; è dell'avviso che tra i due giuristi corresse un'aspra polemica scientifica, e forse anche personale, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*,[2] Napoli 1984, 205, il quale si basa sul rilievo che mai l'uno citerebbe l'altro, se si fa eccezione del solo Iul. 29 *dig.* D. 28.2.13 pr., passo in cui peraltro la citazione di Giuliano da parte di Celso si rivelerebbe estremamente sospetta (la genuinità del riferimento è per l'appunto esclusa dall'autore: in proposito vd. H.J. WOLFF, *Concerning the transmission of Julian's Digesta*, in Seminar 7, 1949, 82 nt. 43; in senso contrario V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, 143). Irrilevanti sarebbero, sempre secondo Bretone, Paul. 17 *ad Plaut.* D. 45.1.91.3, Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13.3 '*inquit Iulianus* […] *quam sententiam Celsus* […] *probat*' ed infine Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.12-13. Per un «tacito contrasto» deporrebbe anche Iul. 86 *dig.* D. 9.2.51.2, in cui, sempre ad avviso di Bretone, è verosimile che, con l'espressione '*quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui*', Giuliano «prendesse di mira» Celso, secondo quanto emergerebbe dall'esame congiunto di Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.3 e Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.1: su cui vd. K.H. SCHINDLER, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum problem der überholenden Kausalität*, in ZSS 74, 1957, 201 ss. Ritiene probabile l'esistenza di «dissensi personali» anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 244, il quale però non esclude una convergenza di opinioni su singoli punti; sempre nell'ottica di un contrasto P. STEIN, *Le scuole* cit., 12; di «rilevanti sfasature» relative alla concezione del diritto, da ultimo,

di stretta dipendenza intellettuale tra i due giuristi,[121] entrambi attivi, assieme a Nerazio,[122] all'interno del *consilium principis* di Adriano.[123]

Di qui, come si diceva, la concessione, da parte di Giuliano, di un'*actio in factum*. Che si tratti di azione pretoria in senso stretto non può esservi dubbio.[124] Sono davvero isolate le prese di posizione di coloro che hanno al contrario pensato al ricorso a un'azione civile extraedittale (*actio in factum civilis*). Si tratta peraltro, come avremo modo di vedere, di soluzioni che appartengono (quasi) tutte a un passato assai lontano, la cui praticabilità allora esigeva che si fosse disposti ad ammettere un grossolano travisamento del pensiero del giurista adrianeo, da parte di Mauriciano, prima, e Ulpiano, poi, con un'ipotesi che già all'epoca fu prontamente giudicata poco verosimile[125] e che in definitiva nasceva

---

discute E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano 2001, 20 nt. 3, 20 s. nt. 4, ove altra letteratura.

[121] Nel senso di un'influenza di Celso addirittura più incisiva di quella esercitata dal maestro Giavoleno, vd. V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 143 ss., 205, per il quale l'esperienza celsina si sarebbe tradotta in un «punto di riferimento essenziale per Giuliano»; a una influenza proculeiana e in particolare celsina sul piano concreto delle soluzioni, ma anche della metodologia giuridica, pensa pure P. STEIN, *Le scuole* cit., 12; sull'affinità sistematica e contenutistica tra i *digesta* dei due giuristi aveva già richiamato l'attenzione E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 431 nt. 184, il quale, d'altra parte, era dell'avviso di svalutare il dato delle mancate citazioni tra i due giuristi per arrivare a congetturare una «Abneigung entspringendes "Totschweigen"» (442); sulla questione di recente vd. E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum»* 2 cit., 20 nt. 3.

[122] Così, in base a Pap. 11 *quaest.* D. 37.12.5, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 146 («quasi sicura colleganza nel *consilium* di Traiano»).

[123] A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 304; E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 442.

[124] In questi termini già A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84 s., il quale correttamente invoca la motivazione addotta da Mauriciano (*esse enim contractum* […] *unde haec nascitur actio*); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 90 e ivi nt. 16, 100; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 184 s. nt. 9; F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 75 s.; la natura pretoria è ammessa anche da J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis* cit., 455, che pure è disposto a salvare il ricorso all'azione civile da parte di Giuliano in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 (in proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.2); sempre per la natura pretoria, tra i tanti, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 431 s.

[125] Così, appunto F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliores leges. ff. de Pactis. Libri Tres*, Compluti 1586, 609 ss., ove vengono passate in rassegna le argomentazioni portate a sostegno di tale indirizzo interpretativo, che aveva trovato in Fulgosio (1367-1427) uno dei principali sostenitori («Fulgosius hic, firmare ausus est, perperam & male fuisse reprehensum Iulianum a Martiano, ac proinde Ulpianum, minus recte sententiam amplexum, cum eius sententia, de actione civili intellegi potuerit […] Nos autem […] Fulgosij opinionem […]innixam funda-

ancora una volta dal desiderio di conciliare a ogni costo Ulp. 4 *ad ed.* con Paul. 5 *quaest.*, ove per la stessa fattispecie, come si è detto, è diversamente attribuita a Giuliano la concessione dell'azione civile (*in factum civilis*).[126] Di esse non è rimasta significativa traccia negli studi più recenti,[127] benché si tratti di un'eventualità che, a ben vedere, potrebbe oggi ritenersi astrattamente praticabile, più di quanto non lo fosse allora. Per lo meno se ci si dovesse porre dal punto di vista di quanti portano avanti l'ipotesi di una differenziazione processuale tra la decretale *actio in factum* (*civilis*) labeoniana e l'edittale *actio civilis incerti* aristoniana.[128]

È inutile dire che la stessa possibilità naturalmente non sussiste per coloro che si mantengono fedeli all'insegnamento tradizionale che difende al contrario l'idea di una identificazione dei due rimedi processuali. Per costoro la natura pre-

---

mentis, minime probare possumus»), finendo da parte sua con l'approvare la *reprehensio* a Giuliano («merito Martianus dixit, dandam esse actionem civilem, praescriptis verbis […] non autem in factum praetoriam, prout Iulianus male existimabat, ut in ferius latius demonstrabimus»).

[126] In proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.

[127] Fa eccezione L. ZHANG, *Studies on Actio in Factum Civilis*, in U. MANTHE, S. NISHIMURA, M. IGIMI (a cura di), *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlin 2016, 497 ss., che pensa all'impiego di azione *in factum civilis* sull'esempio dell'*a. ex empto*, con un punto di vista che non tiene evidentemente conto delle incongruenze che si vengono così a determinare sulla trama narrativa di Ulp. 4 *ad ed.* e che segna peraltro una radicale svolta rispetto alla posizione tenuta in ID., *Contratti innominati* cit., 202 s. e ivi nt. 111, ove al contrario tale ipotesi era espressamente esclusa («è difficile ipotizzare che l'*actio in factum* giulianea in D. 2.14.7.2 sia un'*actio in factum civilis* modellatasi sull'*actio empti*»): in proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.2, nt. 155. Non del tutto chiaro il punto di vista di H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 450, che se per un verso si limita a evidenziare il carattere decretale dell'azione («der Prätor könne nach eigenem Ermessen eine außerediktale Klageformel herstellen, eine sogenannte *actio in factum*, die einzig und allein auf den vorliegenden Individualfall ausgerichtet sei»), per altro (265) sembra suggerire la predisposizione di apposita azione modellata su programma di giudizio edittale («eine *actio in factum* […] eine an eine im Edikt vorgesehene Klage angelehnte und im Hinblick auf den Sachverhalt konzipierte *actio*»), non diversamente parrebbe da Aristone (*infra* nt. 135), almeno che non si voglia pensare, sulla falsariga di Accarias, ad un'*actio in factum utilis* con l'impianto di Gai 4.46 (*formula in factum*). Nonostante talune affermazioni che potrebbero in effetti indurre a ritenere il contrario («Il riferimento all'*actio in factum* sarebbe, dunque, da intendere nel senso di azione decretale, piuttosto che in quello di *actio* con *formula in factum concepta*») la natura strettamente pretoria dell'azione non è messa in discussione neppure da C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 148 e ivi nt. 11, 155 ss.

[128] Al riguardo vd. *infra* § 6 in questo cap.

toria in senso stretto dell'azione è del tutto pacifica: facendo quantomeno affidamento sull'attuale tenore del brano e respingendo talune fantasiose ricostruzioni testuali affacciate ad arte in dottrina, anche in questo caso, però, in tempi ormai lontani, con le quali si suggeriva di leggere '*in facto*', anziché *in factum* (*Iulianus scribit in <facto>* [*factum*] *actionem a praetore dandam*),[129] come se in sostanza il giurista adrianeo rinviasse l'individuazione del rimedio da adottare a una valutazione legata alla specificità del singolo caso, del fatto concreto (*in facto*, per l'appunto): in un quadro solutivo costruito, come si è già accennato, sull'alternativa processuale tra *a. de dolo* e *a. civilis in factum*, in aderenza ai criteri decisionali riportati nel già citato Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 '*si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem*'.[130] Di qui le critiche mossegli da Mauriciano che sarebbe stato al contrario favorevole alla concessione dell'azione civile, in ogni circostanza, anche in presenza di comportamenti che avrebbero astrattamente legittimato il ricorso all'*a. de dolo*.[131]

È appena il caso di osservare che non tutti gli argomenti addotti a sostegno della natura pretoria (in senso stretto) dell'azione possono ritenersi pienamente condivisibili. In più di un'occasione si è fatto appello a criteri espressivi non così affidanti. Scarsamente decisiva è da ritenersi, ad es., l'affermazione di Ulpiano che vorrebbe l'azione concessa dal pretore (*a praetore dandam*).[132] Anche a volere prestare la propria adesione all'indirizzo interpretativo formatosi sulla scia di Krüger (sul quale sarebbe, in effetti, il caso di avviare una più attenta riflessione), essa potrebbe al più dimostrare il carattere non edittale dell'azione,[133] ma non sarebbe certo in grado di fornire più specifiche informazioni sull'esatta configurazione del programma di giudizio. Nessun argomento si può trarre, in tal senso, neppure dalla precisazione mauricianea circa il '*sufficere*' dell'azione civile (aristoniana). Di sicuro essa non ci consente di sostenere, *a contrario*, che l'azione alla quale pensava Giuliano dovesse essere congegnata secondo lo sche-

[129] Così G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505.

[130] G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505, ove vengono conseguentemente respinti i sospetti sull'impiego dell'aggettivo *civilis* nella testimonianza paolina.

[131] Per maggiori indicazioni al riguardo vd. vol. II, cap. IV §§ 3-3.2.

[132] Così, seppur con cautela, tra gli studiosi più recenti M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145; da ultimo anche P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 137.

[133] In proposito vd. *infra* § 5 in questo cap.

ma della *formula in factum concepta*.[134] Semmai il ricorso al verbo *sufficere* potrebbe dar credito all'ipotesi di quanti, da prospettive assai differenti tra di loro, hanno pensato all'adozione, da parte di Mauriciano, di un rimedio processuale già previsto a livello edittale,[135] tenuto conto che lo stesso verbo si trova regolarmente associato a strumenti processuali tipici.[136] Dovendosi escludere, per le ragioni prima chiarite, sia l'*actio empti* che la *condictio* (*certi*), o ancora l'*a. fiduciae*,[137] potrebbe per l'appunto trattarsi della discussa *actio qua incertum petimus* ricordata in Gai 4.131, della cui presenza all'interno dell'editto si dichiara con-

---

[134] Così invece F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 182; con cautela («vielleicht») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145 e ivi nt. 399.

[135] Così, per certi versi, anche H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 450, in termini che però non fanno riferimento a un rimedio processuale in particolare, quanto a un adeguamento *praescriptis verbis* del programma di giudizio predisposto per il modello contrattuale edittale più vicino: «Mauricianus […] vertrat […] den Standpunkt, daß man unter den ediktalen Klageformeln (den. sogen. *actiones civiles*) zumindest eine ausfindig machen könne […] allerdings sei es dann notwendig, die Eigenart der Forderung „mittels einer vorangestellten Beschreibung des Tatbestandes" (*praescriptis verbis*) zu erläutern».

[136] Così del resto già S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 283 nt. 1; coglie un'allusione «a un'azione già esistente» anche P. VOCI, *La dottrina* cit., 245. Per il riferimento a rimedi edittali vanno segnalati Ulp. 10 *ad ed*. D. 3.5.9.1 (*a. neg. gest.*); Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.5.1 (*a. furti-condictio*); Ulp. 11 *ad ed*. D. 4.3.9 pr. (*ex vendito*); Fur. Ant. 1 *ad ed*. D. 4.3.40 (*doli mali exceptio*); Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.7 (*a. legis Aquiliae*); Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.19 (*sufficit Aquiliae actio*); Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.29.4 (*Aquiliae sufficere*); Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.3.6.7 (*a. comm. divid.*); Paul. 2 *quaest*. D. 10.3.29 pr. (*a. comm. divid.*); Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.3.8 (*sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia*: interp.?); Ulp. 26 *ad ed*. D. 12.1.9.3 (*certi condictio*); Paul. 22 *ad ed.* D. 13.6.22 (*commodati actio*); Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.19.2 (*pro socio vel communi dividundo*); Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.1.1 (*a. de peculio*); Ulp. 31 *ad ed*. D. 17.2.52.14 (*a. pro socio*); Paul. 5 *quaest*. D. 19.1.43 *(a. empti*); Paul. 22 *ad ed*. D. 19.2.45.1 (*a. ex conducto*); Marcell. 5 *dig.* D. 20.1.27 (*crediti ipsius actio*); Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.23 pr. (*ex vendito a.*); Tryph. 13 *disp*. D. 26.6.4.4 (*a. suspecti tutoris*); Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.5.5 (*tutelae iudicium*); Ulp. 35 *ad ed.* D.26.7.5.6 (*neg. gest. iudic.*); Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.4.6.8 (*a. legatorum*); Gai. 2 *fideic.* D. 36.1.65.9 (*sufficit edictum*); Pomp. 2 *fideic.* D. 36.1.72 pr. (*sufficiunt directae actiones*); Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.5.1.6 (*a. Fabiana*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.11.5 (*interdictum quod vi aut clam*); Ulp. 51 *ad ed.* D. 45.1.51 (*a. ex stipulatu*); Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.8.2.27 (*condictio*); Gai 3.216 (*a. mandati*); C. 5.13.5e (Iust., a. 530): *a. neg. gest.*; Ulp. 18 *ad ed.* Coll. 12.7.6 (*iudicium Aquiliae*). Solo in un caso il verbo si trova adoperato anche con riferimento ad adattamento di azione edittale. Si tratta però di un brano giustinianeo, in cui peraltro l'impiego potrebbe essere stato favorito dal contestuale riferimento all'*a.* (*legis Aquiliae*) *directa*: I. 4.3.16 '*cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia*'.

[137] Per tutte vd. *supra* § 1 di questo cap.

vinto oggi più di uno studioso,[138] in un quadro complessivo che mostra però ancora significative incertezze per ciò che riguarda la concreta ricostruzione del programma di giudizio e soprattutto l'ancor più complessa questione del rapporto con la *condictio incerti*.[139]

Ciò naturalmente non intacca minimamente la validità del dato di fondo che si ricava dal brano ulpianeo, ovvero di un ricorso da parte di Giuliano a un programma di giudizio modulato secondo il paradigma di Gai 4.46.

4. Profili problematici legati all'interpretazione tradizionale.

Il primo aspetto che balza però agli occhi, e che in effetti si era già imposto all'attenzione degli studiosi meno recenti, è costituito dall'assoluta specificità del caso ricordato da Ulpiano.

Viene in effetti da chiedersi come sia mai possibile che il giurista severiano abbia deciso di affidare a un passaggio incentrato su un aspetto indubbiamente specifico, e per certi versi non così centrale, come quello dell'evizione, il compito di rappresentare un'eventuale disputa tra Giuliano e Mauriciano relativa a un tema di straordinaria importanza, come quello dell'apertura al fenomeno del contrattualismo atipico.

Non è irragionevole supporre che se tra i due giuristi, o meglio ancora tra Giuliano e Aristone, si fosse effettivamente venuto a delineare un contrasto che avesse investito in una prospettiva assai più generale e in termini certamente più radicali il problema della tutelabilità delle convenzioni atipiche, Ulpiano avrebbe probabilmente indirizzato la propria attenzione verso passaggi di maggiore spessore e di più ampio respiro, tali comunque da far trasparire in modo compiuto e non frammentario il pensiero di tutti i giureconsulti coinvolti.

Si tratta di un'osservazione che non si può certo risolvere attraverso la sola

---

[138] In questo senso già («Fragen kann man wir nur, ob diese Formel als „Grundschema" für alle Fälle der actio incerti proponiert oder nur für die Klage aus einer stipulatio auf incertum. Wir glauben, daß das erstere der Fall ist») J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar 1907, 90 s.; tra gli studiosi più recenti ci limitiamo a segnalare (oltre a Giffard) J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, 191 ss.; R. SOTTY, *'Condictio incerti'* cit., 2491 ss.; ulteriori indicazioni in A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 397 nt. 3; in senso contrario vd. O. LENEL, EP,[3] 156 ss., 233; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 6 nt. 17; rimane cauto al riguardo L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, 78 s. nt. 23.

[139] Al riguardo vd. *infra* cap. III § 3.

ipotesi di un condizionamento derivante dal materiale al quale avrebbe attinto il giurista severiano, anche ad ammettere l'eventualità di una derivazione indiretta.[140] A prescindere poi che questa fosse avvenuta per il tramite unico dei *commentari* di Pomponio,[141] opera ampiamente utilizzata da Ulpiano nella redazione dei propri *libri ad edictum*;[142] o ancora attraverso una ricucitura di due distinte tradizioni testuali: le *notae* di Mauriciano ai *digesta* di Giuliano per la *reprehensio* al punto di vista del giurista adrianeo; un testo di Celso, per il pensiero di Aristone.[143]

Essa ci deve semmai porre di fronte all'interrogativo se non sia per caso più conveniente rinunciare alla facile tentazione di trasformare a ogni costo la testimonianza ulpianea in una sorta di manifesto del pensiero di Giuliano, prendendo piuttosto in considerazione un'altra eventualità, anche se all'apparenza forse meno immediata: e cioè che il dissenso rispetto a Mauriciano riguardasse il caso specifico (*do ut manumittas*) cui si riferisce la testimonianza ulpianea, o magari anche, in termini ancor più circoscritti, la sola possibilità di accordare l'azione contrattuale a colui che avesse subìto evizione (secondo il pensiero, come vedremo, degli autori di diritto comune),[144] senza che da questo si debbano necessariamente trarre precise e ulteriori implicazioni in relazione all'atteggiamento complessivamente assunto dal giurista adrianeo riguardo al tema della tu-

---

[140] Diversamente, propende per una citazione del pensiero di Giuliano tratta dal primo libro dei *digesta*, posto a commento dell'editto *de pactis*, O. LENEL, *Pal.* 1.320, Iul. 15.

[141] A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 141 e ivi nt. 189, ove, con riferimento alle fonti adoperate a sua volta dal giurista antoniniano, si ritiene che il ricordo del parere di Aristone sarebbe stato contenuto in Celso, «mentre per la citazione degli altri due», la fonte sarebbe stata «costituita dalle *notae* di Mauriciano ai *digesta* di Giuliano».

[142] Senza naturalmente escludere un impiego diretto delle principali opere dei suoi predecessori. In proposito vd. F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 246, ove vengono opportunamente evidenziate le difficoltà nello stabilire concretamente in quali casi si sia fatto ricorso a materiale diretto.

[143] Così già H. ERMAN, *Recht und Praetor* cit., 338 s.; adesivamente P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 111, 114 s.; non diverso, guardando alla sostanza delle cose, il punto di vista di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 141 e ivi nt. 189, con la differenza, come si è visto (*supra* nt. 141), che a riunire le due diverse tradizioni testuali sarebbe stato già Pomponio; ID., *La scrittura* cit., 150, ove non si esclude neppure l'impiego diretto da parte di Ulpiano di due distinti «blocchi di scrittura», con una possibilità giudicata anzi «probabile» in ID., '*Ius*' cit., 356.

[144] Nell'ottica peraltro, come si è anche accennato (*supra* nt. 118), di una trasformazione del rapporto in *facio ut des*: in proposito vd. più nel dettaglio vol. II, cap. IV §§ 1, 4.

tela delle convenzioni atipiche,[145] intendendo questa espressione nel senso più lato possibile, con inclusione anche di quelle deviazioni dallo schema contrattuale tipico non necessariamente incisive sul *nomen contractus*.

A ciò va inoltre aggiunto, e la notazione assume comunque un suo peso, che, nonostante i non pochi sforzi compiuti in dottrina, nessuna delle interpretazioni maturate nel quadro dell'orientamento tradizionale si è rivelata in grado di fornire un chiarimento realmente soddisfacente circa le ragioni di ordine dogmatico-sostanziale, o anche solo di opportunità processuale, che avrebbero dovuto convincere un giurista accorto come Giuliano, sicuramente non insensibile alle istanze legate alla prassi economico-commerciale, al punto da essersi meritato l'appellativo di «maggiore giurista creatore»,[146] a chiudersi in un ostinato[147] rifiuto dell'atipicità negoziale.

Il più delle volte, in effetti, le spiegazioni prospettate hanno finito per assumere connotazioni evanescenti, facendo quasi sempre ricorso al consueto argomento, in realtà puramente suggestivo, della «dipendenza intellettuale» del giurista adrianeo rispetto alle tradizioni della scuola sabiniana,[148] eludendo in questo modo ogni esigenza scientifico-investigativa, e dimenticando d'altra parte che Giuliano fu allievo diretto di Giavoleno, giurista la cui indipendenza di giudizio è pressoché unanimemente riconosciuta come uno dei fattori che maggiormente contribuirono, già a partire dall'epoca traianea, alla graduale dissolvenza dei contrasti tra scuole che avevano invece più specificamente contrassegnato le prime fasi del principato:[149] senza contare che Giavoleno fu peraltro au-

---

[145] Che nel caso di specie Giuliano si stesse occupando di un caso specifico e non fosse impegnato nell'elaborazione di una teoria generale è recentemente sostenuto da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145 nt. 398.

[146] Secondo il giudizio di E. BETTI, *Sul valore* cit., 30.

[147] Di «drastico rifiuto» discute A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 159.

[148] Così ad es. E. BETTI, *Sul valore* cit., 30; per una decisa svalutazione dell'argomento della dipendenza di scuola («Die […] Vermutung, Julian habe als Sabinianer eine Klage *praescriptis verbis* grundsätzlich ablehnend gegenübergestanden […] ist […] nicht haltbar») vd. invece M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145 nt. 398, su cui vd. anche *infra* nt. 197.

[149] Sulla figura di Giavoleno e sulla sua capacità di dialogo con gli autori della scuola rivale si veda G. VIARENGO, *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, estratto da Materiali per una storia della cultura giuridica X.1, 1980, 3 ss., 25 s., 35 s., la quale, peraltro, fa opportunamente osservare come Giavoleno sia il primo giurista a dedicare «ben quattro delle sue opere al commento di scritti di giuristi predecessori», il che, secondo la studiosa, è sintomo della «precisa volontà di far conoscere, insieme al suo, il pensiero scientifico altrui»; nello stesso ordine di idee vd. G. NEGRI, *Riflessioni sparse sui 'posteriores Labeonis' di Giavoleno*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del*

tore, com'è noto, di un raccolta epitomata di pareri di Labeone (*libri posteriores*),[150] di cui peraltro il più delle volte approvava le soluzioni.[151]

Allo stesso Giuliano d'altra parte si deve il definitivo superamento della contrapposizione con la scuola proculeiana, della quale non raramente egli aveva adottato metodi e soluzioni.[152] Da questo punto di vista non è senza significato

---

pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995, Torino 1996, 68: «il sabiniano Giavoleno accoglie o respinge tesi indifferentemente sabiniane o proculiane»; C.A. CANNATA, *Tuscianus*, in *Studi in onore di R. Martini* 1, Milano 2008, 357 ss., ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano* 3, Torino 2014, 113 ss.

[150] Sui *libri posteriores* e sui complessi problemi che essi pongono in relazione alla effettiva paternità delle soluzioni di volta in volta prospettate, tenuto anche conto della varietà con cui gli stessi libri sembrerebbero richiamati nel digesto (*Libri Iavoleni ex posterioribus Labeonis-Libri posteriorum Labeonis a Iavoleno epitomatorum*), per la letteratura moderna si rinvia, con ampia discussione di fonti e letteratura, a A. BERGER, *Contributi alla storia delle fonti della giurisprudenza romana. I. Intorno all'epitome giavoleniana dei libri posteriorum di Labeone*, in BIDR 44, 1937, 91 ss., il quale prende posizione per l'unicità dell'opera, ritenendo l'iscrizione giavoleniana (*Libri Iavoleni ex posterioribus Labeonis*) di fabbricazione bizantina, come confermerebbe anche l'anomalia della denominazione (102: «Quando nel titolo di uno scritto vi è un '*ex*', segue poi il nome del giurista di cui le opere furono escerpite […] mai il titolo di un'opera singolare»); S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in BIDR 49-50, 1947, 277 ss.; G. VIARENGO, *Riflessioni* cit., 15 ss., 32 ss., che prende posizione per l'esistenza di due distinte opere, una delle quali (*Labeo libro* […] *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*) probabilmente non destinata alla pubblicazione, ma alla sola attività didattica; F.B.J. WUBBE, *Iavolenus contra Labeonem*, in J.A. ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (a cura di), *Satura R. Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg 1985, 95 ss.; D. MANTOVANI, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in Labeo 34, 1988, 271 ss.; G. NEGRI, *Riflessioni sparse* cit., 57 ss.; un'accurata rassegna bibliografica può trovarsi in S. CRISTALDI, *Il contenuto* cit., 66 nt. 178. In relazione all'ipotesi di una differenziazione vd. già E. MERILLIUS, *Observationum libri VIII*, Neapoli 1720, (*Liber V. Caput XXXVII*), 190 («In his nihil fere Javolenus de suo retulit: at in libris ex posterioribus Labeonis Javolenus multa de suo adiecit, probata, vel reiecta quandoque Labeonis sententia»).

[151] In proposito si rinvia alla scrupolosa indagine di G. VIARENGO, *Riflessioni* cit., 25, la quale, su un totale di 42 citazioni, ne segnala ben 28 in adesione al punto di vista del giurista augusteo: dato che fa certo riflettere se lo si confronta con le sole 3 citazioni che egli dedica in tutte le sue opere a Masurio Sabino.

[152] In questo senso A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 313; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in BIDR 63, 1960, 172 nt. 76; così («Giuliano non esita ad usare i metodi proculiani») P. STEIN, *Le scuole* cit., 12 s., ove, più in particolare, si evidenzia una significativa influenza di Nerazio e Celso sul pensiero del giurista adrianeo; per una svalutazione della dipendenza giulianea dalle soluzioni della propria scuola, vd. E. STOLFI, *Il modello* cit., 13 e ivi nt. 49 («sempre che possa considerarsi propriamente un sabiniano […] Sabiniana è […] la formazione di Giuliano, non necessariamente la collocazione di tutte le sue dottrine e le influenze su di esse

che, nelle uniche tre testimonianze in cui è attestato un dialogo a distanza con Labeone, il pensiero di Giuliano si muove sempre in aperta adesione alle soluzioni prospettate dal fondatore della scuola rivale,[153] con un atteggiamento che, se non deve essere certo portato alle estreme conseguenze, ci restituisce tuttavia il ritratto di un giurista di ferma apertura intellettuale, sinceramente interessato al contenuto concreto delle soluzioni di volta in volta suggerite, più che al nome o allo schieramento (di scuola) di chi le aveva congegnate. Rimane poi il famoso e controverso Iul. 23 *dig.* D. 37.5.6 '*Salvius Aristo Iuliano salutem*' in cui, pur con i molti interrogativi che permangono anche sull'esatta lettura del passo,[154] sarebbe riportato, a detta di un discreto numero di studiosi, un consulto, forse in forma epistolare, tra Giuliano e Aristone,[155] che, comunque la si voglia vedere, conferma l'immagine di un giurista dialogante e che certo avrebbe ancor più rilievo se, a dispetto dell'incerta formula salutatoria (Salvius Aristo *Iuliano* salutem), si dovesse aderire all'idea che ad assumere qui il ruolo di in-

esercitate»); in proposito vd. anche V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 143 ss.; A. SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in *Storia di Roma* 2.III, Torino 1992, 53; ID., *Linee* cit., 212.

[153] Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.17.1 '*Labeo scribit et Iulianus libro quarto et Pomponius* […] *probant*'; Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.2.3 '*Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit. pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit*'; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.4.2.8 '*Iulianus Labeonis opinionem secutus*'.

[154] Corregge «*Aristoni Salvius Julianus salutem*» J. BERTRAND, **BIOI NOMIKΩN** *sive de jurisperitis libri duo. Secunda editio, emendatior & nitidior*, Lugduni Batavorum 1675, 298; adesivamente S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 1 cit., 329 nt. 15. Senza significativo seguito la tesi per cui *Salvius* sarebbe un altro nome di Aristone: per l'affermativa vd. comunque H. BUHL, *Salvius Julianus* 1 cit., 16; diversamente vd. già CH. H. HOFFMAN, *Historia Iuris Romano-Iustinianei. Volumen primum*, Lipsiae 1734, (*Cap. I. Per. V. Sect. I.*) 320: «non vero *Salvii* quamvis *l. 6 D. de legat. praest.* legatur SALVIUS ARISTO»; A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 300. Per l'origine glossematica del nominativo *Salvius* vd. TH. MOMMSEN, *Ueber Julians Digesten*, in ZRG 9, 1870, 87 nt. 13; adesivamente A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Catania 1946, 74; più recentemente si orienta per l'errore di un copista E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 512 nt. 173.

[155] Esclude che si tratti dello stesso Aristone, essendo inverosimile uno scambio epistolare tra i due giuristi data la marcata differenza di età, TH. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, in ZRG 7, 1868, 474 nt. 1 («daß unser Aristo den viel jüngern Julian befragt haben sollte, ist nicht glaublich und wird der Brief von einem andern Aristo, vielleicht einem Verwandten des Julian herrühren»); così più recentemente anche P. FREZZA, *Responsa e quaestiones* cit., 208, che pensa a un tale Salvio Aristone, avvocato; in senso contrario («un altro immaginario Aristone non si giustifica da nessun argomento») A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 300; pensa a uno scambio epistolare tra i due giuristi E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 512 nt. 173.

terpellante fosse il ben più giovane giurista adrianeo.[156] Senza contare l'assai discussa esistenza di *Notae* di Giuliano ad Aristone.[157] Sicuramente ingeneroso è il giudizio di giurista incapace di staccarsi dagli indirizzi solutivi (della propria scuola) che qua e là affiora in dottrina e che si è preteso di giustificare con il tradizionalismo della *secta* sabiniana.[158]

Anche quando ci si è indirizzati verso un più approfondito percorso esplicativo ci si è pur sempre accontentati di soluzioni che finivano comunque col presentare tratti estremamente vaghi.

Così, c'è stato chi, come Biondi, ha tentato di ricercare le motivazioni del rifiuto giulianeo in valutazioni di ordine prettamente tecnico-processuale, lasciando intendere che, di fronte alla concessione di *actiones in factum* da parte del pretore, sarebbe dovuta «apparire superflua ogni costruzione giurisprudenziale rivolta ad allargare la cerchia tradizionale dei *contractus*»,[159] con una proposta che si rivela in effetti inappagante. Peraltro, essa potrebbe ritenersi praticabile alla sola condizione di rinunciare all'idea di una diversificazione dell'ammon-

---

[156] In questo senso J. BERTRAND, **BIOI NOMIKΩN**[2] cit., 7, 298 («Julianum item extrema sua aetate familiarem habuit: à quo per epistulam consultum fuisse supra diximus»); S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 1 cit., 329 nt. 15, i quali proponevano conseguentemente di leggere, come si è visto: *Aristoni Salvius Julianus salutem*. In senso contrario, pensa a un «responso per lettera» rilasciato dal ben più giovane, ma già autorevole, Giuliano ad Aristone A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 299, 308 ss., il quale svaluta l'uso della terza persona singolare '*respondit*', potendo Giuliano riferirsi a sé stesso in terza persona: senza peraltro potersi escludere che nel testo originario vi fosse «la solita abbreviatura: R […] dagli amanuensi […] arbitrariamente tradotta in un respondit».

[157] Così, in base a Marcell. 9 *dig.* D. 29.7.9 '*Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui pater familias nec ne esset, ignorasset. Ulpianus notat: nisi veteranus fuit: tunc enim et testamentum valebit*', ad ammettere una correzione di *Ulpianus* in *Iulianus* («in *l. 9 D. de jure cod.* Julianum ad scripta Aristonis quaedam notasse legimus. Non […] scribi debet *Ulpianus notat*. Nam Ulpianum *in Aristonem notas* edidisse nusquam reperimus»), J. BERTRAND, **BIOI NOMIKΩN**[2] cit., 298 s., il quale d'altra parte faceva notare come Marcello non avrebbe potuto citare l'opera di Ulpiano, essendo egli precedessore del giurista severiano («sub Antonino Pio floruit»), avendo al contrario familiarità con l'opera di Giuliano («Marcellus Juliani scriptis maxime usus sit»); dubbioso S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 1 cit., 329 nt. 14, il quale si interroga se non si debba piuttosto attribuire ai compilatori il riferimento alla notazione ulpianea.

[158] Si veda la ben diversa considerazione di C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza*, Milano 1885, 74 s., che lo ritrae come «giurista ossequente alla tradizione» ma ancor «più all'equità», «dalla modernità di pensiero e di indirizzo»; per una svalutazione dell'appartenenza alla scuola sabiniana anche A. LONGO, *Titius Aristo* cit., 314 nt. 1.

[159] B. BIONDI, *Contratto* cit., 96 s.; così anche (*infra* nt. 167) C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 612.

tare della condanna nell'ambito dei due modelli di giudizio,[160] visto che altrimenti sarebbe stato tutt'altro che «superfluo» assicurare un allargamento della cerchia dei contratti tipici, dato che, in tal caso, il dissenso non avrebbe riguardato «solo il modo di provvedere», ma avrebbe al contrario determinato non trascurabili ripercussioni sul versante dell'intensità della tutela.[161]

Così come, per altro verso, ancor meno soddisfacente deve considerarsi la proposta avanzata dallo stesso autore di inquadrare i contrasti sull'ammissibilità della dottrina aristoniana, all'interno di un più generale dibattito apertosi fra gli stessi giurisperiti sul ruolo che questi sarebbero stati chiamati ad assolvere all'interno del mutato quadro politico-organizzativo del principato, come se ad esser messa più profondamente in discussione fosse stata l'idea stessa della giurisprudenza nella sua tradizionale funzione di fattore di produzione del diritto: dibattito che avrebbe indotto i giuristi sabiniani, ritenuti tradizionalmente più vicini all'impostazione ideologica sul quale si era andato edificando il nuovo assetto costituzionale, a interrogarsi sull'opportunità di continuare a introdurre nuovi rimedi processuali di *ius civile*, «di fronte all'affermarsi di nuove fonti legislative».[162]

Si potrebbe anche affermare che la crisi attraversata dal contratto nell'età del Principato non avrebbe rappresentato che il riflesso, per certi versi forse anche inevitabile, della crisi che più in generale e profondamente avrebbe investito l'«interpretatio prudentium nel suo aspetto creativo».[163]

Che del resto le strade sino ad allora percorse non avessero condotto a risultati realmente apprezzabili non era sfuggito a Maschi, il quale, pur prestando una parziale adesione al tentativo di spiegazione avanzato da Biondi, ne avvertiva in definitiva tutta l'inadeguatezza, rendendosi necessario, a suo dire, un ulteriore supporto argomentativo, non potendosi altrimenti spiegare come mai un giurista sicuramente avveduto come Giuliano non avesse avuto «sensibilità delle ragioni» che avrebbero poi convinto la giurisprudenza, soprattutto di età severiana, a operare un pieno riconoscimento sul piano civilistico della vasta gamma di rapporti gravitanti al di fuori dell'orbita della tipicità negoziale.[164]

---

[160] Così, infatti, B. BIONDI, *Contratto* cit., 103 nt. 1.

[161] Vd. *infra* § 5 di questo cap.

[162] B. BIONDI, *Corso di istituzioni di diritto romano.* II. *Obbligazioni*, Milano 1940, 320 s.

[163] B. BIONDI, *Corso* 2 cit., 320, 322 («forse perché credevano che di fronte all'affermarsi di fonti legislative i iuris periti non avessero il potere di introdurre nuove azioni»).

[164] C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1^2 cit., 612.

Ciò induceva lo studioso a ipotizzare il concorrere di una serie di fattori, quali una possibile riduzione della «latitudine dell'intervento magistratuale», dovuta alla codificazione dell'editto, alla quale si sarebbe andata ad aggiungere l'insorgenza (nel «non breve periodo intercorso tra Giuliano e Paolo e Ulpiano») di «esigenze anche di carattere dottrinale e sistematico», senza che però venisse meglio precisato in cosa si sarebbero concretamente tradotte le indicate esigenze di natura dottrinale e sistematica.[165] Quanto poi all'invocata riduzione dell'intervento magistratuale è appena il caso di osservare che il primo a sperimentare la conseguente inadeguatezza degli strumenti a tal fine impiegabili avrebbe dovuto essere proprio Giuliano, che di quella riforma sarebbe stato per l'appunto il massimo artefice e la cui principale produzione scientifica sembra concentrarsi proprio negli anni successivi alla codificazione dell'editto, senza contare che in ordine alla pubblicazione della sua opera maggiore, i *libri digestorum*, è oggi prevalente l'opinione di una integrale edizione addirittura sotto il principato di Antonino Pio.[166]

---

[165] C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 612.

[166] Datazione che si deve, com'è noto, a CH. APPLETON, *La date des digesta de Iulianus*, in NRHD 34, 1910, 731 ss.; ID., *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des digesta de Iulien*, in NRHD 35, 1911, 593 ss.; ID., *Le vrai et le faux sénatus consulte Juventien*, in RHD 9, 1930, 1 ss.; sull'intera questione vd., con ampia discussione e rassegna bibliografica, A. GUARINO, *Salvius Iulianus* cit., 76 ss., il quale da parte sua ritiene che l'intera opera sarebbe stata pubblicata tra il 138-147 d.C., «piuttosto verso la fine, che verso l'inizio»; E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 432 ss., che pensa a una data tra il 148 e il 151, prima comunque che Giuliano si allontanasse da Roma per ricoprire i diversi incarichi affidatigli in provincia, a conclusione della *cura aedium sacrarum* (150 d.C.); più recentemente E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 535 e ivi nt. 25, per il quale difficilmente si potrebbe pensare a una pubblicazione prima del 145. Nel senso di una pubblicazione a cavaliere tra il principato adrianeo e quello di Antonino Pio si era diversamente pronunciato, com'è noto, H. FITTING, *Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basel 1860, 4 ss.; ID., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*,[2] Halle 1908, 25 ss.: i primi sei libri sarebbero stati pubblicati prima del 129, quanto alla rimanente parte dell'opera, altrettanto sicura poteva considerarsi la pubblicazione sino al libro 27 entro il principato adrianeo (138), così come la pubblicazione dei libri 64-90 sotto Antonino Pio. Fondamentalmente incerta invece la pubblicazione dei libri 28-63. La tesi di Fitting venne ripresa, tra gli altri, da TH. MOMMSEN, *Ueber Iulians Digesten* cit., 89, il quale si spinse oltre, ipotizzando una pubblicazione dei libri 1-58 sotto Adriano, e dei libri 59-90 sotto Antonino Pio; sempre per una collocazione a cavaliere tra Adriano e Antonino Pio vd. O. LENEL, *Pal.* 1.318 nt. 2 («*Iuliani digesta conscripta sunt sub Hadriano et Antonino Pio*»); adesivamente P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano 2006, 129. Sui molteplici profili che riguardano i *libri digestorum*, dalla concezione dell'opera, sino all'impianto sistematico, si rinvia con ampie indicazioni bibliografiche, all'approfondito studio di A. GUARINO, *Salvius Iulianus*

Pure a voler mettere da parte i rilievi appena formulati, e senza qui ripetere quanto si è già osservato a proposito della sostanziale inutilità di ricorrere all'azione civile prospettata già da Biondi e ripresa da Maschi,[167] rimane in ogni caso il fatto che a non convincere sino in fondo è proprio l'idea per cui a un riconoscimento civilistico dei suddetti rapporti si possa essere pervenuti in un periodo caratterizzato da una compressione dei margini d'intervento del pretore. In effetti, indipendentemente da ogni possibile diversa valutazione da farsi in relazione alla precisa configurazione delle situazioni giuridiche sottostanti ai diversi modelli di giudizio,[168] non sembra proprio che, nella concessione di un'*actio in ius*, per quanto decretale, si debba intravedere la manifestazione di un ridimensionato potere di intervento da parte dell'organo giusdicente,[169] rispetto alla concessione di azioni *in factum* (*conceptae*) anch'esse decretali.

Occorre del resto prendere atto che significativi passi in avanti non sono arrivati neppure dalle indagini di quanti, recentemente o comunque in tempi non molto lontani, hanno finito per abbracciare la tesi tradizionale. Anzi, si è talmente confidato sulla bontà di tale indirizzo che, non di rado, non ci si è neppure interrogati sulle ragioni del dissenso giulianeo.[170] Quando lo si è fatto, si è per lo più tornati a cercare rifugio nel consueto e (sempre) accomodante argo-

---

cit., 56 ss.; in proposito vd. anche V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 3 nt. 3; C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno* cit., 451 s. Sulla datazione della produzione scientifica minore va invece detto che persistono ancora ampi margini di incertezza. Quanto ai *libri ex Minicio* gli studiosi sono divisi tra quanti li ritengono un'opera giovanile (fra questi vd. H. BUHL, *Salvius Iulianus* 1 cit., 53), se non addirittura il primo lavoro di Giuliano (A. GUARINO, *Salvius Iulianus* cit., 32 ss., 47), e quanti invece li considerano, al pari dei *libri digestorum*, un'opera della maturità, posteriore ai *libri ad Sabinum* di Pomponio: in questo senso S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti di diritto romano.* Βιβλία ἕξ *Iuliani ad Minicium*, in BIDR 7, 1894, 225 ss.; sulla questione vd. E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 434 ss. Sui *libri ad Urseium* si rinvia, con letteratura, ad A. GUARINO, *Salvius Iulianus* cit., 47 ss., ove, in ragione di Iul. 1 *ad Urs. Fer.* D. 46.3.36, si propone genericamente la datazione in età adrianea (117-138); E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 436 s., per il quale, al pari dei *libri ex Minicio*, si tratterebbe di opera precedente alla pubblicazione dei *Digesta*, successiva in ogni caso al ritorno di Giuliano ed Adriano dall'Egitto (a. 134).

[167] Così, non senza forte sintonia lessicale, C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 612 («All'età di Giuliano le *actiones in factum* […] potevano far ritenere superflua una costruzione dottrinale come quella di Aristone»).

[168] In proposito vd. *infra* § 5 di questo cap.

[169] C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 611 ss.

[170] Così, ad es., A. D'ORS, *Replicas panormitanas III* cit., 140 s.; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., 265 nt. 118, con conclusioni che sono interamente costruite su Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2

mento dell'appartenenza alla scuola sabiniana,[171] elevando la «tendenza a considerare i negozi bloccati nei termini in cui la loro vicenda storica li aveva cristallizzati» a una vera e propria istanza di tipo dogmatico-metodologico,[172] con un significativo ridimensionamento di ogni diverso profilo valutativo, sia processuale che sostanziale.[173]

In altri casi, in termini ancor più generici, ci si è limitati a considerare l'indirizzo giulianeo come espressione di una «posizione restrittiva», tendente ad assicurare una «tutela meramente negativa».[174] Lo stesso sembra possa affermarsi per Cannata,[175] a dispetto del fatto che l'autore si sia sforzato di dare un significato dogmatico al rifiuto giulianeo dell'azione contrattuale atipica, con un tentativo che, come vedremo, non può ritenersi riuscito e che sembra costituire anzi un arretramento, per quanto riguarda la coerenza complessiva del pensiero, rispetto al punto di vista manifestato intorno alla metà degli anni Novanta quando egli rigettava, con argomenti che paiono tuttavia anch'essi non condivisibili, l'ipotesi di una chiusura giulianea al tema dei *nova negotia*.[176]

Di ciò ci occuperemo dopo. Per il momento basti osservare come, l'interrogativo di fondo, la cui soluzione avrebbe consentito di far emergere le ragioni della supposta chiusura giulianea, è rimasto sino ad ora insoluto, se non peggio

---

[171] In questo senso, ad es., A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 160 s.; più di recente G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 21 s., 122 s., 137.

[172] G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 215 ss.

[173] Assai indicativa da questo punto di vista può ritenersi la posizione di G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 215 ss., per il quale la mancata qualificazione in termini di «*civilis obligatio* alla situazione debitoria non scaturente da schemi negoziali determinati» non sarebbe da imputare né all'assenza di un'«analogia materiale» con i contratti tipici, analogia che peraltro Giuliano avrebbe al contrario ritenuto sempre sussistente, né ancora a valutazioni di tecnica formulare, legate a una differente «forza di natura processuale» tra i rimedi approntati (*actio in factum, actio praescriptis verbis*).

[174] S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 452 s., 464; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 158. In termini ancora più netti è arrivato al punto di attribuire al giurista un atteggiamento reazionario A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961, 402 nt. 45 («Julian was much more reactionary and would give allow only a praetorian remedy»); punto di vista confermato in ID., *Studies in Roman Private Law*, London 1991, 324 nt. 45.

[175] C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 81 («rigida avversione di Salvio Giuliano contro l'*actio praescriptis verbis*»), 93 («ostinato avversario dell'impiego dell'azione contrattuale generale»), 96 («l'opposizione di Giuliano era radicale […] rifiutava gli effetti civili delle convenzioni atipiche e ne ammetteva la tutela solo con gli strumenti del *ius honorarium*»); così anche in ID., *Corso* II.2 cit., 201 ss.

[176] Per una più puntuale ricostruzione del pensiero dell'autore vd. *infra* § 8, in conclusione di questo cap.

in taluni casi del tutto ignorato. E ciò appare ancor più grave se si tiene conto che tale aspetto rappresenta oggi punto sul quale difficilmente può rinunciarsi a fare chiarezza, essendo profondamente mutato il quadro ricostruttivo complessivo nel quale inserire il punto di vista giulianeo.

Occorre infatti considerare che, negli anni in cui l'ipotesi di una chiusura giulianea andava trovando la sua prima formulazione (siamo, come si è precisato, con Pernice, sul finire del secolo decimonono), la dottrina era generalmente propensa ad attribuire ad Aristone il merito di aver operato una svolta decisiva sul piano del riconoscimento civilistico dei rapporti contrattuali atipici in senso stretto. A dimostrarlo era il totale silenzio da parte di Ulpiano per la fase precedente.[177] Ci si allontanava così da una linea interpretativa, ancora molto in voga nella prima metà del XIX sec., che segnalava piuttosto una continuità di pensiero rispetto a Labeone.[178] Anche in questo caso si trattò di un mutamento di in-

[177] Nell'ordine di idee qui indicato vd. A. SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollständiger Rücksicht auf Gaius und die Vaticanischen Fragmente*,[3] Göttingen 1832, 275; A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 626 ss., ove si invoca appunto Ulp. 4 *ad ed.* («Ce texte prouve bien que, sous Trajan, la théorie n'existait pas encore, soit dans la jurisprudence en général, soit dans la secte proculienne en particulier, car le proculien Celse interroge Ariston, qui n'est placé dans aucune des deux sectes, sur un point qui lui paraît obscur, et Ariston lui répond par une doctrine évidemment nouvelle»), 637; H.A. DANZ, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Recht. Zum Gebrauche bei Vorlesungen. Zweiter Theil*,[2] Leipzig 1873, 68; così, nella sostanza, anche E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 150, su cui vd. *infra* nt. 182; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni* cit., 349; non diversamente F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 105; J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 86, il quale non solo reputava di più recente introduzione la 'Vertragstheorie', ma più in particolare ne accreditava l'elaborazione ad Aristone, proprio in considerazione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, testo nel quale «seine Meinung (scil. Aristone) als N e u e r u n g betrachtet wird»; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 570; P. COLLINET, *L'invention du contrat innommé* cit., 93 ss.; più articolato, e non senza più o meno vistose incoerenze interne («Labeon, le premier ou l'un des premiers, conçut l'idée des contrats innommés»: 48), il pensiero di C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 31 s., in cui appare però dominante la prospettiva di una precisa teorizzazione solo a partire da Aristone («l'idée des contrats innommés n'est formulée qu'au commencement du second siècle, et encore d'une manière incomplète, par le jurisconsulte Ariston»), 240 («Ariston […] paraît avoir […] posé bien catégoriquement la doctrine nouvelle du contrat innommé»), 357 s.; per quanto in un ordine di idee diversamente orientato a ritenere che i giuristi classici si sarebbero sempre limitati alla sola concessione di *actiones in factum conceptae*, il ruolo di pioniere di Aristone, sul piano della tutela dei *nova negotia*, è riconosciuto anche da P. VOCI, *La dottrina* cit., 232 ss.

[178] In questo ordine di idee si segnalano C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 29 («ex Augusti circiter temporibus in contractibus abire coeperunt»); («Vix tamen me persuadere possum non ante Aristonis tempora *innominatis*, quos dicimus, *contractibus* civilem obligandi tributam esse vim […] jam Labeo *civilem* nasci *obligationem* censebat») J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio*

dirizzo non semplice, a tratti anche tormentato, al punto da costringere diversi autori a una costante e incisiva revisione del proprio pensiero,[179] nel tentativo di trovare un accettabile compromesso tra le due opposte visioni. Emblematico da questo punto di vista è il caso di Pernice, che, nei primi lavori aveva finito per prestare la propria adesione ad entrambi gli indirizzi ricostruttivi,[180] salvo poi tentare una difficile e non del tutto riuscita conciliazione nel più tardo studio apparso sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* che costituisce, come si è detto, il punto d'approdo delle ricerche dello studioso tedesco.[181]

---

cit., 35 ss., per il quale il riferimento da parte di Ulpiano al solo punto di vista di Aristone dipenderebbe piuttosto dal fatto che il giurista traianeo sarebbe riuscito a riassumere in una formulazione sintetica un indirizzo interpretativo già da tempo praticato, dandogli così dignità dottrinale («Aristonem igitur non ideo ab Ulpiano laudari puto, quoniam novum negotium aliquid docet, sed quia concinne et eleganter proponit»); F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 575, 578 nt. *e*; F.L. KELLER, *Grundriss* cit., (*§ 136*) 117. Seppure in una misura via via decrescente, l'idea continuava a fare presa su un discreto numero di studiosi ancora nella seconda metà del secolo e persino agli inizi del '900: tra questi, con un punto di vista molto netto, M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 462 s. e ivi nt. 426 («ist mit vollkommenster Sicherheit zu erkennen, dass die Theorie, welche dem einseitig erfüllten und auf Gegenleistung gestellten nudum pactum eine vertragsmässig obligirende Wirkung beimass […] von Labeo und dessen Schule ihren Ausgang nahm»); K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 234; J. BARON, *Pandekten*[1] cit., 419; H. DERNBURG, *Pandekten. Zweiter band. Obligationenrecht*,[4] Berlin 1894, 20; «Cette création de Labéon […] comme cette action était contractuelle, les *nova negotia* auxquels elle servait désormais de sanction passérent au rang de contrats») G. MAY, *Élements de droit romain*,[7] Paris 1901, 307, con significativa evoluzione rispetto alle differenti conclusioni prospettate nella prima edizione ove si evidenziava piuttosto un importante scarto di prospettiva tra Labeone e Aristone (*infra* nt. 182); P. BONFANTE, *Diritto romano* cit., 390.

[179] Revisioni che in taluni casi si mossero in una direzione opposta a quella qui indicata: così ad es. May, per il quale si rinvia alle ntt. 178 e 182.

[180] Nei primissimi lavori lo studioso era orientato ad attribuire a Labeone il merito di aver esteso l'impiego dell'*a.p.v.* dall'originario ambito delle *leges* negoziali o contrattuali a quello delle relazioni sinallagmatiche con prestazione costitutiva, in forme e con modalità, dunque, non dissimili da quelle che sarebbero state più tardi impiegate da Aristone. Così appunto A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 99: «Die Neuerung Labeos bestand darin – und daß ist seiner ganzen theoretisch abstrahierenden Methode gemäß – daß er diesen Begriff klar herausschälte und auf Grund dessen die Klage auch auf andere Fälle übertrug, wo nicht eine einseitige lex, sondern eine causa, die Voraussetzung einer Gegenleistung vorlag». Tale punto di vista era però destinato a essere significativamente riconsiderato in ID., *Labeo* 1 cit., 469 s., in cui l'autore attribuiva senza alcuna esitazione ad Aristone il merito di aver esteso al tema dei *nova negotia* la costruzione labeoniana dell'*ultro citroque obligatio* («Aristo hat das griechische Wort genau in demselben Sinne auf die Innominatverträge übertragen»).

[181] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 256 ss., ove, in manierà in verità non sempre limpidis-

Si pensò così di risolvere la questione ipotizzando per l'epoca del giurista augusteo interventi sporadici, per lo più occasionali,[182] che si muovevano al di fuori di una generale e programmatica linea di intervento, che passasse attraverso l'elaborazione e conseguente applicazione di specifiche teoriche contrattuali.[183] Del resto erano stati già gli studi di Accarias ad evidenziare come l'origine stessa dell'*a. praescriptis verbis* (denominazione con la quale si sarebbe egualmente fatto riferimento all'*a. civilis incerti* aristoniana) non avrebbe riguardato la questione della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche in senso stretto:[184] e ciò a prescindere dal fatto se la messa a punto di tale tecnica processuale andasse attribuita o meno all'intuito e allo spirito innovatore di Labeone, secondo un convincimento anche allora estremamente diffuso.[185]

---

sima, pare si voglia piuttosto legare al nome di Aristone l'origine della tutela dei *nova negotia* in quanto tali, attraverso l'elaborazione di un'apposita teorica contrattuale, per quanto si finisca per prospettare non meglio chiarite connessioni col pensiero labeoniano, probabilmente sotto la suggestione di Ulp. 11 *ad ed*. D. 50.16.19, in termini che peraltro danno la sensazione di porsi in contrasto col quadro storico-evolutivo relativo all'impiego dell'*a.p.v.*, sino a quel momento tracciato dallo stesso autore.

[182] Nei termini qui descritti («dass dieselben schon vor Labeo bestanden haben, von diesem Juristen aber vornehmlich den sogen. Innominat-Kontrakten angepasst worden sind, deren synallagmatischer […] Charakter nicht vor dem zweiten Jahrhundert […] zu allgemainer Anerkennung gelangt ist») E.I. BEKKER, *Die Aktionen* cit., 150; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni* cit., 349; P. VAN WETTER, *Cours élémentaire* 1 cit., 823 («dans certains cas particuliers […] le juriste Ariston faisant un pas de plus, posa la règle générale»); G. MAY, *Élements de droit romain* 2[1] cit., 169: «Ce fut Labéon qui le premier conçut l'idée d'un *negotium civile* nuveau […] Mais il semble n'avoir introduit cette action que pour certaines hypothèses tout à fait exceptionnelles», con un punto di vista però abbandonato nelle successive edizioni (*supra* nt. 178).

[183] Così in definitiva A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 256 ss., su cui vd. *infra* nt. 186.

[184] Così C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 357 ss., ove si elencano ben cinque ipotesi applicative precedenti alla formazione della teoria dei contratti innominati, rinunciando però a stabilire un preciso ordine di successione tra le stesse; negli stessi termini («Die Klage war schon im Gebrauche und ist dann auf die sog. Innominatcontracte übertrage») anche A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 93, per il quale l'azione avrebbe riguardato appunto le pattuizioni aggiunte ai contratti tutelati con azioni di buona fede (c.d. *leges bonae fidei contractus*). In sostanza l'azione sarebbe stata diretta all'adempimento della prestazione accessoria (*modus*) e con essa del contratto: «sie gieng auf Erfüllung des Modus unter dem die Verträge geschloßen waren und damit auf Realisierung der Vertrages selbst»; posizione, almeno da questo specifico punto di vista, sostanzialmente mantenuta anche in ID., *Zur Vertragslehre* cit., 256: «der Ursprung dieser Klage sicher nicht bei den synallagmatische *nova negotia* zu suchen ist; man würde diese dadurch zu Civilverträgen gestempelt haben – und das gieng doch nicht so unvermittelt an»); ID., *Labeo* 3.1 cit., 88; E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 2 cit., 150 ss.

[185] Nel senso di un'innovazione labeoniana vd. E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht*

L'impiego sarebbe stato piuttosto circoscritto ai casi di incerta qualificazione, per i quali non si fosse dunque nella condizione di stabilire con la necessaria precisione il tipo di contratto in concreto concluso (così Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1),[186] e in relazione ai quali gli interpreti più antichi erano soliti parlare di *a.p.v. anomala*;[187] o ancora a quelle ipotesi rispetto alle quali l'incertezza circa

cit., 182; L. B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 46; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 48, 357 («C'est Labéon qui introduisit cette action»); ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 563; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 570, su cui vd. nt. seg.; G. MAY, *Élements de droit romain* 2[1] cit., 169; più genericamente ne riporta le origini all'epoca del principato augusteo J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 235; sembrebbero piuttosto prospettare un semplice ampliamento dell'ambito applicativo da parte del giurista augusteo E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 150; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 90 ss., 99. Più genericamente, di conoscenza dell'azione da parte di Labeone discute K.R. CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Wien-Leipzig 1908, 171. Tra gli studiosi recenti, vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 23; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 117 nt. 37, 195 s.; C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 44 s., con una posizione che si fa cauta in ID., *Labeone*, *Aristone* cit., 93: «non possiamo dire con certezza che egli abbia costruito l'*actio in factum civilis* o se questa escogitazione formulare fosse già stata impiegata prima di lui», per poi tornare netta in ID., *Corso* II.2 cit., 197: «Labeone introdusse anche l'azione contrattuale generale (cosa che, come vedremo a suo luogo, è sicura)»; 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)*, vol. IV, Padova 2003, 54; ID., *La risoluzione* cit., 62; («pare essere stato accordato per la prima volta da Labeone») E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 12; considera una «kühne Losung» di Labeone il ricorso all'azione B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip* cit., 79; G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 246; un'apertura in tal senso si trova anche in P. ARCES, *Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.79* cit., 121.

[186] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 358 s.; ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 563; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 ss.; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 256: «Sie muss für andere Zwecke aufgekommen und dann hierher übertragen worden sein. In der That tritt die Klage 1) bei Labeo auf, wo man zwischen zwei Civilrechtsmitteln schwanken kann: z. B. ob *a. locati* oder *conducti*. Sie wird als das 'sicherere', 'bessere' Rechtsmittel empfohlen»; CH. APPLETON, *Résumé du cours de droit romain. Tome second*, Paris-Lyon 1884, 93; così anche P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 570 («inventée par Labéon pour des hypothèses où il y avait contrat, sans qu'on pût dire lequel»); C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 306.

[187] Così ad es. («anomalam vero, quando ex negotii aliis, quibus de dubitatur, quae eorum nomine competat actio») I.M. BRANDES, *Dissertatio juridica* cit., XXIII, ove si adduce l'esempio emblematico del contratto estimatorio. È bene evidenziare che la stessa qualificazione ('*a. anomala*') è adoperata dagli interpreti intermedi anche per indicare applicazioni dell'azione al di fuori dell'ambito contrattuale, come nel caso del precario, per le quali si è anche parlato di *a.p.v. irregularis*, *extraordinaria*, *ex bono & aequo*: sul punto vd. W.A. LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum. Tomus primus a Pandectarum lib. I. usque ad lib. XX^mum^*, Tubingae 1763, (*Liber XIX. Tit. V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 1038; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio* XXV, *§ XXIII*) 1737 nt. γ).

l'utilizzo delle ordinarie azioni edittali non avrebbe propriamente riguardato il profilo della qualificazione giuridica della fattispecie (*nomen iuris*, *nomen actionis*), quanto quello del perfezionamento o comunque della perdurante esistenza o efficacia della singola vicenda contrattuale: come nel caso dei c.d. '*Rücktrittsvorbehalte*'.[188]

Nell'ordine di idee qui descritto, l'ipotesi di una resistenza da parte di Giuliano a quelle che potevano considerarsi le innovative soluzioni aristoniane appariva (e potrebbe apparire) tutto sommato non priva di coerenza sotto il profilo storico-ricostruttivo. Ancor di più, se si pensa che, agli inizi del Novecento, tra i sostenitori della tesi tradizionale si andò addirittura facendo strada l'idea di un ricorso all'*a. in factum* anche da parte di Labeone e dei suoi più diretti seguaci. Questo era peraltro, come si è avuto modo di osservare, il punto di vista di Betti, a detta del quale alla predisposizione di un apposito programma di giudizio con *formula in ius concepta* si sarebbe arrivati per la prima volta solo con Aristone.[189] Nulla di sorprendente, dunque, se Giuliano avesse ritenuto di non abbandonare il sentiero dell'azione pretoria, lungo il quale si sarebbero sino ad allora egualmente incamminati gli appartenti alla *diversa schola*.

Le stesse considerazioni difficilmente potrebbero valere oggi che è tornata invece a consolidarsi, salvo talune (autorevoli) eccezioni,[190] l'idea di ricondurre

---

[188] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 361 ss.; in proposito e per una delimitazione dell'impiego dell'*a.p.v.,* da parte dei proculeiani, alla sola ipotesi di *pactum de retroemendo*, vd. A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 95; sulla questione rinviamo a G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 20 ss., 24 ss.

[189] Così, come si è accennato (*supra* cap. I § 4), E. BETTI, *Sul valore* cit., 37 ss., al quale pur si deve l'affermazione degli studi di Pernice in Italia: «quei Proculiani che, venuti dopo Labeone, ne estesero a scopi pratici la teoria del "contractum" (p. es. Aristone e Mauriciano) avrebbero dato l'actio civilis (incerti)». Nello stesso ordine di idee G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* 1, Roma 1935, 269; B. BIONDI, *Contratto* cit., 101, 108 s., per il quale entrambi i giudizi sarebbero stati comunque diretti ad «ottenere dalla controparte l'interesse all'esecuzione della controprestazione».

[190] Prende le distanze dalle conclusioni della dottrina maggioritaria, che vede nella *definitio* labeoniana di contratto (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19) il portato di un'elaborazione dogmatica funzionalmente indirizzata alla soluzione della questione della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche, M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 96, 102 s., ove si pensa piuttosto a una categoria «prevalentemente descrittiva»; opinione ribadita in ID., *Pubblicazioni pervenute alla direzione: A. Schiavone*, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, in BIDR 91, 1988, 906; ID., *La bona fides* cit., 52 nt. 166, 54; ancora più drastico il punto di vista adottato in ID., *Patto e contratto* cit., 71 nt. 91, ove si sostiene che «la risalenza al giurista più antico (scil. Labeone) della concessione dell'azione di adempimento» non sarebbe neppure provata dal richiamo al συνάλλαγμα fatto da Aristone; ID., *La risoluzione* cit.,

l'origine della tutela civilistica delle fattispecie atipiche in senso stretto[191] già all'epoca del principato augusteo con Labeone,[192] se non addirittura alle ultimis-

74, secondo il quale la prima ipotesi di applicazione dell'*a.p.v.* a contratti atipici risalirebbe a Proculo (D. 19.5.12): ciò spiegherebbe la cautela adottata in questa occasione dal giurista, il quale avrebbe adoperato l'azione per finalità differenti da quelle per cui la stessa era stata ideata; l'ipotesi di un'elaborazione di una nozione generale di contratto rivolta alla tutela di accordi atipici è rigettata pure da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 75 s., 85 nt. 94; dubbi (ma in un quadro ricostruttivo generale per molti versi vicino all'impostazione della critica interpolazionistica) si trovano espressi anche in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 236 s.; una netta presa di distanza («Labeone non sembra occuparsi mai di *nova negotia*, e comunque non concede mai l'*agere praescriptis verbis* a tutela di contratti innominati») si trova ultimamente anche in F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali* cit., 181, con un punto di vista ribadito in R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (a cura di), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, Paris 2012, 321 ss.; ID., *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, in J. HALLEBEEK, M.J. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 257 ss.; sempre per la negativa vd. L. ZHANG, *Studies* cit., 494 s. nt. 9. Per la prima metà del secolo ormai trascorso vd. P. KRETSCHMAR, *Die l. 16 D. de condictione causa data causa non secuta D. 12.4 im Lichte des Schulenstreits*, in ZSS 61, 1941, 146 s.: «Es ist ein hohes Verdienst A. Pernices, nachgewiesen zu haben, daß der geschichtliche, Ursprung des „praescriptis verbis agere" nicht bei den synallagmatischen „nova negotia" liegt, sondern bei den gemischten Geschäften, betreffs deren gezweifelt werden konnte, welche von verschiedenen Formeln anwendbar sei».

[191] In una prospettiva dunque diversa e più ampia rispetto a quella della mera estensione di rimedi processuali tipici limitata ai soli casi di incerta qualificazione o integrazione: al riguardo vd. *infra* nel testo.

[192] In questo senso A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 93 ss.; R. SANTORO, *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, *Relazione alla XXXIII sessione SIHDA* (Palermo, 12-16 Sett. 1979), = *Studi in onore di A. Arena* V, Padova 1981, 2409 s.; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 78; ID., *Recenti prospettive* cit., 205 ss.: nozione «suscettibile di sviluppi ulteriori rispetto alle figure tipiche sino allora riconosciute di *obligationes ultro citroque*»); ID., *Sulle nozioni* cit., 59; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani* cit., 43; ID., *Synallagma* 1 cit., 155 nt. 202; ID., *Contratto e atto* cit., 24; C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto*, in Panorami 5, 1993, 127; ID., v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. civ. 12, Torino 1995, 419; ID., *Labeone, Aristone* cit., 35, con un punto di vista che segna un radicale mutamento di prospettiva rispetto alla posizione tenuta in ID., *Sulla divisio obligationum* cit., 64 s., ove si tendeva diversamente a negare una valenza propriamente dogmatica alla nozione labeoniana di contratto; A.F. BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico,* in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 41 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 118 s., non senza in verità oscillazioni (363); C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 57, 62; ID., *Do ut des* cit., 104 nt. 36; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 241; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 12 e ivi nt. 11; da ultimo vd. L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 400 ss.

sime fasi dell'età repubblicana.[193] In un ordine ricostruttivo in cui, si badi bene, lo scarto di prospettiva tra Aristone e Labeone avrebbe tutt'al più riguardato il contenuto delle dottrine (bilateralità di prestazioni a fronte di bilateralità di obbligazioni) e le connesse forme di tutela (*a. civilis incerti* in luogo dell'*a.p.v.*),[194] ma non l'ampiezza dell'agire, visto che entrambi i giuristi si sarebbero fatti promotori di interventi di carattere generale, all'insegna di una deliberata e organica politica giurisdizionale.

Ecco che allora l'immagine consegnataci dalla dottrina tradizionale, di un Giuliano strenue difensore della tipicità contrattuale e al più disposto a cedimenti sul piano del diritto onorario in senso stretto, rischia di apparire artefatta se non peggio gravemente caricaturale, anche per quanti sono disposti a fare proprio il cliché del retroguardismo sabiniano. Piuttosto che di mancato riconoscimento o di mancata apertura, si dovrebbe più seriamente discutere di vistoso e anche incomprensibile arretramento su posizioni ampiamente superate

[193] Così, non senza cautela in verità, J. KRANJC, *Die actio* cit., 434 ss., 458, ove si tenta di far risalire già a Mela (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20.1) e Alfeno Varo (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19.5.23) le prime applicazioni dell'*agere praescriptis verbis*, con una proposta che però non ha trovato accoglimento in dottrina. Se con riferimento alla prima ipotesi non si hanno precise indicazioni sull'azione che avrebbe concesso Mela, (circostanza del resto espressamente evidenziata da Ulpiano), con riferimento al brano di Alfeno, gli studiosi – a dispetto del dato palingentico (le ipotesi di illecito aquiliano sono affrontate nel *l.* 2 *dig.* di Alfeno, e non nel *l.* 3: dubbioso O. LENEL, *Pal.* Alfen. 56: «De in factum actionibus?») – sono invece soliti interpretare il caso qui prospettato come estensione dell'*actio legis Aquiliae*, con varietà di posizioni sul piano della *conceptio* del programma di giudizio (*in ius* o *in factum*): sul punto vd. W. SELB, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1984, 730 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 80; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 19; ID., *Osservazioni* cit., 131; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 243 nt. 12; ID., *Actio civilis in factum*, (2006) cit., 235 nt. 14; scarsamente verosimile l'accostamento da più parti ventilata con l'*a.p.v.*, anche secondo M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 67 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche. Un riferimento all'*a.p.v.* è peraltro escluso anche da quanti si sono diversamente orientati per un'azione reipersecutoria (a tutela di *nova negotia*): così A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 nt. 2, con rinvio a ID., *Labeo* 2 cit., 407; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio* cit., 122 ss.; più sfumata l'opinione di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 64 nt. 5, ove si prova a ridimensionare gli interrogativi sulla natura dell'azione, ritenendo la questione stessa espressione di logiche distintive moderne estranee al più duttile modo di vedere dei giuristi romani; dello stesso autore vd. però ID., *Synallagma* 1 cit., 237 nt. 195, ove, diversamente, si propendeva con decisione per la natura extracontrattuale dell'azione («il caso non rientra nell'attività negoziale […] L'*actio in factum* […] è sicuramente, a mio parere, un'azione extracontrattuale»). Nessun dubbio comunque da parte dell'autore sulla natura rigorosamente pretoria dell'azione.

[194] In proposito vd. *infra* § 6.

da oltre un secolo,[195] che sarebbe certamente ingenuo pensare di poter giustificare invocando il solito argomento del contrasto fra scuole,[196] secondo uno schema metodologico che oggi si rivela, almeno sul punto, sinceramente impraticabile,[197] e che tale, in sostanza, era stato già giudicato sia da Accarias sia da Pernice.[198]

5. Natura e finalità dell'*actio in factum* giulianea. Il punto di vista di Sargenti. La questione del risarcimento nell'ambito di azioni con *condemnatio* al *quanti ea res est*: tra *aestimatio rei*, interesse positivo e interesse negativo.

L'osservazione non era peraltro sfuggita a uno studioso molto attento e per lungo tempo fortemente impegnato nello studio della materia contrattuale, come Sargenti, il quale aveva insistito proprio su tale profilo di inverosimiglianza per denunciare l'insostenibilità dell'orientamento oggi maggioritario, che, come si è detto, tende ad attribuire a Labeone il merito di avere, se non scardinato, quantomeno fatto breccia nel rigido sistema della tipicità contrattuale.[199]

In effetti, non è realisticamente pensabile che Giuliano potesse ignorare un percorso evolutivo di così alta e autorevole risalenza, con l'unico vero risultato di esporsi, come è stato opportunamente notato, ai facili rilievi critici del «più modesto Mauriciano»:[200] ancor meno se, si riflette sulla maggiore intensità di tutela che, sotto l'aspetto quantitativo della condanna, sarebbe stato assicurato

---

[195] Di «"retrograda" posizione giulianea» discute del resto C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 152.

[196] Così ancora A. SCHIAVONE, *Le logiche* cit., 160.

[197] Sui limiti di una interpretazione del fenomeno del contrattualismo atipico legata a una rigida contrapposizione tra opposte «posizioni di scuola» vd. A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 154; una svalutazione del rilievo assunto dall'appartenenza alla scuola sabiniana sul piano delle soluzioni giulianee si trova anche in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 133, 147; un'adesione alla diversa prospettiva proculeiana (labeoniana-aristoniana) da parte dei neo-sabiniani Pomponio e Paolo era del resto denunciata anche da E. BETTI, *Sul valore* cit., 34, 40.

[198] Vd. *supra*, rispettivamente, cap. I §§ 2 e 3.

[199] Così, appunto, M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 269 s.

[200] M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 269. In una medesima prospettiva, l'ipotesi un mutamento di indirizzo ad opera di Mauriciano, giurista «di modesta levatura», era rigettatata già da P. VOCI, *La dottrina* cit., 245, il quale peraltro, constatata l'assenza «tra lui e Giuliano» di «personalità» in grado di «dettare un mutamento tanto radicale», finiva per considerare bizantino l'impiego dell'*actio praescriptis verbis* qui suggerito in luogo dell'*actio in factum* (giulianea).

dal ricorso a un programma di giudizio diversamente diretto all'attuazione del concordato programma obbligatorio.[201]

Prima di scivolare, però, su posizioni care alla vecchia dottrina interpolazionistica, sino al punto magari di revocare in dubbio l'idea stessa di un riconoscimento civilistico per i rapporti negoziali extraedittali, per lo meno per buona parte dell'epoca classica,[202] occorre chiedersi se non convenga piuttosto rinunciare alle impostazioni concettuali, non meno radicali, legate all'insegnamento tradizionale.

Ogni difficoltà appare infatti destinata (se certo non a dissolversi del tutto, per lo meno) a ridimensionarsi, se sottraendosi alla facile tentazione di trasformare la testimonianza ulpianea in una sorta di manifesto ideologico del pensiero di Giuliano, si abbandona l'idea, che appare oggi realmente anacronistica, di una radicale e pervicace chiusura da parte del giurista adrianeo.

Va del resto osservato che i rilievi a suo tempo formulati da Sargenti risultano in larga misura condizionati, oltre che dal non celato scetticismo dello studioso verso le risultanze acquisite in materia dalla più recente romanistica, anche e soprattutto dalla posizione assunta nei confronti dell'atteggiamento giulianeo, che, se da un lato portavano lo studioso a dare ampio risalto a Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, dall'altro lo inducevano a considerare di fattura bizantina tutti quei luoghi nei quali si trovano prospettate soluzioni che appaiono non in linea con quella indicata nel già richiamato Ulp. 4 *ad ed.* Non si è però presa nella dovuta considerazione l'eventualità che quella soluzione, sorretta da valutazioni legate alla specificità del caso, costituisse un'eccezione o comunque una rappresentazione non rispondente al pensiero complessivo del giurista adrianeo in relazione al tema del contrattualismo atipico e della sua tutela.

Così come, per altro verso, gli stessi rilievi sono stati indubbiamente favoriti dalla fiducia che, almeno negli ultimi lavori (e in verità assieme ad altri studiosi),[203] l'autore sembrava riporre su una fondamentale equivalenza tra *actio in*

---

[201] Vd. *infra* questo stesso §.

[202] Almeno sino alla metà del II sec. d.C., se non addirittura oltre, secondo M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 262 ss., ove peraltro si mette in dubbio l'idea di un ricorso all'azione contrattuale atipica (*a.p.v.*) da parte degli stessi Aristone e Mauriciano, pensandosi piuttosto, come si è avuto modo di osservare (*supra* nt. 27), a forme di intervento che provavano a sfruttare al meglio le potenzialità dei rimedi processuali già a disposizione, attraverso una dilatazione del loro ambito applicativo (sarebbe il caso, forse, di Aristone) o al più tramite un adeguamento *in factum* dei rispettivi programmi di giudizio (Mauriciano).

[203] In proposito vd. *infra* in questo stesso §.

factum e *a.p.v.* sul piano dell'efficacia processuale, ritenendo entrambe le azioni dirette all'attuazione del programma obbligatorio e dunque volte al risarcimento dell'interesse c.d. positivo,[204] in un quadro ricostruttivo che tendeva peraltro a ridimensionare lo scarto che si sarebbe posto tra le due azioni dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva in concreto fatta valere: diritto soggettivo per l'azione civile (ancorché atipica); semplice aspettativa per il rimedio pretorio.

Sull'ultima questione la prudenza dell'autore è certamente condivisibile. Vi è infatti più di una valida ragione per guardare con sospetto all'ipotesi affacciata in dottrina, secondo la quale la concessione di un'*actio in factum* (decretale) avrebbe presentato il limite di degradare la pretesa attrice da diritto soggettivo a mera aspettativa (di tutela).[205] Così come in particolare va valutato con la dovuta cautela il tentativo di inquadrare il dibattito in seno alla giurisprudenza (che avrebbe trovato la sua espressione più rappresentativa nel contrasto tra Aristone e Giuliano) all'insegna dell'alternativa tra «accordare un'azione con *formula in factum* decretale, e, perciò, subordinare il riconoscimento della situazione soggettiva all'intervento pretorio; o riconoscere una situazione soggettiva come sussistente anche indipendentemente dall'azione accordata a sua tutela».[206]

Una siffatta impostazione sembra in effetti risentire di una concettualizzazione decisamente modernizzante, la quale finisce per non considerare adeguatamente che anche la concessione di azioni civili era pur sempre soggetta a un significativo margine di discrezionalità da parte del magistrato giusdicente, risultando estremamente incerta, anche per esse, la configurabilità in senso tecnico di un diritto all'azione.[207] In più essa non tiene conto dei diversi scenari poli-

---

[204] M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 276 («lo scopo del conseguimento dell'*id quod interest* poteva essere raggiunto anche con azioni dalla formula *in factum*»), 269 s.; ID., *'Actio civilis in factum'* (2006) cit., 242, 269 s., con significativa evoluzione rispetto al punto di vista in più occasioni espresso in passato: in proposito vd. *infra* in questo stesso § e in nt. 293.

[205] In quest'ordine di idee soprattutto R. SANTORO, *Il contratto* cit., 98 s.; ID., *Aspetti formulari* cit., 123 nt. 118; al cui punto di vista mostra di aderire M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 88; nell'ottica di una contrapposizione tra l'«automatica spettanza» dell'*actio praescriptis verbis* e una concessione «subordinata» a una «valutazione discrezionale, di un'azione decretale (quale era quell'*actio in factum* di cui parlava Giuliano)» si colloca anche L. GAROFALO, *Contratto* cit., 366 s., con un'opinione più recentemente riconfermata in ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425.

[206] Così R. SANTORO, *Il contratto* cit., 99.

[207] In questo senso, con richiamo alla possibilità per il magistrato giusdicente di paralizzare o escludere, mediante *denegatio actionis*, pretese fondate sul *ius civile*, M. SARGENTI, *L'actio civilis*

tici e ideologici nei quali andò prendendo forma l'idea di diritto soggettivo, che (almeno) nella sua genesi e nella sua tradizionale configurazione di 'Wollendürfen'[208] risultava legata a filo doppio alle visioni e agli obiettivi programmatici

in factum (2001) cit., 276 s. Sull'operatività della *denegatio actionis* anche con riferimento alle azioni civili si rinvia all'ancora valida analisi di A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano 1972, 89 ss., il quale pur ipotizza una differenza sotto il profilo dei presupposti e dei meccanismi di funzionamento rispetto alle azioni pretorie. Più in particolare l'autore, rifacendosi all'indagine di R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, ha messo in discussione l'opinione tradizionale (G. PUGLIESE, v. *Cognitio*, in Noviss. dig. it. 3, Torino 1959, 430 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema dell'origine del processo extra ordinem*, Bologna 1965, 52 ss.) che subordinerebbe la *denegatio actionis* di azione civile alla necessità di una preventiva *causae cognitio*; il carattere discrezionale del magistrato giusdicente nel denegare l'azione è ben evidenziato, in un ordine di idee che vede nella *denegatio actionis* «una manifestazione di *potestas* e non di *iurisdictio*», in A. PALMA, *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudicante: Non liquet e denegatio actionis*, in **ΚΟΙΝΩΝΙΑ** 39, 2015, 576 ss., 588 s., il quale per questa via giunge alla conclusione che l'*actio* costituisse «una mera richiesta di tutela avanzata dal cittadino al magistrato, che quest'ultimo può o meno prendere in considerazione», non mancando peraltro di osservare come il cittadino agisse «nella qualità di soggetto bisognoso di tutela e non di soggetto portatore di diritti (in particolare, di un diritto all'*actio* in senso stretto)»; sempre sulla questione della *denegatio actionis* vd. S. SCIORTINO, *Denegare actionem, decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012, 1 ss. Per una distinzione in termini molto netti sotto il profilo della situazione soggettiva tra azioni civili e azioni onorarie (edittali e non) vd. M. TALAMANCA, v. *Processo civile (diritto romano)*, in Enc. dir. 36, Milano 1987, 53 ss.

[208] Così B. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, 233 ss.; ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*, Düsseldorf 1862, 81 ss.; in proposito vd. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in Jus 11, 1960, 119 ss.; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi* IV, Milano 1982, 336 ss., con giusto scetticismo sull'adeguatezza dello schema diritto soggettivo-rapporto giuridico per l'esperienza romana, per quanto anch'egli finisca per esasperare, dal nostro punto di vista, l'equazione *actio* = *ius*, anche sulla scorta del celeberrimo Cels. 3 *dig.* D. 44.7.51, con una corrispondenza concettuale che per il diritto processuale romano delle *formulae* non ha reale fondamento, né in relazione al profilo del diritto soggettivo in senso stretto (incompatibile con la struttura stessa di un processo per definizione incapace di assicurare l'esecuzione coattiva del diritto: *condemnatio pecuniaria*), né con riferimento al diritto all'azione (che di quello dovrebbe costituire una proiezione sul piano processuale) e che semmai risponde alla certo diversa prospettiva dell'antico schema ritualizzato dell'azione-potere e che al più, almeno per quanto riguarda l'aspetto del diritto soggettivo, può adattarsi al processo cognitorio con condanna *in ipsam rem*: e del resto, il rilievo di una tale novità sul piano della *condemnatio* non è sfuggita allo studioso (341); M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 228 ss.; un accenno alla questione anche in F. GALLO, Rec. a M. BRETONE, *I fondamenti* cit., in IVRA 49, 1998, 145 ss., ove molto opportunamente si invita a non confondere la questione del diritto inteso in senso soggettivo, o se vogliamo delle situazioni giuridiche soggettive, con quella del diritto soggettivo in senso stretto,

del costituzionalismo moderno,[209] salvo poi parzialmente sciogliersene nei ben noti sviluppi che, partendo dal nuovo intreccio diritto soggettivo-norma-rapporto giuridico intessuto da Savigny,[210] avrebbero portato il diritto soggettivo a perdere lo *status* di categoria fondante per assumere piuttosto la diversa (e opposta) fisionomia di categoria fondata (dal diritto oggettivo).[211] Senza che però questo abbia intaccato l'essenza più intima del diritto all'azione che è, e rimane pur sempre, quello di una pretesa da farsi valere direttamente contro l'organiz-

---

che costituisce, come ben nota l'autore, «un'elaborazione dottrinale recente nella storia giuridica europea»; al riguardo vd. E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei diritti soggettivi fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in Studi Senesi 118, 2006, 169, il quale, giustamente, vede in Windscheid più che in Savigny l'«apogeo nell'esaltazione ideologica [….] del diritto soggettivo come "potere della volontà del soggetto"».

[209] Per un approfondimento della componente ideologica insita nella nozione di diritto soggettivo e sul ruolo fortemente «eversivo» che essa giocò nei processi di maturazione che portarono a compimento le grandi rivoluzioni liberali del XVIII sec., si rivelano ancora preziose le riflessioni di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi* cit., 159 ss.; né può prescindersi dai ripetuti studi di G. CRIFÒ, *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in BIDR 64, 1961, 33 ss.; ID., *Remarques sur les problèmes de l'égalité et de la liberté à Rome*, in Ktema 6, 1981, 193 ss.; ID., *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione di una vicenda istituzionale*, Roma 1984; ID., *Cristianesimo, diritto romano, diritti della personalità: una rilettura*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Roma 1985, 331 ss.; ID., *Honeste vivere et alia*, in *Hommages à H. Bardon*, Bruxelles 1985, 77 ss.; ID., *Normazione e libertà. Il rapporto tra la legislazione altorepubblicana ed identità civica*, in W. EDER (a cura di), *Staat und Staatlichkeit in den frühen römischen Republik*, Stuttgart 1990, 344 ss.; ID., *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari 2000, 67 ss., 124 ss.; ID., *Riflessioni antiche e nuove in tema di persona*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano 2002, 145 ss.; sempre in proposito vd. le sintetiche ma incisive notazioni di A. BISCARDI, *L'unità del processo nella esperienza giuridica romana*, in BIDR 65, 1962, 19 ss., con attenzione, in particolare, alle implicazioni che ne scaturirono sul piano dei rapporti tra diritto (privato) sostanziale e processuale; non manca di evidenziare la componente ideologica neppure B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, 197 ss.; M. BRUTTI, *Il diritto romano come metafora*, *Postfazione* a G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Napoli 2006, 463 ss.

[210] F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Erster Band*, Berlin 1840, 9 ss., 331 ss.; F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., 82.

[211] Così M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*. *Una vicenda teorica*, Milano 1996, 60 ss.; sul punto, e sugli effetti della «saldatura» del diritto soggettivo col diritto oggettivo nella nuova temperie culturale che andava diffondendosi nell'800 e nella quale avrebbe preso corpo la figura dello Stato «accentratore», erede del più antico assolutismo monarchico, vd. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi* cit., 162 ss.; sempre sulla questione del diritto soggettivo come *facultas et potestas jure tributa* o 'verliehene Willensmacht' vd., con ampio resoconto del dibatitto storiografico, A. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano 2002, 194 ss., 214 ss.

zazione politica (statuale: da intendersi nel senso più ampio e dilatato possibile), gravandola di un correlativa situazione giuridica soggettiva passiva.[212] Ebbene, che per il diritto romano potesse configurarsi, come pur è stato autorevolmente teorizzato, un obbligo (amministrativo-)costituzionale in capo al magistrato giusdicente di accordare l'azione civile[213] se non (addirittura) anche quella pretoria edittale,[214] è ipotesi alla quale non si può sinceramente aderire.[215]

---

[212] Il che è ammesso anche da E. BETTI, *Su la formola* cit., 781 nt. 2: «Questo diritto al processo è un diritto d'azione (Klagrecht) pubblicistico (Rechtsschutzanspruch)», su cui vd. *infra* nt. 215; in proposito vd. A. GUARINO, *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, in *Studi Arangio-Ruiz* 1 cit., 393, al quale si rinvia per una limpida e sintetica rappresentazione del tema diritto soggettivo-azione, nelle diverse declinazioni che entrambe le nozioni e in particolare la prima – *licentia agendi* (facoltà), *petendi* (pretesa), *subiciendi* (potere) – hanno assunto nel vastissimo dibattito storiografico. Sull'istituto del Rechtsschutzanspruch vd. S. DETTERBECK, *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, in AcP 192, 1992, 333 ss.

[213] Così («obbligo – si direbbe costituzionale – di provvedere i mezzi giurisdizionali a tutela delle situazioni giuridiche disciplinate dal diritto civile stesso») M. TALAMANCA, v. *Processo civile (dir. rom.)* cit., 53.

[214] In questi termini E. BETTI, *Su la formola* cit., 680 s.: «La *formula publica* tipica proposta ai *cives* nel proprio albo dal magistrato, come la *legis actio*, tipica per sé stessa come *prodita* dalle stesse *leges* […] sono il mezzo per raggiungere (far valere) un fine (diritto subiettivo) riconosciuto dal diritto obiettivo (*leges*, *edicta*). Da tale riconoscimento sorge pel *praetor* […] un obbligo costituzionale o almeno amministrativo (sino al 67 a.C.) ad ammettere (*dare*) volta per volta la *legis actio* o il processo formolare corrispondente alla pretesa affermata». Quanto all'idea del diritto soggettivo, è evidente, nel legame che l'autore pone tra diritto soggettivo e norma, l'impronta dell'impostazione dogmatica di matrice savignyana: «Nell'epoca del diritto di Stato l'affermazione di un diritto subiettivo […] che l'*actor* fa nella sua *actio*, può definirsi dal punto di vista del contenuto: una derivazione per implicito che egli fa per sé dalla norma costituzionale (*lex*) o amministrativa (*edictum*)».

[215] E del resto sono evidenti gli sforzi di Betti nel ridimensionare sia la questione legata al diritto d'azione come diritto pubblicistico, sia quella relativa alla concessione dell'azione da parte del magistrato (*dare actionem*): per la prima vd. E. BETTI, *Su la formola* cit., 681 nt. 2 («non avendo i giuristi romani elaborato il diritto pubblico non è da meravigliarsi che essi non abbiano formolato tale concetto»), per la seconda (682 nt. 1): «quel dare è un *dare astratto*, eventuale, e non significa altro che ammettere, ossia approvare il processo, dar corso alla domanda (*postulatio*) dell'*actor*». È inutile dire che l'intera ipotesi si fonda sull'idea di M. WLASSAK, *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von B. Winscheid*, Rostock 1888, 55 ss. (estratto: Leipzig 1889), della *litiscontestatio* come «*contratto processuale*», alla quale lo studioso italiano mostrava ripetutamente di aderire (in particolare: 680 nt. 4) e che ha il grave limite (riteniamo) di sminuire il ruolo del magistrato, per enfatizzare oltre misura quello dell'attore, al punto da ritenerlo l'autore effettivo della formula («Redattore della formola *concreta* deve considerarsi l'*actor che la emette*»).

Non bisogna peraltro dimenticare che, sotto il profilo testuale, l'idea (di una differenziazione delle situazioni soggettive implicate nei due diversi ordini di giudizio) viene a basarsi principalmente su indizi di ordine stilistico-espressivo ampiamente sopravvalutati,[216] quale la presunta distinzione, messa in evidenza (soprattutto)[217] all'indomani del rinvenimento del manoscritto veronese[218] e ripresa in particolar modo da Krüger, tra un discrezionale *dare actionem*, connesso all'esercizio delle azioni pretorie, e un *competere actionem*, predicato inizialmente con esclusivo riferimento alle sole azioni di *ius civile*,[219] ma poi in effetti esteso anche alle azioni pretorie edittali,[220] al punto che, in definitiva, la con-

[216] Per un ridimensionamento vd. in effetti già F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia* cit., 45, ove è opportunamente evidenziato un impiego del verbo *dari* anche con riferimento alle azioni civili («nullam actionem esse, quae dari a Praetore non recte dicatur, ideoque falli eos, qui quasdam actiones nasci, alias vero a Praetore dari putant. Nam & promiscue his verbis Iureconsulti de quibuscumque actionibus loquente uti solent. Si haec vera sunt non videtur Iulianus a Martiano recte notatus esse, cum diceret, Actionem in factum a Praetore dandam: quoniam ea verba de actione quoque civili, quam ait Martianus competere, intellegi possunt»), per quanto lo studioso finisse con l'osservare come nelle fonti ricorresse anche un impiego dell'espressione *actionem dari*, in senso meno ampio, per indicare la concessione dell'azione pretoria («angustius interdum accipi […] ut significent actionem novam, & quae ipso iure prodita non sit […] ut sit Praetoria, non civilis actio»).

[217] Spunti in tal senso non sono in effetti mancati nella letteratura più antica. Un accenno (formulato, naturalmente, in base al solo I. 4.12.1) può ad es. rinvenirsi già in J. CUJACIUS, *Notae in IV. Libros Institutionum D. N. Justiniani, quibus et scholia in eosdem libros adiiciuntur. Caput* 6. *Adnotationes* 17, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus secundus*, Prati 1836, 1247 nt. 17.

[218] In proposito si veda, ad es., F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 81; O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 377; M. WLASSAK, *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens* 1, Leipzig 1888, 45 s.

[219] P. KRÜGER, *Über dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation*, in ZSS 16, 1895, 1 ss.; sul punto vd. anche G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 40; A. METRO, *La denegatio actionis* cit., 84 ss.; nello stesso ordine di idee, reputa più appropriato l'uso del verbo *competere* con riferimento ad azioni civili anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 103, per quanto all'autore non sia certo sfuggita la frequente oscillazione terminologica presente nel linguaggio dei giuristi romani; ID., *Aspetti formulari* cit., 123 nt. 118; A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 522; ID., *Divagazioni* cit., 345. Sulla fluidità del linguaggio dei giuristi romani per ciò che concerne le modalità espressive legate al profilo della concessione dell'azione da parte del magistrato vd. già G. SEGRÈ, *Sulle formule della negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum*, in Studi Senesi 23, 1906, 299 nt. 1, 317.

[220] P. KRÜGER, *Über dare actionem* cit., 2: «Doch ist das Ius honorarium der Edicta perpetua für die Juristen der Kaiserzeit in dem Maasse feststehendes Recht geworden, dass sie auch von

trapposizione avrebbe finito più propriamente per riguardare il carattere edittale o meno dell'azione.[221]

Il che porta a ritenere che, al di là delle innegabili differenze riscontrabili sul piano della *conceptio* formulare, anche la concessione di un'*actio praescriptis verbis*, in quanto rimedio indubbiamente non edittale,[222] non diversamente dall'*actio in factum* (*concepta*), sarebbe stata fondamentalmente rimessa a un discrezionale apprezzamento da parte del magistrato.[223]

Se, dunque, è probabilmente da rigettare la distinzione che si vorrebbe introdurre sotto il profilo della spettanza dell'azione, insinuando l'idea di una (maggiore) discrezionalità da parte del pretore nella concessione di un'*actio in factum*, meno sicura appare invece l'assimilazione sotto il profilo dell'intensità

---

den ediktmässigen Klagen sagen *actio competit*»; così anche M. KASER, '*Ius honorarium*' cit., 80 s., con significativa revisione delle diverse conclusioni presenti in ID., *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz* 2, Weimar 1951, 52; nello stesso ordine di idee si vedano G. PUGLIESE, *Actio* cit., 140 nt. 2; M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3 = FV. 286: «donatio sub modo», «datio ob rem» e contratto a favore di terzi*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, vol. 6, Milano 2010, 292.

[221] Il che, a volersi mantenere a ogni costo aderenti alla prospettiva di una configurazione della situazione giuridica soggettiva, facente capo al soggetto legittimato all'esercizio dell'azione, nei rigorosi termini del diritto soggettivo, non potrebbe che condurci a quella omologazione tra azioni pretorie (*propositae*) e azioni civili teorizzata da Betti (*supra* nt. 214) nel comune segno del diritto soggettivo.

[222] Indipendentemente dalla possibilità di ricollegarne la concessione alla promessa pretoria di *pacta conventa servare*, secondo quanto suggerito in particolare da R. SANTORO, *Il contratto* cit., 172 ss., 289; ID., *Actio civilis in factum* cit., 711; sul punto vd. A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 134; ID., *Sulle nozioni* cit., 52 s.

[223] Così («une protection purement contigente grâce à une action qui *danda est*») ad es. J.P. CORIAT, *Le Prince legislateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Roma 1997, 363; denunciava un'applicabilità dell'espressione '*dari actionem*' sia per le azioni civili che per quelle *in factum*, trattandosi in ogni caso di azioni «donnée en dehors de toute disposition de l'Edit» A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 47; così («azione […] dipendente pur sempre dalla discrezionalità del magistrato») anche M. SARGENTI, *L'actio civilis in factum* (2001) cit., 276 s.; nel presupposto che si tratti di modello di giudizio da distinguersi rispetto all'*a. civilis incerti* aristoniana, che l'*actio in factum* labeoniana non spetti di diritto al singolo, essendo piuttoto «rimessa alla valutazione discrezionale della fattispecie concreta da parte del magistrato» è sostenuto anche da A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 134, 154; in una prospettiva più generale, ritiene egualmente che con riferimento alle azioni non previste nell'editto il pretore avrebbe esercitato una «funzione normativa in senso positivo», «di modo che alle parti non si poteva – almeno da un punto di vista astratto – riconoscere un'aspettativa giuridicamente rilevante alla concessione dell'azione», M. TALAMANCA, v. *Processo civile (dir. rom.)* cit., 54.

di tutela ipotizzata negli ultimi lavori da Sargenti, relativamente all'importo della condanna.

Com'è noto, la dottrina, che solo per comodità e non senza un'inevitabile dose di approssimazione possiamo considerare tradizionale, era solita individuare due differenti criteri di stima, distinguendo tra formule con *condemnatio* al *quanti ea res est* (*fuit*, *erit*), in cui il giudice avrebbe dovuto attenersi scrupolosamente al valore economico della *res* dedotta in giudizio, ossia alla '*vera aestimatio*' (c.d. stima oggettiva o 'Sachwert', come si è detto), e formule in cui al contrario, risultando indeterminata la pretesa della parte attrice (*quidquid dare facere oportet, eius condemnato*), sarebbe stato possibile prendere in considerazione l'*id quod interest* (c.d. stima soggettiva).[224] Ciò a voler prescindere dall'ulteriore e dibattuta questione, posta da Rudorff,[225] dell'esistenza, all'interno dell'editto, di formule *in factum* con *condemnatio* all'*id quod interest* (*interfuit*, *interfuerit*).[226]

---

[224] Nell'ordine di idee qui descritto, soprattutto, H. SIBER, *Römisches Recht: in Gründzügen für die Vorlesung*. II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 241 s.; una relazione tra importo della condanna e formulazione della *condemnatio* si trova già in A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten* 2.1 cit., 339 ss., su cui vd. *infra* nt. 246; tra gli studiosi più recenti, un nesso tra «la possibilità stessa del risarcimento e la sua misura» e «la redazione della formula» è evidenziato in B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione di Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette. (Milano 15 dicembre 1930)*, Milano 1931, 150 s. Sulla relazione tra *id quod interest*-Sachwert e la moderna nozione di risarcimento del danno vd., con ragguagli bibliografici e nel senso di una differenziazione, S. TAFARO, *La interpretatio dei verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980, 8 nt. 3; più recentemente F. PROCCHI, *Dall'id quod interest* cit., 489 s.; C. SCHIEDER, *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts*, Göttingen 2011, *passim*, ove rassegna della letteratura; M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale* cit., 331 ss.

[225] A.A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum* cit., *passim*.

[226] Fortemente critico, com'è noto, P. BERETTA, *Le formule in "id quod interest"*, in SDHI 3, 1937, 419 ss., il quale rimproverava a Rudorff di essere caduto nell'equivoco di trasferire sul piano della *conceptio* formulare valutazioni di natura prettamente sostanziale, come per altro verso sarebbe dimostrato dall'assoluto silenzio nel manuale gaiano. Per la tesi negativa anche P. VOCI, *Risarcimento* cit., 9 s. In senso opposto, l'ipotesi di Rudorff è stata sostanzialmente accolta, pur in un'ottica che mirava a un ridimensionamento del numero di azioni rispondenti a tale modello, già da Lenel (vd. ad es. O. LENEL, EP,[3] 62 ss., 83, 314); adesivamente anche M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, a cura di L. Wenger e W. Otto, München 1935, 199 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo formulare* II. *Lezioni dell'anno accademico 1948-1949*, Genova s.d., 123 s.; nello stesso ordine di idee e per una svalutazione dell'argomento di Beretta circa l'assenza di indicazioni nel manuale gaiano, dato il carattere non esaustivo

Tale impostazione è stata messa in discussione da tempo. É stato correttamente osservato come in effetti i giuristi romani non fossero così rigorosamente vincolati al tenore formulare nella valutazione dell'importo della condanna, potendosi dare il caso di condanna all'*id quod interest* pur in presenza di azioni con *condemnatio* improntata al *quanti ea res est*.

Un importante contributo in tal senso fu assicurato, come tutti sanno, da Pasquale Voci, il quale già sul finire degli anni trenta, in una notissima indagine incentrata proprio sul risarcimento del danno nell'ambito del processo formulare,[227] aveva messo in guardia dai rischi che si annidavano dietro il rigoroso schematismo proposto dall'orientamento tradizionale, avvertendo come sull'ammontare del 'risarcimento' (meglio sarebbe dire: della *summa condemnationis*) non incidessero soltanto ragioni di ordine processuale, ma anche di logica sostanziale, e come addirittura, talvolta, queste ultime fossero destinate a prevalere sulle prime.[228] Tanto più che l'ampio spettro semantico coperto dal termine *res* nella lingua latina ne avrebbe facilmente consentito un'interpretazione «idealizzata», legata alla pretesa dell'attore più che all'oggetto dedotto in giudizio,[229] e dunque in grado di condurre a una condanna calibrata sull''Interesse' più che sul 'Sachwert'.[230] Possibilità che, com'è noto, si andò col tempo affermando in materia di danno aqui-

---

della trattazione, vd. D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 9 ss., 275 ss., il quale fa a questo proposito osservare come in Gaio non vi siano egualmente riferimenti alle formule con condanna al *bonum et aequum*: a detta dello studioso le uniche azioni, per le quali potrebbe ritenersi sicura la presenza di una *condemnatio* all'*id quod interest*, sarebbero quelle relative agli editti *Si mulier ventris nomine* e quella contro l'*argentarius*; aperture si registrano anche in C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982, 104 e ivi nt. 29; M. TALAMANCA, v. *Processo civile (dir. rom.)* cit., 37 nt. 268; A. PETRUCCI, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino 2002, 172 ss.; F. PROCCHI, *Dall'id quod interest* cit., 489.

[227] P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., *passim*; un autonomo spunto in tale direzione si rinviene, negli stessi anni, anche in P. BERETTA, *Le formule in "id quod interest"* cit., 419 ss.

[228] P. VOCI, *Risarcimento* cit., 59.

[229] P. VOCI, *Risarcimento* cit., 7, 59.

[230] In questo senso del resto già F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 441 s.; («res kann sich auf eine körperliche Sache beziehen, oder auf die streitige Angelegenheit im Ganzen») F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 46; G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz 1872, 216; appena qualche anno prima di Voci, M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 10 s., 69 ss., su cui vd. *infra* nt. 272; tra gli studiosi più vicini ai giorni nostri ci limitiamo a segnalare S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 19 nt. 31; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 178 s. e ivi nt. 506, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

liano, con un processo di cui si fa testimone lo stesso Giustiniano in I. 4.3.10.[231]

E fu proprio il grande Maestro italiano a richiamare l'attenzione sulla presenza, nelle fonti, di applicazioni di *actiones in factum*, la cui *condemnatio* al *quanti ea res est* (*erit*)[232] dovesse essere in realtà intesa come diritto all'*id quod interest*.[233]

In tempi molto più recenti, come si è già accennato, sul tema è intervenuto, con uno studio principalmente rivolto, in effetti, all'analisi del punto di vista ulpianeo, Sebastiano Tafaro,[234] alle cui conclusioni, peraltro, si richiamava Sargenti.

Non è certo questa la sede per provare ad approfondire in ogni suo dettaglio un tema così complesso come quello del risarcimento del danno. È sufficiente limitarsi ad osservare come i risultati cui è giunta oggi la dottrina non sono poi così distanti dalle conclusioni cui erano già pervenuti gli studiosi di diritto comune. Che in tema di risarcimento del danno si potessero isolare quantomeno due distinti e contrapposti criteri di stima,[235] fu ben chiaro già ai primi interpreti, i quali subito individuarono un criterio di tipo soggettivo, il c.d. *id quod interest*, per il quale si coniarono varie denominazioni, tutte egualmente allusive alle soggettività della valutazione,[236] e su cui sarebbe stato

---

[231] I. 4.3.10 '*Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea peremptо eo corpo damni vobis adlatum fuerit* rell.'; tra i vari brani vale la pena quantomeno citare Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.2 '*Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio*. In proposito vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 443 s. e ivi nt. *b*); F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 47 s.; M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 167 ss.; A. CORBINO, *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del Plebiscito Aquiliano*, in *Studi in onore di R. Martini* 1 cit., 705 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 153, ad avviso dei quali tale indirizzo interpretativo potrebbe farsi risalire in effetti già a Labeone, almeno così in base a Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.4 ('*rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat*').

[232] Che in tutte le azioni *in factum* la *condemnatio* fosse formulata al *quanti ea res erit* e che dunque la *litis aestimatio* andasse calibrata sul valore della *res* al momento della sentenza (*erit*) si trova sostenuto da E. BETTI, *Diritto romano* 1. *Parte generale*, Padova 1935, 515 s. In senso contrario P. VOCI, *Risarcimento* cit., 46 nt. 107, per il quale ciò varrebbe solo per le c.d. *reddere*-Klagen, con richiamo a L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrecht*, München 1925, 137 e ivi nt. 22 («Bei […] den zahlreichen actiones in factum»).

[233] P. VOCI, *Risarcimento* cit., 46 ss., su cui vd. *infra* nt. 260.

[234] S. TAFARO, *La interpretatio* cit.

[235] Una commistione tra i due criteri si trova in J. THIBAUT, *System* 1 cit., 175, su cui vd. *infra* in nt. 240.

[236] L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit., 192: «aestimatio utilitatis, quam aliquis percepturus esset, si res ei praestita, vel non ablata non fuisset».

poi costruita la categoria dell'Interesse, nelle sue svariate e talvolta anche fantasiose articolazioni;[237] e un altro di tipo oggettivo, coincidente con il valore 'di mercato' della *res*, lessicalmente espresso dai Romani attraverso la locuzione *quanti ea res est* (o simili), per il quale si parlò, in stretta aderenza alle fonti, di *vera aestimatio* o *aestimatio rei*.[238] Decisive da questo punto di vista si erano rivelate due note testimonianze di Ulpiano (Ulp. 51 *ad Sab.* D. 50.16.179 e Ulp. 38 *ad ed.* D. 50.16.193).[239] La stessa dottrina, peraltro, in più di un'occasione si era prontamente preoccupata di precisare come non si trattasse di criteri inderogabili e come anzi non raramente l'espressione *quanti ea res est* fosse adoperata dai giuristi romani per indicare l'*id quod interest*.[240] Molti era-

[237] L'elaborazione di una prima articolazione per *species* della nozione di *interesse* sembra doversi fare risalire, come è stato variamente evidenziato in dottrina, a Martinus Gosia, in una *distinctio* posta forse a commento di C. 7.47.1 (Iust., a. 531) e poi ripresa nella *Glossa trecensis*: in proposito vd. O. CONDORELLI, *Sul contributo dei canonisti alla definizione del concetto di interesse. Frammenti di ricerca (metà sec. XII-metà sec. XIII)*, in D. VON MAYENBURG, O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (a cura di), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* 5. *Das Recht der Wirtschaft*, Wien 2016, 26 s.; più in generale sulla *Summa trecensis* vd. H. KANTOROWICZ, W.W. BUCKLAND, *Studies* cit., 145 ss.; ai diversi tipi di interesse è dedicato un apposito capitolo («Caput V. De variis Differentiis ejus quod interest: nonnullae Veterum divisiones rejectae […]») in J.M. MAGNUS, *Rationum* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 3 cit., 301, ove è contenuto un elenco delle principali tipologie prospettate dalla dottrina del tempo: «In id quod interest publicum, & privatum: petibile, & non petibile: aestimabile, & inaestimabile: certum & incertum: ultionis, & applicationis», cui vanno aggiunti: Interesse singulare, commune, circa rem-extra rem; su quest'ultima distinzione (*circa rem-extra rem*), già risalente a Martino, vd. recentemente O. CONDORELLI, *Sul contributo* cit., 27; con richiamo a Paul. 33 *ad ed.* D. 19.1.21.3 ('*quae modo circa ipsam rem consistit*') F. PROCCHI, *Dall'id quod interest* cit., 491 ss., al quale si rinvia anche per un'accurata rassegna del vivace dibattito apertosi in materia tra gli studiosi di diritto comune, già a partire dai glossatori; per una panoramica delle varie distinzioni si veda, sempre tra gli autori più antichi, anche G. ENGELBRECHT, *De interesse damni emergentis et lucri cessantis*, Helmestadi 1698, 9 ss.

[238] In tal senso, ancora L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit., 193 («haec verba: QUANTI EA RES ERIT vel QUANTI EAM REM ESSE PARET, non ad id quod interest sed ad rei aestimationem esse referenda»).

[239] Ulp. 51 *ad Sab.* D. 50.16.179: '*Inter haec verba, quanti ea res erit, vel quanti eam rem esse paret, nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri*'; Ulp. 38 *ad ed.* D. 50.16.193: '*Haec verba, quanti eam rem paret esse, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur*'.

[240] Spunti in tal senso possono rinvenirsi già in C.W. WEHRN, *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque, quod interest, ratione, praestandi,* Lipsiae 1795, 354 s. («duplici modo de iisdem cautum est […] altero ut ad id, quod nostra intersit, utilitatemque nostram referenda sint»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV

no anche in questo caso i brani che potevano essere validamente addotti.[241]

Le poche informazioni disponibili sul processo formulare certo non consentirono che si arrivasse a una più approfondita comprensione del fenomeno. Soprattutto impedirono che venissero più opportunamente evidenziate le relazioni tra importo della condanna e la *conceptio verborum* dei diversi programmi di giudizio.[242] Di qui gli sforzi nel ricercare una plausibile giustificazione di ordine sostanziale che potesse spiegare le ragioni di fondo di una tale differenziazione,[243] tenuto conto, peraltro, che all'interno dell'area dell'*id quod interest* si tro-

---

cit., 437; F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 87 (con specifico riferimento alle *actiones depositi in ius* e *in factum*), 441 ss.; così, ma in termini che portano a una sovrapposizione di concetti, in cui anche la vera *aestimatio* (Sachwert) – oggi invece più opportunamente tenuta distinta anche rispetto all'interesse negativo – finiva per essere inquadrata all'interno della nozione di Interesse, J. THIBAUT, *System* 1 cit., 175: «Man kann die Grösse […] des Interesse nach einem doppelten Maassstabe bestimmen, entweder nach der gemeinen Meynung (dem Marktpreise), oder nach den besonderen, individuellen Gefühlen (Affectionen) des Beschädigten»; in questo senso, prima ancora di Thibaut, una identificazione delle due nozioni («haec verba *quanti ea res est, utilitas Actoris, & id quod interest*, nihil differunt […] Nisi quod, subtilius ista distinguenti, id quod interest erit utilitas, quae mihi abest facto tuo: quanti ea res est, erit illius facti tui, sive utilitatis meae aestimatio») si trova in J.M. MAGNUS, *Rationum* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 3 cit., 298, il quale, dovendo tenere d'altra parte conto delle fonti in cui le due nozioni si trovano distinte, finiva per concludere in una direzione sostanzialmente opposta rispetto a quella anche oggi prevalente: «plerumque in legibus id quod interest, & quanti ea res est, quasi contraria poni videmus […] ex his patet, quanti ea res est, non semper pro eo sumi quod interest»; per un uso promiscuo della locuzione '*quanti ea res est*' si veda anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band*,[3] Düsseldorf 1870, (§ 257) 27 nt. 2: «Den Ausdruck ‚*quanti ea res est*' gebrauchen die Quellen bald für den Sachwerth, im Gegensatz zum Interesse, bald geben sie ihm den weiteren Sinn, daß er das letztere mit umfaßt»; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 46.

[241] Per un elenco di fonti vd. C.W. WEHRN, *Doctrina* cit., 355 nt. 6; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. IV cit., 437 nt. 20.

[242] La notazione può già trovarsi in P. VOCI, *Risarcimento* cit., 16, ove si attribuisce a Siber il merito di aver per primo individuato tali implicazioni. Nei rari casi in cui veniva posta una connessione con il profilo processuale, si finiva in realtà per chiamare in causa valutazioni di natura etico-giuridica: così ad es., con riferimento alla questione della distinzione tra *interesse commune* e *interesse singulare* o affettivo («quod ex affectione singulorum aestimationem habet»), J.M. MAGNUS, *Rationum* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 3 cit., 302: «ratione privatae affectionis Judicio bonae fidei agi posse. Placuisse prudentioribus affectus rationem in bonae fidei Judiciis habendam».

[243] A una connessione con le varie tipologie di eventi lesivi pensava J. THIBAUT, *System* 1 cit., 177: «Die Verpflichtung zum Schadenersatz und zur Leistung des Interesse entspringt in der Regel nur aus ungerechten freyen Handlungen».

vavano racchiuse situazioni diversissime tra loro.[244] Per questo occorrerà attendere, come si è accennato, i più avanzati studi della dottrina del XIX sec. Ciò che parimenti mancò tra i più antichi interpreti fu un'adeguata impostazione storica della questione che sapesse fare emergere i percorsi che avrebbero portato a un graduale (ma non generalizzato) superamento[245] del più antico canone interpretativo della clausola *quanti ea res est*, legato a una rigida determinazione del valore economico della *res* controversa.

Non pare dunque si possa proprio dubitare che la condanna all'*id quod interest* non rimase una prerogativa esclusiva dei programmi di giudizio aventi *intentio incerta*.[246] Di qui ad ammettere però un impiego delle *actiones in factum* in materia di atipicità contrattuale, con finalità di adempimento, ce ne corre. Soprattutto se poi si pretende di ricollegarvi l'atteggiamento sabiniano, e giulianeo in particolare, quasi a voler minimizzare le conseguenze del ricorso all'azione pretoria.

Occorre innanzi tutto tenere presente che a una riconsiderazione del più antico criterio di stima si arrivò, non senza sforzo,[247] in modi e tempi tra loro dif-

---

[244] Significativo da questo punto di vista risulta J.M. MAGNUS, *Rationum* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 3 cit., 294, con un giudizio («Cum pro eo quod interest dubitationes infinitae productae sint […]») che costituisce un'evidente parafrasi delle parole di Giustiniano che si leggono in C. 7.47.1 (Iust., a. 531); dà egualmente un'idea della complessità del tema anche («Obligamur autem ad praestandum id quod interest, ex causis quam diversissimis»), L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit., 194, con un'impostazione che ancora risente degli studi precedenti, ancorché successiva di un decennio circa alla pubblicazione delle Istituzioni gaiane. Ciò costrinse peraltro gli stessi autori a enormi sforzi per mettere a punto modelli definitori generali: un'interessante rassegna su alcune delle più significative posizioni espresse al riguardo può trovarsi in J.M. MAGNUS, *Rationum* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 3 cit., 294 ss., il quale, da parte sua, appronta la seguente definizione (296): «*Id quod interest est utilitas, quae nobis abest, gratia, vel facto iniusto adversarii*».

[245] Che si tratti di indirizzo interpretativo più recente si trova opportunamente evidenziato già in F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 443; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 47.

[246] Ciò del resto era riconosciuto anche da A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten* 2.1 cit., 340 s., che pure era stato uno dei primi a evidenziare un nesso tra *conceptio verborum* e *litis aestimatio*; per una valutazione d'insieme del rapporto tra *id quod interest* e azioni al *quanti ea res est* vd., con ridimensionamento della distanza tra i due modelli valutativi sul piano delle soluzioni concrete, D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 229 ss.; adesivamente F.M. DE ROBERTIS, Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, in SDHI 29, 1963, 419 («di una sostanziale diversità tra i due gruppi di azioni […] non c'è neppure da pensare»).

[247] Di «evoluzione faticosa» discuteva del resto lo stesso P. VOCI, *Risarcimento* cit., 19.

ferenti,[248] nell'ambito di un percorso nel quale è difficile scorgere un'unitaria o comunque generalizzata linea di intervento[249] e in cui piuttosto sembra prevalere l'impressione di trovarsi di fronte a tendenze evolutive e solutive maturate in sostanziale autonomia, all'insegna, peraltro, di processi valutativi in varia misura condizionati dalle specificità dei singoli contesti processuali[250] e sostanziali di

[248] In base a Ulp. 80 *ad ed.* D. 39.1.21.6-7 (su cui vd. *infra* nt. 290) si può ragionevolmente ritenere che le prime tendenze in tal senso si siano manifestate già all'inizio dell'epoca classica, in tema di interpretazione negoziale dei *verba stipulationis*: così condivisibilmente S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 34 ss. In materia di *a. ad exhibendum*, una prima interpretazione del *q.e.r. erit* in termini di *id quod interest* si fa solitamente risalire a Nerazio, e dunque tra la fine del I e i primi decenni del II sec. d.C.: così P. VOCI, *Risarcimento* cit., 19; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei* cit., 179. In materia interdittale è con sicurezza attestata ai tempi di Pomponio, come si ricava da Paul. 17 *ad ed.* D. 43.16.6, ove si ammette l'esercizio dell'*interdictum uti possidetis*, commisurato all'interesse al mantenimento del possesso dello schiavo (*tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere*), da considerarsi non raramente maggiore rispetto al semplice valore (di mercato) di quest'ultimo ('*nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est*'), con una soluzione che, all'epoca in cui scriveva Pomponio, doveva ritenersi pacificamente accolta già da qualche tempo ('*hoc iure nos uti Pomponius scribit*'): sulla questione vd. P. VOCI, *Risarcimento* cit., 19, il quale si mostra scettico sul fatto che tale innovazione teorica vada attribuita a Pomponio, pensando al più a una svolta operata da giuristi suoi contemporanei; M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 19 s.; pensa a un «consolidamento definitivo attraverso il commentario di Pomponio», S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 46 ss., il quale d'altra parte ha cura di evidenziare come, sempre in materia interdittale (*unde vi*), la stima dell'interesse fosse già adottata, sul finire del primo sec., da Viviano (Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.41); un'apertura anche («plausibile») in E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 291 s. e ivi nt. 28, il quale sembra orientato a escludere l'ipotesi di un dibattito propriamente scolastico; sul brano, da tempo segnalato in dottrina, vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 445 s.; H. SIBER, *Vorbereitung und Ersatzzweck der Besitzinterdikte*, in *Scritti in onore di C. Ferrini* 4, Milano 1949, 115; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 273 s.; P. VOCI. Rec. a S. TAFARO, *La interpretatio* cit., in IVRA 32, 1981, 182; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei* cit., 179 s.; C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano 1997, 173 s.; E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum»* 2 cit., 291 s. In relazione alla possibilità che il brano contenesse un originario riferimento all'*interdictum utrubi* vd. G. BESELER, *Miscellanea critica*, in ZSS 43, 1922, 425. Più in generale, e sotto altro punto di vista, sul rilievo da attribuirsi a espressioni come quella impiegata da Pomponio nel brano ulpianeo ('*hoc iure utimur*') vd. L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico in diritto romano*, Milano 1976, 115 ss.

[249] Di «elaborazione non necessariamente univoca e lineare» discute del resto proprio S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 9.

[250] Così M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 9 ss., il quale ammetteva una condanna all'*i.q.i.* nel solo caso di azioni arbitrarie (per via della presenza della clausola restitutoria) e penali miste (165 ss.), in particolare a partire da Giuliano (172 ss.): così Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.2; rilievi critici in P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., 17 s.; pur ammettendo che per l'*a. ad exhibendum* nella

riferimento.[251] Il che potrebbe contribuire a spiegare certe «aporie»[252] rinvenute nel pensiero di Ulpiano.[253]

Significativo da questo punto di vista è certamente il caso, tra i più celebri, di Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.11,[254] in cui l'analisi ulpianea della locuzione *quanti ea res est* (sempre) in tema di interdetto *uti possidetis* (*Quanti ea rest est, sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere*), svolta in dissenso rispetto alla più antica interpretazione letterale di risalenza serviana (*in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem*),[255] appare sorretta da valutazioni dirette a scongiurare l'eventualità che una rigida interpretazione del tenore lessicale della *condemnatio* avesse come risultato quello di porre un'indebita equiparazione, sotto il profilo economico, tra situazioni e istituti assai differenti sul versante giuridico, come possesso e proprietà ('*longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*').[256] Così come, in definitiva, è sempre da

---

valutazione del *quanti ea res est* «si dovesse procedere alla stima dell'interesse», respinge la proposta di Kaser di mettere in relazione la condanna all'*id quod interest* col carattere arbitrario dell'azione, che imponeva una *exhibitio cum causa rei*, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957, 665 ss., il quale prende altresì le distanze dall'idea di G. DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht* cit., 216, secondo il quale la parola *res* avrebbe assunto sin dall'inizio significato immateriale. Per una rassegna dei brani vd. S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 5 s. nt. 1.

[251] Così P. VOCI, *Risarcimento* cit., 18 s., 59.

[252] S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 21 s.

[253] Un elenco delle testimonianze, in cui si registrano prese di posizione nel senso di una inconciliabilità dei due criteri di stima da parte del giurista severiano, può trovarsi in S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 6 s. nt. 2, per la cui analisi si rinvia allo stesso autore (154 ss.).

[254] D. 43.17.3.11 (Ulp. 69 *ad ed.*): *In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. 'Quanti ea res est' sic accipimus 'quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere'. Servi autem sententia est exstimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*. A richiamare l'attenzione sul frammento fu già C.W. WEHRN, *Doctrina* cit., 355 nt. 6; sul brano vd. F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 444 s.; M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 18, ove si uncinano i periodi iniziali e finali; E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen. Forschungen zum römischen Recht*, Weimar 1962, 57 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 273 s.; S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 23 ss.

[255] Sospetti sull'intera frase si trovano in G. BESELER, *Miscellanea critica* (1922) cit., 424 s.; sottolinea il contrasto con il seguito della testimonianza M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 18 ss. e ivi nt. 10, che pensa a una nota marginale rientrata nel testo; in termini differenti, pensa che il riferimento fosse in origine alla *summa sponsionis* piuttosto che alla *condemnatio* del *iudicium secutorium* O. LENEL, *Pal.* 2.822 nt. 1; possibilista al riguardo P. VOCI, *Risarcimento* cit., 52, che respinge però l'ipotesi di più ampie manipolazioni del brano.

[256] Così P. VOCI, *Risarcimento* cit., 52 («se la condanna fosse stata simile nella *rei vindicatio* e

ragioni legate al contenuto economico del diritto vantato che potrebbe dipendere l'interpretazione soggettiva del *q.e.r.e* che le fonti sembrano testimoniare in materia di *a. ad exhibendum*.[257]

Non si può poi trascurare l'ipotesi che non tutti i giuristi (almeno tra i contemporanei di Giuliano) si fossero mostrati disponibili ad accogliere il nuovo indirizzo interpretativo, rimanendo piuttosto legati all'impostazione tradizionale.[258]

---

negli interdetti, ne sarebbe rimasta snaturata la funzione possessoria di questi ultimi»); negli stessi termini S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 25 («grave inconveniente di ingenerare confusione tra *pretium rei* e *pretium possessionis*»), 40 s.; sospetti sulla chiusa e in particolare sulla nozione di *pretium possessionis* si trovano in G. BESELER, *Miscellanea critica* (1922) cit., 424 s.; rilievi anche in M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 18 s. e ivi nt. 10, che però non ha dubbi sulla genuinità sostanziale («Der […] Schlußsatz ist sicher unecht, aber sachlich richitig»); prende posizione per l'attendibilità di fondo della testimonianza anche E. LEVY, *Nachträge* cit., 57 s., che pure allarga la propria diagnosi interpolazionistica alla frase iniziale del frammento ('*In hoc interdicto-aestimationem*'); sulla non facile questione della determinazione in concreto dell'interesse al possesso, ma più in generale sulla possibilità di delineare un valore del possesso in contrapposizione al valore della proprietà, vd. D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 273 s.; ID., Rec. a E. LEVY, *Nachträge* cit., in ZSS 80, 1963, 457 ss., il quale proprio per questa ragione – richiamandosi a Paul. 17 *ad ed.* D. 43.16.6, in cui il giurista tiene a precisare come l'interesse al possesso (*quanti interest possidere*) potesse non raramente (*saepe*) assumere un valore più elevato rispetto a quello oggettivo della *res* – giunge alla conclusione per cui in entrambi i brani la contrapposizione non sarebbe tra interesse al possesso e interesse alla proprietà, ma tra interesse (*tout court*) e valore oggettivo: «D. 43, 17, 3, 11 und 43, 16, 6 meinen nicht den Unterschied zwischen Eigentums- und Besitzinteresse, sondern den zwischen dem Interesse schlechthin und dem Sachwert. Denn der Gegensatz zu dem *quanti interest* ist in beiden Stellen nur bezeichnet als *quanti ipsa res est*, *rei pretium* oder *quanti is* (*homo*) *est*, nie aber als *quanti domini interest* oder ähnlich»; in relazione alla connessione tra i due brani vd. E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 291 nt. 25; su Paul. 17 *ad ed.* D. 43.16.6, e per un'attribuzione di tale precisazione a Paolo anziché a Pomponio («sembra un aggiornamento di Paolo»), vd. S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 51 ss., ove si avanza l'ipotesi di una diversità di vedute (perlomeno) tra Paolo e Ulpiano; per una identità di posizioni, con indirizzo risalente già a Pomponio, vd. invece E. LEVY, *Nachträge* cit., 58 s.

[257] P. VOCI, *Risarcimento* cit., 45 («Il fine dell'azione è diverso per ogni motivo per cui si esperisce: essa ha, pertanto, un contenuto economico diverso […] Posta questa ampia legittimazione attiva, una condanna nell'*aestimatio*, unica per tutte le possibili specie, sarebbe venuta a essere, il più delle volte, in contraddizione con ciò che l'attore chiedeva in giudizio»); in questo senso anche M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 668, per il quale al nuovo criterio dell'*id quod interest* si sarebbe arrivati proprio allo scopo di ridurre l'importo della condanna, una volta ammessa la c.d. *a.* (*ad exhibendum*) *ad eligendum*, evitando così che la condanna finisse per essere impropriamente «commisurata al valore di tutte quante le *res* non esibite».

[258] Da questo punto di vista non è mancato chi, come F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, in ZSS 17, 1896, 129, ha ritenuto di poter trovare, nella replica ulpianea alla *Servi sententia* rife-

Già queste semplici osservazioni sarebbero probabilmente sufficienti per ritenere quantomeno sorretta da un eccesso di fiducia l'idea di una sostanziale irrilevanza pratica del dibattito che avrebbe tenuto impegnata la giurisprudenza classica sul controverso piano dell'individuazione dei rimedi processuali di volta in volta da adottare (*a. in factum*, *a. civilis incerti* o *praescriptis verbis*).

C'è di più, perché ciò che andrebbe in ogni caso dimostrato è una possibilità in concreto, più che una idoneità in astratto. In altre parole, la circostanza che, in certe situazioni e a determinate condizioni, anche un'azione concepita al '*quanti ea res est*' potesse rivelarsi in grado di assicurare una piena valutazione del pregiudizio economico patito, al pari delle azioni con *intentio incerta*, non comporta di per sé che un'eventualità di questo tipo si fosse concretamente manifestata anche per le applicazioni delle azioni *in factum* in materia di *nova negotia*, secondo quanto, in non isolate occasioni, si è invece ritenuto.[259] Né a

---

rita in Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.11, la prova di una pervicace persistenza del più antico punto di vista serviano ancora in piena età severiana («die Meinung des Servius doch eine recht Verbreitete gewesen sein»), per quanto in effetti l'attenzione dello studioso non riguardasse tanto il tema dell'interpretazione della *condemnatio* al *quanti ea res est*, quanto piuttosto la possibilità che Servio considerasse la *possessio* come un *certum* e che tale interpretazione fosse ancora diffusa ai tempi di Ulpiano, con una possibilità che, come si intuisce, si ricollega alla questione (di cui si occupava Trampedach) della struttura e in particolare della formulazione dell'*intentio* della *condictio incerti possessionis* classica, che a detta dell'autore non si sarebbe discostata dal modello della *condictio certae rei* (*si paret dare oportere*): in proposito vd. *infra* cap. III § 3. Quanto alla questione dell'interpretazione della formula condemnatoria l'idea di Trampedach era piuttosto nel senso di una sua sopravvivenza sino all'epoca di Giuliano e Pomponio (133 nt. 1: «Diese Ausdehnung scheint eben der Lehre des Julian und Pomponius anzugehören, insbesondere wohl dem Ersteren, welchem Pomponius in vielen Stücken gefolgt ist. Daher mag die Anschauung des Servius bis auf Julian und Pomponius Geltung gehabt haben»); critico rispetto alle conclusioni di Trampedach, ma in termini che non sembrano tener conto del pensiero complessivo dello studioso tedesco, S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 41 ss., il quale, pur essendo disposto ad ammettere che Ulpiano si trovasse «di fronte ad un consolidato filone interpretativo», finisce tuttavia per negare che la questione potesse essere ancora di qualche attualità all'epoca in cui il giurista severiano si trovava a scrivere. L'A. è piuttosto tentato di mettere in relazione la citazione della *sententia Servi* col fatto che questa doveva essere menzionata nel commentario di Pomponio, al quale Ulpiano attingeva ampiamente per i riferimenti ai giuristi anteriori. Circostanza, questa, che avrebbe convinto Ulpiano della necessità di procedere a una confutazione dell'opinione serviana al fine di evitare che qualcuno potesse incorrere nell'errore di ritenere ancora valido «il paradigma di stima proposto dal giurista repubblicano» (44 s.): il che è certo singolare per un indirizzo interpretativo che si vorrebbe definitivamente messo da parte già al tempo di Pomponio (46 ss.).

[259] In aggiunta agli studiosi già citati, per una sostanziale svalutazione della differenziazione dei due rimedi processuali (*actio civilis incerti* e *actio in factum*) sul piano della perseguibilità del-

maggior ragione che si trattasse di soluzione condivisa. Del resto è stato proprio Tafaro a mettere in guardia dai rischi di una pericolosa generalizzazione.[260]

Non si può certo negare che in materia di contratti c.d. innominati l'unica contrapposizione che troviamo documentata nelle fonti sotto il profilo dell'importo della condanna è quella che riguarda il rapporto tra *actio civilis incerti* (*a.p.v.*) e *condictio*, senza che venga mai coinvolta anche l'*actio in factum*. Valgano da questo punto di vista i già richiamati Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1-2 e Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7, su cui avremo modo di tornare.[261]

Ciò non rappresenta però un solido argomento su cui costruire l'ipotesi di una identità funzionale tra le due azioni (*a.p.v.*, *a. in factum*). Il punto è che la

---

l'interesse positivo all'adempimento, si segnalano G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano* cit., 269 ss., anche con riferimento alla vicenda di Ulp. 4 *ad ed.*: «Nell'ipotesi di D. 2.14.7.2, l'*a. in factum* concessa da Giuliano doveva avere per contenuto l'interesse ad avere Stico evitto che, in fondo, era la controprestazione della convenuta ed eseguita manomissione di Panfilo»; soprattutto P. VOCI, *La dottrina* cit., 233, 283; a favore dell'idoneità dell'*actio in factum* a perseguire l''*id quod interest*', in contrapposizione a un impiego meramente ripetitivo della *condictio*, seppure di sfuggita, come si è accennato (*supra* nt. 189), pure B. BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit., 103 nt. 1; nello stesso ordine di idee («la tutela del contratto di permuta è rappresentata in caso di inadempimento, *a*) da una *actio in factum* per il risarcimento del danno; *b*) oppure dalla *condictio ob causa datorum* per ottenere la restituzione della cosa data») anche C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 603, con la precisazione per cui si tratterebbe della «situazione più antica»; M. BALZARINI, v. *Permuta (diritto romano)*, in Noviss. dig. it. 12, Torino 1965, 995; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 194, 203; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78 s.; J.B. MERCADO, *Contractuum quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt y su relación con el principio de la equidad*, in P. RESINA SOLA (a cura di), *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almeria 2012, 250 s. (« […] una sanción más eficaz, la *actio in factum* para asegurar la ejecución de los contratos sin nombre; mediante el empleo de este medio, la parte que había realizado su prestación podía, en caso de incumplimiento de la otra, exigir el resarcimiento de daños e intereses»); così in sostanza anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 32, 71 nt. 216, che, almeno per il caso di Ulp. 4 *ad ed.*, fa coincidere «sul piano pratico» il *quanti ea res est* della *condemnatio* con l'interesse positivo; sembra non escluderlo del tutto da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425, in un ordine di idee che alla fine si mantiene però fedele, come vedremo (*infra* nt. 292), all'idea di un impiego dell'azione per il solo interesse negativo.

[260] S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 9; così («Di una tendenza generale […] non si può parlare per il diritto classico») ancor prima P. VOCI, *Risarcimento* cit., 59, il quale d'altra parte con riferimento specifico alle azioni *in factum* si limitava a indicare due soli esempi (46 ss.): l'azione concessa contro il magistrato municipale in materia di *cautio damni infecti* (D. 39.2.4.7 '*quanti ea rest* […] *est iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest*'), o ancora l'*actio in mulierem* di cui si discute in D. 25.5.1.1-3 ('*actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuit eius qui experitur*').

[261] Per il brano di Papiniano vd. vol. II, cap. V § 1.1.

questione non può essere risolta pensando di fare affidamento su valutazioni che finiscono per essere integralmente incentrate sulle astratte potenzialità espressive di certe formulazioni linguistiche (*quanti ea res est*): tanto più che, così facendo, si ricadrebbe inevitabilmente nello stesso irrigidimento dogmatico contro il quale, seppur da un punto di vista esattamente opposto, aveva preso posizione Voci.

Al contrario, si rende più che mai indispensabile impegnarsi in un'analisi che si preoccupi innanzi tutto di guardare alla funzione in concreto assolta dal singolo strumento processuale. In altri termini, se accettiamo l'idea, per cui la concessione dell'*actio in factum* (*concepta*) debba essere interpretata come la diretta conseguenza, sul piano processuale, della mancata individuazione dei caratteri propriamente contrattuali di una determinata fattispecie negoziale,[262] risulta poi difficile (per non dire incongruente) arrivare a sostenere che, di fatto, la stessa tipologia di azione potesse essere validamente adoperata per il conseguimento dell'interesse all'esatto adempimento della prestazione, quando in effetti un interesse (o se preferiamo un 'diritto') in tal senso non poteva ritenersi sussistente, essendosi preliminarmente escluso che vi fosse la fonte stessa (contratto) dal quale tale interesse (o tale diritto) sarebbe dovuto discendere.[263] Del

---

[262] Così, tra i tanti, F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich 1827, 86 («man sich hier weder eine *Obligatio*, noch überall ein Rechtsverhältniß als Grundlage denkt, sondern daß ein bloss factisches Verhältniß als Fundament der Klage und Bedingung der Condemnation erscheint»), 117 s.; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, ove, con riferimento a Pomp. D. 19.5.16.1, si attribuisce ad Aristone la concessione di un'*actio in factum* in senso stretto avente natura non contrattuale («une simple action *in factum*, n'ayant aucun caractère contractuel»); nello stesso ordine di idee, lo si è visto (*supra* cap. I § 3), A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 («die *a. in f.* verneint das Dasein eines klagbaren Vertrages»); P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*,[9] Milano 1932, 483 nt. 1; E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 82, 322 nt. 6 («L'actio in factum presupponeva l'impossibilità di inquadrare la fattispecie in un tipo di contractus»), 324 ss. («provvedevano alla tutela […] nella forma più semplice dell'actio in factum: vale a dire, accordavano una tutela, la quale prescindeva da una qualificazione giuridica della convenzione come contractus»), 330; più recentemente anche G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in ANRW II 14, Berlin-New York 1982, 497; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425 ss. In senso contrario («pregiudiziale metodologica») P. VOCI, *La dottrina* cit., 233, 283.

[263] Appare pertanto non privo di contraddizioni il pensiero di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 194, 203: «Giuliano individuava […] convenzioni non costituenti, a suo parere, contratti, ma per le quali riteneva di dover accordare un'*actio in factum* in senso stretto (vale a dire con *intentio in factum concepta*) rivolta all'adempimento». Una questione per molti versi simile si pone, come si è accennato (*supra* cap. I nt. 175), in relazione alle finalità dell'*a. in factum* concessa a

resto era stato proprio Voci ad evidenziare la stretta corrispondenza tra misura del risarcimento e «contenuto economico» della pretesa fatta valere in giudizio.[264]

Si è peraltro già avuto modo di rilevare che la nozione romana di *id quod interest* rappresenta un concetto notoriamente esteso, non traducibile in un modello unitario,[265] al cui interno gli studiosi sono soliti far coesistere le differenti

---

favore dell'acquirente di *locus religiosus* che abbiamo incontrato nel già esaminato Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.8.1, ammesso che si trattasse di azione reipersecutoria intentata dal compratore nei confronti del venditore.

[264] P. VOCI, *Risarcimento* cit., 18 s. («*Quanti ea res est* esprime […] l'*id quod interest*, quando […] la domanda implichi un rapporto (di fatto o di diritto) tale con la cosa, che attribuire, di questa, la stima all'attore, significherebbe dargli un risarcimento che non corrisponde al contenuto economico della domanda»), 59.

[265] Che l'espressione *id quod interest* venisse adoperata nelle fonti in una varietà di accezioni è stato ben evidenziato da tempo in dottrina: in proposito vd. C.W. WEHRN, *Doctrina* cit., 349 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. IV cit., 432 ss.; tra gli studiosi moderni che l'*i.q.i* non rappresentasse un criterio univoco di determinazione del danno, ma servisse piuttosto ad attribuire al giudice un potere di valutazione non rigorosamente legato al valore commerciale della cosa, è sostenuto («*id quod interest* habe in seiner gewöhnlichen Anwendungsform keine ferstbestimmte Regel zur Ermittlung der Kondemnationssumme bedeutet, sondern nur die Freiheit zu einer Wertung gewährt») da D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 307: «*Id quod interest* bedeutet den Römern noch keine Rechenformel, in die man nur das hypothetische und das wirkliche Vermögen des Geschädigten einzusetzen braucht, um durch einfache Subtraktion als Ergebnis den Schaden zu erhalten […] *Id quod interest* muß daher eine Wertung im Einzelfalle erfordert haben»), 326 s.; su cui vd. F.M. DE ROBERTIS, Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 409 ss.; A. BURDESE, Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, in Rivista di filologia e istruzione classica 81, 1958, 474 ss., ora in A. BURDESE, *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, vol. I, Padova 2009, in particolare 205 s.; insiste sull'impossibilità di giungere alla definizione di un criterio valutativo unitario, in un ordine di idee che prende però le distanze dalle conclusioni di Medicus, rivendicando il valore soggettivo dell'espressione *id quod interest* («subjective Färbung»), H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, 174 s.; in proposito vd. S. TAFARO, Rec. a H. HONSELL, *Quod interest*, in Index 2, 1971, 359 ss., ove si rimprovera allo studioso tedesco di essersi mosso secondo modelli preconcetti; ID., *La interpretatio* cit., 8 s. e ivi nt. 3; per un criterio di stima soggettivo, ma non illimitato, vd. B. KUPISCH, *Id quod interest bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers*, in TR 43, 1975, 1 ss., 21 s.; più di recente, come l'«ammontare del risarcimento» dell'interesse variasse in funzione della «singola *actio* e dei suoi specifici impieghi» è ben evidenziato da F. PROCCHI, *Dall'id quod interest* cit., 489 s., il quale discute «di criterio flessibile […] finalizzato a un accertamento individualistico e soggettivo del danno risarcibile»; nello stesso ordine di idee vd., da ultima, M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale* cit., 331 ss. Per un diverso punto di vista si segnala P. VOCI, *Ri-*

prospettive dell'interesse positivo e negativo.[266] Solo il primo è propriamente compatibile con la logica di un'azione di adempimento, ovvero di un'azione diretta a realizzare l'interesse che il soggetto aveva a una corretta attuazione del rapporto contrattuale. L'interesse negativo non può al contrario considerarsi espressione di una logica contrattuale in senso stretto.[267]

Ne consegue che l'invocata attestazione di casi di impiego di *actiones in factum* volte all'*id quod interest* è destinata ad assumere un rilievo tutto sommato secondario, in quanto dimostra soltanto che, nella determinazione dell'importo della condanna, rientrasse talvolta nelle facoltà del giudice discostarsi da una valutazione meramente oggettiva, di mercato, per procedere piuttosto attraverso una stima del c.d. valore soggettivo, ovvero dell'utilità che l'attore avrebbe ricavato, poniamo, dal non aver perso la cosa. Ma ciò nulla ha a che vedere con la natura (contrattuale) del rapporto sottostante o ancora con le finalità dell'azione. Ne è facile riprova il fatto che uno degli ambiti per i quali è notoriamente attestata una valutazione dell'importo della *condemnatio* rapportata all'interesse dell'attore è, come si è gia segnalato, quello dell'illecito aquiliano.[268] E del resto non si può neppure trascurare che è stata proprio la dottrina tradizionale, seguendo l'insegnamento di Pokrowsky, ad aver attribuito all'*actio in factum* (giulianea) la funzione di perseguire l'interesse negativo, più che quella

---

sarcimento cit., 35 («Un termine, adoperato così spesso e in senso assoluto, non può non avere un significato tecnico»).

[266] Operazione concettuale verso la quale non sono (in verità) mancate critiche. L'ipotesi di una identificazione della nozione romana del *quanti interest* con quella moderna di Interesse nelle sue articolazioni è respinta, com'è noto, da D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 94 ss.: «Zum Verständnis des *quanti interest* muß man sich daher von modernrechtlichen Interessebegriff lösen»; osservazioni analoghe si trovano in F.M. DE ROBERTIS, Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 411.

[267] Al riguardo vd. quanto si è detto *supra*, cap. I §§ 3-4: e quanto si dirà, seppur in via di mero accenno, a proposito di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.5 (vol. II, cap. IV § 2.1).

[268] Si consideri da questo punto di vista il ben noto Ulp. 17 *ad ed.* D. 9.2.21.2 '*Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio*': («la condemnation portait ici sur le *quod interest* tout comme dans les *arbitria bonae fidei*») A. GIFFARD, *Aestimatio, taxatio, id quod interest dans l'actio legis Aquiliae*, in RHD 12, 1933, 334 ss. = *Études* cit., 158; F.M. DE ROBERTIS, *'Quanti ea res est-id quod interest' nel sistema della grande compilazione. Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo*, in SDHI 32, 1966, 121 s.; al riguardo vd. G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei* cit., 176 ss., che fissa intorno alla fine del I sec. d.C. l'emersione del nuovo criterio interpretativo «dell'*utilitas* o dell'interesse al bene», seppure inizialmente nella forma mediata del «prezzo formale».

di assicurare il conseguimento del mero valore economico della *res*, pur in presenza di una *litis aestimatio* formalmente indirizzata alla determinazione del *quanti ea res est* (o *erit*).[269]

Si è talvolta obiettato che, in talune sue applicazioni, l'*actio in factum* sembrerebbe in grado di garantire all'attore la possibilità di ottenere l'interesse positivo all'adempimento. Tale sarebbe il caso, si è detto, delle *actiones depositi* e *commodati in factum*.[270] La questione della finalità nonché dell'importo della *condemnatio* nei programmi di giudizio pretori, rispetto alle più recenti azioni *in ius ex fide bona*,[271] è in verità assai dibattuta, ed è tutt'altro che sicura una

---

[269] Da questo punto di vista sarebbe sufficiente coordinare il pensiero di Betti, prima riportato, con la ricostruzione del programma di giudizio che, secondo l'opinione dello stesso autore, sarebbe stato messo a punto da Salvio Giuliano per l'ipotesi prospettata in Ulp. 4 *ad ed.* Si veda appunto E. BETTI, *Sul valore* cit., 29: «"Si paret A.s A.s de N.o N.o Stichum servum q. d. a. mancipio accepisse ut Pamphilum servum q. d. a. manumitteret eumque Pamphilum ab A.o A.o manumissum eumque Stichum A.o A.o evictum esse, q. d. r. a., quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N.m N.m A.o A.o condemnato, s. n. p. a."».

[270] Così già F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 87 s.: «Wenn dagegen der Sinn des quanti res erit nicht in dem Marktpreis, sondern in dem rechtsbegründeten Interesse, mit Erwägung aller Umstände, bestand, so ist hier dem Iudex genau dieselbe juristische Beurtheilung, wie bei der Formel in jus, übertragen, da dieses quanti interest auf dieselbe Art zu ermitteln ist, und zu demselben Erfolg führt, wie das quidquid dare facere oportet, und nur wörtlich davon verschieden ist»; per l'*a. depositi in factum* vd. PH. E. HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in ZGR 13, 1846, 276 s. nt. 40 («setzte nun der Prätor seine depositi actio auf das wirkliche Interesse»), che segnala la differenza rispetto all'azione *in duplum* decemvirale per la quale si sarebbe preso piuttosto a riferimento il valore di mercato («das verum pretium rei»); adesivamente G. ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in RISG 45, 1908, 27; R. EVANS-JONES, *The Measure of Damages in the actio depositi in factum*, in TR 55, 1987, 267 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 226 («nicht ausschließlich den Marktwert der hinterlegten Sache, sondern auch die Bestimmung des Wertes des Streitgegenstandes insgesamt betreffen kann»).

[271] Per l'anteriorità della tutela pretoria vd. (tra in tanti) già F.L. KELLER, *Der römische Civilprocess*[3] cit., 113 nt. 365; TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico und depositum*, in ZSS 12, 1892, 324; C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 86 ss.; G. ROTONDI, *Contributo alla storia* cit., 29 ss.; E. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (damnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915, 69 ss.; G. SCHERILLO, v. *Comodato (diritto romano)*, in Enc. dir. 7, Milano 1960, 987; P. ZANNINI, v. *Comodato nel diritto romano*, in Dig. civ. 3, Torino 1988, 32; P. CERAMI, *Il comodato*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 308 e ivi nt. 38; L. PARENTI, *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 42.2.77(76) pr.*, in TSDP 7, 2014, 14 s., con ampia panoramica sulla letteratura; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino 2018, 119 s.,

piena equivalenza processuale.[272] Parte della dottrina ha anzi ritenuto di poter spiegare, proprio attraverso la diversità funzionale dei due modelli processuali, la sopravvivenza[273] dei più antichi mezzi di tutela pretori.[274]

137; per il deposito vd. G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 72 ss. Senza seguito l'ipotesi di una più antica risalenza della tutela civile formulata soprattutto da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*. *Zweiter Band. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess. Erster Teil. Privatrecht*, Leipzig 1901, 602 ss., non senza qualche precedente spunto: così A. THON, *Zur Lehre von den in factum actiones*, in ZRG 2, 1863, 296 ss. Per una valutazione critica ci limitiamo a segnalare C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 85 s.; più recentemente F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milano 1954, 66 ss.; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, 31; G. NEGRI, v. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. civ. 5, Torino 1989, 228 s.

[272] Pur con varietà di posizioni, essa è anzi di regola esclusa. Per il deposito, in termini molto netti, da G. BESELER, *Einzelne stellen*, in ZSS 47, 1927, 366, («sie geht immer auf den objektiven Sachwert»); meno rigido, com'è noto, il punto di vista di M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 65 ss., 69 ss., che se da un lato negava una condanna commisurata all'*id quod interest*, dall'altro contestava pure una determinazione in base al solo valore oggettivo della *res*: ciò grazie a un'interpretazione idealizzata della *res*, non più intesa in senso corporale (Sachgegestand), ma come 'Streitgegenstand'; sempre per una differenziazione vd. ID., RPR I,[2] 534; per il deposito aderisce alle conclusioni di Kaser («non la *nuda res*») G. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 69 ss., che egualmente esclude che l'azione potesse mettere il giudice nella condizione di valutare l'«interesse effettivo dell'attore»; sempre nel segno di una rigida distinzione tra i due modelli processuali (*a. in factum*, *a. in ius*) H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo*, in F. MILAZZO (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convengo internazionale di diritto romano* (Copanello, 3-7 giugno 2000), Napoli 2004, 142 («con la prima il depositante potrà ottenere il valore della cosa, con la seconda conseguirà il risarcimento del danno subito»). Per il comodato, contestano l'ipotesi di una identità della *summa condemnationis* nei due giudizi (in aggiunta naturalmente a Kaser) F. PASTORI, *Il commodato* cit., 140 ss.; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 310, 313.

[273] Che l'introduzione dell'azione di buona fede non comportò il venir meno del più antico rimedio onorario è opinione assolutamente pacifica in dottrina: in questo senso, si vedano F.L. KELLER, *Der römische Civilprocess*[3] cit., 113 nt. 365; TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico* cit., 324; C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 92; G. SCHERILLO, v. *Comodato* (*dir. rom.*) cit., 986 ss.; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 310 ss. Lo mette in dubbio invece A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 149 ss. («Esclusa […] alcuna funzione per la *formula in factum*, una volta introdotta quella *in ius* […] si può ipotizzare l'abbandono della prima»).

[274] Così, sempre relativamente al deposito, G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 366, per il quale l'*a. in factum* avrebbe avuto il vantaggio di far conseguire all'attore il valore economico della cosa, anche se egli non avesse avuto un interesse specifico alla sua restituzione o se questo si fosse comunque rivelato economicamente inferiore rispetto al valore oggettivo della *res*: «Weil sie dem Kläger bisweilen günstiger ist: sie geht immer auf den objektiven Sachwert […] auch dann,

Anche a voler ammettere che col tempo si sia arrivati a un'assimilazione sul piano dell'efficacia della sentenza di condanna, non si potrebbe certo non considerare che si trattava di rapporti che erano stati assorbiti nell'ambito della categoria contrattuale,[275] proprio a partire dal momento[276] in cui, come si è detto, si cominciò a riconoscere la concessione di apposite[277] azioni *in*

---

wenn das Interesse des Klägers am Wiederkriegen der Sache (die ja nicht notwendig ihm zu eigen gehört) gleich Null oder geringer als der Sachwert ist»; per il comodato M. KASER, *Oportere und ius civile*, in ZSS 83, 1966, 32 nt. 148; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 310, 313.

[275] Da questo punto di vista non si può neppure prendere in considerazione l'ipotesi di P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 424 ss., che pretendeva di far risalire ai bizantini l'inclusione di deposito, comodato (e pegno) tra i contratti («credo non siano classici gli usi di *contractus* referito al pegno, al commodato e al deposito»). Del resto se l'autore poteva giungere a tali conclusioni era solo grazie al ricorso a una sistematica e preconcetta soppressione di ogni testimonianza che potesse in qualunque modo rappresentare un ostacolo alla propria tesi («I testi in cui *contractus* è applicato a questi […] negozi […] sono tutti interpolati»), con un approccio metodologico che non è oggi davvero sostenibile.

[276] Quanto al deposito è incerto se l'azione *in ius* fosse nota già a Labeone, come si è ritenuto di poter ricavare da Lab. 2 *phit.* D. 16.3.4: così (implicitamente) E. BETTI, *L'antitesi* cit., 76 s. nt. 1 («di poco posteriore a Cicerone che non lo nomina in *de off.* 3.70»); G. SCHERILLO, v. *Comodato* (*dir. rom.*) cit., 987 e ivi nt. 72; G. GANDOLFI, *Il deposito* cit., 88 ss.; M. SARGENTI, *Labeone* cit., 45 ss. Per la tesi negativa vd. G. ROTONDI, *Contributo alla storia* cit., 38 ss.; J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in SDHI 28, 1962, 280, che pensa piuttosto a Giuliano; G. NEGRI, v. *Deposito* cit., 229 s.; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 212. Per il comodato, tenendo conto del fatto che il *iudicium bonae fidei* sembrerebbe sconosciuto a Plauzio (Paul. 5 *ad Plaut.* D. 12.5.9 pr.) e noto invece a Gaio (Gai 4.47), la dottrina pensa in genere a un periodo compreso tra la fine del I e l'inizio del II sec. d.C.: in questo senso F. PASTORI, *Il commodato* cit., 97; G. SCHERILLO, v. *Comodato* (*dir. rom.*) cit., 987; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 311; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 15, 37; altri ritengono che l'azione fosse già nota a Labeone: così C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 92; M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 71 ss.; con una proposta che ha recentemente trovato l'adesione di A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 138 ss., 151.

[277] In relazione alla possibilità di un impiego della generale *legis actio per condictionem* in materia di comodato, a partire dalla *lex Calpurnia*, vd., favorevolmente, B. ALBANESE, *Per la stora del creditum*, in AUPA 32, 1971, 15 nt. 5; adesivamente P. ZANNINI, v. *Comodato* cit., 33; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 33 ss.; per un impiego della *condictio* formulare, reso possibile dall'originario ambito applicativo dell'azione tracciato in base alla più ampia prospettiva del *condicere ex iniusta causa*, in assenza dunque di una *datio* traslativa della proprietà, vd. R. SANTORO, *Studi* cit., 382 ss., il quale d'altra parte fissa solo sul finire dell'età repubblicana il percorso di «sostanzializzazione» delle *causae condictionis* che avrebbe condotto il pretore a mettere a punto «nuove formule *in factum* per la protezione del commodato e del pegno»; analogamente, ma in un ordine di idee che tende ad anticipare tale momento già sul finire del II sec. a.C., P. CERAMI, *Il comodato*, 307 s.; sulla linea di Santoro si colloca più recentemente, anche per quanto riguarda l'impianto storico-ricostruttivo, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 129 ss.; M. VARVARO, *Per*

ius[278] (*ex fide bona*):[279] con un allargamento delle forme di tutela, che, almeno

la storia del certum cit., 182; esprime perplessità sull'impiego della *condictio* A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 56 ss., con argomentazioni che meritano considerazione; nel senso di un ricorso alla *condictio ex causa furtiva* vd. G. SCHERILLO, v. *Comodato (dir. rom.)* cit., 985 ss.

[278] La questione è ben riassunta in R. SANTORO, *Il contratto* cit., 239 nt. 191: «Le prime sono dirette a far valere il rapporto obbligatorio […] nascente dalla convenzione […] Le seconde, propriamente, hanno carattere extracontrattuale e perciò, fondano, all'inizio, una mera responsabilità […] Ciò non toglie che, una volte riconosciute le azioni *in ius*, anche le azioni *in factum* edittali finiscano per apparire, forse già agli occhi degli stessi Romani, azioni contrattuali, rimanendo tuttavia diverse dalle azioni *in ius* per il fatto che solo queste si prestano a far valere le clausole particolari aggiunte alla convenzione»; un accenno più recentemente anche in ID., *Per la storia dell'obligatio* cit., 81 nt. 358. Da altro punto di vista, è appena il caso di osservare che, a detta dello studioso, avrebbe avuto un «fondamento extracontrattuale», in origine, anche la *condictio* applicata in caso di mutuo, per lo meno prima che, con la contrattualizzazione del rapporto, si trasformasse in *actio certae creditae pecuniae*: in proposito vd. L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in SDHI 64, 1998, 135 nt. 205. Più in generale, sui riflessi derivanti dalla concessione dell'azione civile sul piano della configurazione dogmatica dei rapporti in questione in termini di contratto vd., tra i tanti, P. BONFANTE, *Sulla genesi* (*Scritti* 3) cit., 115; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico in diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in RISG 28, 1899, ripubblicato (non senza differenze sul piano dell'articolazione in §§ e con larga aggiunta di note) in ID., *Scritti giuridici*. Vol. I, Cortona 1930, 256 s.; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Torino 1983, 101; G. NEGRI, v. *Deposito* cit., 228 s.; A.F. BARREIRO, *Las fuentes* cit., 40 s. Sempre al riguardo è appena il caso di ricordare che non ha riscosso consensi in dottrina la tesi di una tutela meramente pretoria per il comodato avanzata, in base anche all'ipotesi di un'origine glossematica di Gai 4.47, da A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in SDHI 19, 1953, 181 ss.; ID., *A propos de l'actio commodati*, in IVRA 34, 1983, 90 s.; inizialmente ripresa da J. PARICIO, *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in RIDA 29, 1982, 233 ss., 250 s.; ID., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13.6.13 pr. y D. 12.6.17.5)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. VI, Milano 1982, 355 ss., ove si aderisce più decisamente (358 nt. 7) all'ipotesi di un'origine glossematica delle parole '*et commodati*' e '*similes etiam commodati formulae sunt*'; e poi abbandonata in ID., *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 12-15 dicembre 2011), Milano 2011, 209 nt. 14, ove si è finito per riconoscere anche il carattere di buona fede dell'azione («i dubbi […] sulla *formula commodati in ius ex fide bona*, che anch'io ebbi in passato, penso che siano ingiustificati»). Per un esame della questione si rinvia, con analisi delle fonti, ad A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 129 ss.

[279] Senza seguito la tesi di un'azione di stretto diritto per il comodato: così («Die in ius konzipierten Formeln der actiones commodati und pigneraticia hatten den Zusatz „ex fide bona" nicht») vd. E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in ZSS 36, 1915, 1 ss.; M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 72; soprattutto ID., *Oportere und ius civile* cit., 30 s., ove si invoca in

per il deposito, avrebbe comportato l'ulteriore effetto, a detta di taluni, di incidere sui caratteri originari della più antica azione pretoria, facendole assumere una funzione propriamente reipersecutoria.[280] Né si può peraltro non considerare che la specificità della prestazione, il fatto cioè che (sul piano economico e giuridico) essa consistesse più che in una effettiva controprestazione,[281] in una semplice restituzione della cosa data in deposito o in comodato, doveva comportare, tra le principali e immediate conseguenze, che non fosse semplice distinguere tra interesse positivo e interesse negativo, i quali anzi finivano sostanzialmente e anche formalmente per coincidere.

Tenendo conto dell'insieme delle considerazioni sviluppate, pare si possa ragionevolmente affermare che la questione dell'idoneità (in astratto) di una *formula in factum concepta* ad assicurare una *condemnatio* diretta al conseguimento dell'*id quod interest*, al di là delle apparenze, riguardi solo marginalmente il tema qui affrontato e non costituisce una valida ragione per abbandonare il punto di vista tradizionale in materia, che, come in più occasioni si è avuto modo di

---

tal senso il ricorso alla *condictio* (per il *pretium* indebitamente preteso dal comodatario per la restituzione dei *vestimenta*) in Paul. 5 *ad Plaut.* D. 12.5.9, non escludendosi, peraltro, che a determinare la mancata inclusione all'interno delle azioni di buona fede, come nel caso del deposito, potesse essere stata la più tarda introduzione rispetto all'analoga *a. depositi in ius* (*ex fide bona*); ID., RPR I,[2] cit., 534. In senso critico vd. F. PASTORI, *Il commodato* cit., 62.

[280] Per l'iniziale natura penale dell'*a. depositi in factum*, anche se esercitata *in simplum*, vd. M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 66; ID., *'Ius honorarium'* cit., 85, ove si negava che lo stesso potesse valere per l'*a. commodati*, non presupponendo la condanna una condotta dolosa da parte del convenuto; ID., *Divisio obligationum*, in P.G. STEIN, A.D.E. LEWIS (a cura di), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, ora in ID., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 166; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 206 s. e ivi nt. 14; in termini ancor più netti O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 2.1 cit., 1313, per il quale tale carattere si sarebbe mantenuto inalterato per tutto il corso dell'età classica; sulla questione vd. l'accurata indagine di R. EVANS-JONES, *The penal characteristics of the actio depositi in factum*, in SDHI 52, 1986, 105 ss. Più in generale, per l'origine «penale-amministrativa» di tutte le azioni *in factum* vd. E. BETTI, *L'antitesi di iudicare* cit., 40 s., 58 ss., argomentando anche dal significato originario dell'espressione *a. in factum*: «Le actiones in factum – nel significato etimologico del termine, mezzo contro un atto compiuto (factum, da facere) – non sono state infatti in origine altro che mezzi di diritto *amministrativo-penale* diretti a punire in via di polizia […] un atto determinato», in un contesto espressivo in cui si registra una certa tensione concettuale tra pena e risarcimento (59 s.).

[281] Non pare condivisibile la ricostruzione dogmatica che si trova in F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 138, relativamente ai «benannten Contracte» rientranti nello schema perfezionativo dell'*obligatio re:* «durch Uebergabe einer Sache, worauf eine Gegenleistung (Rückgabe derselben Sache […]) erfolgen soll».

sottolineare, tende a distinguere i due rimedi (*a. in factum*, *a. civilis incerti* o *p.v.*) sul piano delle finalità perseguite.

Semmai, si potrebbe addirittura osservare come talvolta le fonti sembrino prospettare una sostanziale assimilazione tra *condictio* e *actio in factum*, sotto il profilo funzionale, in termini ben più stringenti rispetto a quanto prospettato dalla dottrina tradizionale sulla scia di Pokrowsky, assegnando ad entrambi i rimedi processuali una funzione ripetitiva in senso stretto.[282] Si tratta di circostanza che non deve sorprendere se solo si considera la funzione residuale che l'azione pretoria sembra talvolta assolvere rispetto alla *condictio*, di cui è stata (spesso) considerata un «surrogato»:[283] e in qualità di surrogato è legittimo at-

---

[282] Assai significativi da questo punto di vista appaiono sia il prima richiamato Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10, sia Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1, in cui è proprio Giuliano a suggerire il ricorso all'*a. in factum*, in alternativa alla *condictio* e con le stesse finalità, rispetto a una complessa ipotesi di *donatio mortis causa*. Su entrambe le testimonianze e per una valutazione dei vari rilievi che sono stati sollevati contro la genuinità del brano giuliano, in attesa di un più specifico approfondimento, ci limitiamo per il momento a rinviare alla principale letteratura. Per il primo vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 332 ss.; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 151; G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR 43, 1935, 279; B. BIONDI, *Contratto* cit., 274 s.; R. SANTORO, *Studi* cit., 232 ss.; F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el derecho romano clásico*, in AHDE 45, 1975, 9 nt. 3; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 224 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 188 nt. 39. Per il secondo si segnalano P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 162 s.; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953, 144, 195 ss.; P. SIMONIUS, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basle 1958, 261 ss.; U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965, 130 s.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli 1969, 37 ss.; G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, 76 ss.; più recentemente J.J. ALONSO, *Estudios sobre la delegación.* I. *La doble atribución patrimonial (Primera y secunda parte)*, Santiago de Compostela 2001-2002, 326 ss., 349 ss., 374 ss.; M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino 2011, 71 ss.; C. TORT-MARTORELL, *Donationes mortis causa mediante cesión de crédito en Juliano (D. 39,6,18,1) y una lex gemina de Gayo (D. 39,6,31,3)*, in RGDR 16, 2011, 1 ss.

[283] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 2 s. («l'*a. i. f.* classica infatti ha, nella maggior parte dei casi, la funzione della *condictio* e viene in applicazione in talune ipotesi in cui quella è inapplicabile»), 235, 238 s., 245, su cui vd. nt. seg.; sulla funzione integrativa del sistema delle *condictiones* vd. E. BETTI, *L'antitesi di iudicare* cit., 86 nt.; anche G. BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929, 119; H. SIBER, *Retentio propter res donatas*, in *Studi in onore di S. Riccobono* cit., vol. 3, 252 ss.; J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 68 («In general, then, the action *in factum* was granted when nothing, but the return of a thing given was desired, and the action *praescriptis verbis* in all other cases, particularly to get what was promised in return for a *datum* or a *factum quod locari solet*»); sempre per una funzione sussidiaria rispetto alla *condictio* G. DO-

tendersi che fosse chiamata ad assolvere una funzione se non identica,[284] quantomeno non dissimile da quella dell'azione che andava in concreto (e in sostanza) a sostituire. Non appare pertanto fuori luogo la qualifica di azione pretoria (per così dire) *condicticia* che le è stata talvolta attribuita in dottrina.[285]

Ciò peraltro sembra valere, se non ci inganniamo, proprio per la soluzione di Ulp. 4 *ad ed*. § 2 e Paul. 5 *quaest*. §§ 2 e 3, in cui l'approdo da parte di Giuliano e (sulla sua scia di) Paolo all'*a. in factum* pare per l'appunto costituire (come avremo modo di vedere)[286] l'esito di un processo valutativo che, tra le altre cose, doveva concretamente confrontarsi con l'assenza di un rimedio processuale, come la *condictio*, in grado di assicurare una neutralizzazione degli effetti giuridici prodottisi. Ciò non significa, è bene ripeterlo, che si debba per questo ipotizzare una applicazione replicativa della *condictio*, se non altro perché alla

---

NATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi parmensi* 1, Milano 1950 = R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano.* II, Milano 1977, 753; A.F. BARREIRO, *Las fuentes* cit., 39 s., che peraltro, proprio in tema di tutela delle convenzioni atipiche e perlomeno nell'ambito dell'indirizzo sabiniano, si orienta nel senso un ricorso alternativo alle due azioni (42: «Sabino y Casio, que propugnan una solución técnico-procesal diferente […] la concesión de una *actio in factum*, en elección alternativa con el régimen civil de la *condictio* recuperatoria»).

[284] Come appunto avveniva, ad es., nei casi (seppur particolarissimi) indicati *supra* in nt. 282. Più in generale, per una sostanziale identità funzionale rispetto alla *condictio*, per lo meno per le applicazioni «più antiche» dell'*a. in factum*, vd. E. BETTI, *L'antitesi di iudicare* cit., 86 s., a detta del quale, in entrambe le circostanze, il giudice avrebbe dovuto attenersi alla «pura e semplice stima della ipsa res pretesa nella intentio secondo un criterio ristretto e rigoroso, senza tener conto alcuno dell'interesse dell'actor»; uno spunto in tal senso sembra cogliersi, con specifico riferimento peraltro alla materia dei contratti innominati, anche in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 2 s., 235, 238 s. («diretta a ottenere il risarcimento del danno, valutato non già secondo il valore della controprestazione […] ma secondo quello della prestazione eseguita […] mirante a reintegrare la parte adempiente […] proprio come avrebbe fatto una *condictio* inammissibile e della quale l'*a. i. f.* è il surrogato»), per quanto in effetti l'autore non parrebbe in realtà discostarsi dall'idea di un impiego dell'azione pretoria ai fini del perseguimento dell'interesse negativo, come sembra doversi ricavare dal fatto che a sostegno di tali considerazioni egli adducesse Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.5 (238 e ivi nt. 5: «carattere ch'è appunto rivelato dall'ultima parte della l. 5 D. 19.5, dove appunto l'*a. i. f.* sostituisce la *condictio*») rinviando contestualmente alle conclusioni prospettate nel primo volume, dove aveva egli preso posizione per un'applicazione dell'*a. in factum* ai fini dell'interesse negativo, in un contesto che più in generale si preoccupava di tenere distinta tale azione dalla *condictio*, per ciò che riguarda il profilo della quantificazione della condanna (P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 237 s.).

[285] Così in particolare («Die „kondiktizische" actio in factum des Prätors») U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 150 s.

[286] Al riguardo vd. vol. II, cap. V § 1.1.

stessa impossibilità di ricorrere alla *condictio* si suppliva anche attraverso l'impiego in via sussidiaria dell'*a. de dolo* (così sempre, lo si è visto e lo si vedrà, Paul. 5 *quaest*. §§ 2 e 3): e non si può certo pensare che l'azione (peraltro penale) assumesse, sol per questo, una funzione ripetitiva in senso stretto. Significa piuttosto ritenere che l'*a. in factum* (ma lo stesso potrebbe dirsi per l'*a. de dolo*) avesse, al pari della *condictio*, l'obiettivo di neutralizzare, seppur in diverso modo, in diversa misura e con diversi presupposti, lo squilibrio economico scaturente dalla solo parziale o comunque inesatta attuazione della vicenda negoziale. E del resto, sarebbe quantomeno singolare che, per far fronte all'impossibilità di agire per la sola ripetizione con la *condictio*, si dovesse procedere attraverso la predisposizione di un apposito programma di giudizio *in factum*, da accordarsi però, del tutto eccentricamente, per l'adempimento.

5.1. (continua) Considerazioni conclusive in ordine a una eventuale identità funzionale tra azione pretoria e *a.p.v.*

C'è da fare un'ulteriore riflessione, in aggiunta a quelle sin qui svolte. Va infatti debitamente considerato che il diverso orientamento proposto, se non si dimostra in grado di assicurare una più soddisfacente spiegazione sul versante dogmatico, presenta (invece) il non trascurabile inconveniente di relegare il dibattito sorto in seno alla giurisprudenza al rango di una disputa puramente dottrinale fra differenti teoriche contrattuali, priva di rilevanti implicazioni di ordine pratico: ipotesi, questa, solo forzatamente conciliabile con quel pragmatismo che a ragione rappresenta uno dei tratti salienti della giurisprudenza romana,[287] e ancor di meno con l'ampio risalto assegnato invece nelle fonti alla polemica che su queste diverse soluzioni si era andata innestando.[288]

Va per inciso osservato, inoltre, che l'accettazione di una tale tesi o ancor meglio una sua rigida applicazione in materia di contrattualismo atipico dovrebbe indurre a un ripensamento delle opinioni oggi maggiormente accreditate, ma non certo nella direzione pensata e soprattutto auspicata da Sargenti.

---

[287] In proposito vd. F. GALLO, *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in Index 5, 1974, 1 ss.; soprattutto G. GROSSO, *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in Index 5, 1974, 13 ss.

[288] Anche se non con specifico riferimento alla questione qui posta, l'ipotesi di una disputa di ordine dottrinale è respinta da B. BIONDI, *Contratto* cit., 96: «è difficile pensare che i giuristi si siano lasciati irretire da diversi orientamenti dottrinali».

La predisposizione di una tutela civilistica mediante *a.p.v.* (o comunque mediante *actio civilis incerti*) si sarebbe infatti rivelata assolutamente necessaria in un'epoca come quella del giurista augusteo, che avrebbe visto ancora dominante l'idea di un'interpretazione rigorosa del dettato formulare: idea, alla quale, peraltro, avrebbe prestato la propria adesione lo stesso Labeone,[289] pur non mostrando, egli, insuperabili preclusioni dogmatiche verso l'opposto e innovativo indirizzo interpretativo che già allora sembrava farsi strada.[290]

Sarebbe stata al contrario sicuramente non indispensabile una volta che, prevalso il nuovo atteggiamento interpretativo, si sarebbe potuto agevolmente conseguire il medesimo risultato pratico attraverso l'impiego di una semplice *actio in factum* (al *quanti ea res est*). Volendo essere ancora più espliciti, ciò significa che, sul piano della ricostruzione storica, le maggiori pressioni per una riconduzione delle convenzioni atipiche all'interno della categoria contrattuale sarebbero dovute provenire da un giurista protoclassico come Labeone, piuttosto che da un tardo esponente della giurisprudenza come Ulpiano, per il quale, invece, le ragioni per la concessione dell'azione civile sarebbero dovute apparire in larga misura superate.

Si verrebbe dunque a profilare, almeno in linea teorica, un percorso storico-evolutivo addirittura opposto rispetto a quello sino a ora sempre ipotizzato, che porterebbe a supporre un processo di graduale contrazione dell'ambito applicativo dell'*a.p.v.* a tutto vantaggio del concorrente modello dell'*actio in factum*. Processo che si andrebbe a porre, è superfluo osservarlo, agli antipodi dello sviluppo immaginato proprio da Sargenti.[291]

Alla luce di quanto si è sino ad ora evidenziato, si può senza dubbio affermare

---

[289] Sulla scorta di Venul. 15 *stip.* D. 46.8.8.2, ammette l'adesione da parte del giurista augusteo al canone interpretativo serviano («Labeone […] appare legato ancora a una *interpretatio* che considerava oggetto degli atti non l'interesse delle parti ma le cose») anche S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 30 ss.

[290] Significativo da questo punto di vista è, in tema di *nuntiatio novi operis*, Ulp. 80 *ad ed.* D. 39.1.21.6-7 '*Labeo* […] *Idem dicit adiciendum esse in stipulatione, ut tantum praestetur, quanti uniuscuiusque intersit, si hoc maluerint: ceterum, si ita fuerit, inquit, cautum 'quanti ea res erit', dubitabitur, utrum ad totius corporis aestimationem haec verba referuntur an vero ad quod eius interest qui stipulatur. Ego puto et si sic fuerit uni cautum " quanti ea res erit", defendi posse stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur*', dal quale si evince come il giurista augusteo, pur orientandosi verso un'interpretazione letterale, non ritenesse impraticabile l'opposta linea interpretativa; così già S. TAFARO, *La interpretatio* cit., 32 ss. («Labeone non sembra aver inteso escludere ogni fondamento all'ipotesi della lettura in termini di interesse dei *verba q. e. r. e*»).

[291] In proposito vd. quanto si è già avuto modo di osservare *supra* alle ntt. 27, 202.

che non si intravedono seri elementi per abbandonare l'impostazione tradizionale, la quale, almeno da questo punto di vista, deve ritenersi ancora valida,[292] e ad essa del resto, in tempi non lontanissimi, prestava piena adesione lo stesso Sargenti,[293] il quale solo nei lavori più recenti aveva modificato la propria opinione.

6. Spunti di revisione critica: da Giffard alle più recenti tesi di Burdese e Gallo.

Se è vero, come è anche emerso dalle considerazioni precedenti, che l'insegnamento tradizionale continua ancor oggi a conquistare prestigiose adesioni fra gli studiosi e che non sono addirittura mancati tentativi, ancora più estremi, di patrocinare il ritorno a soluzioni vicine alle vecchie impostazioni interpola-

---

[292] Una sua difesa si trova, almeno implicitamente, in S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 455, 464, per il quale fra i più importanti «risvolti pratici» connessi alla soluzione proculeiana vi sarebbe stato quello di consentire il passaggio da una tutela incentrata sul solo interesse negativo, a una tutela allargata all'«interesse positivo alla controprestazione»; per una limitazione dell'*actio in factum* giulianea «nur auf den Ersatz des negativen Interesses» anche P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17; un richiamo all'impostazione di Betti sembra cogliersi anche in T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 149 nt. 242; punto di vista riproposto in ID., *Sul responsum* cit., 325 nt. 123; nello stesso ordine di idee C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 159 e ivi nt. 131, 170 ss.; pur mostrando qualche apertura rispetto all'ipotesi di un possibile impiego dell'*a. in factum* a fini di adempimento («non sappiamo se calcolato nella misura dell'interesse positivo o negativo»), da ultimo prende posizione per una condanna all'interesse negativo anche L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 425, 431 s., il quale, peraltro, non si sente di escludere che questa potesse costituire una delle ragioni che stavano alla base della critica mossa da Mauriciano a Giuliano rispetto alla vicenda di Ulp. 4 *ad ed.*; tra gli autori meno recenti vd., in ottica però interpolazionistica, V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 67. In termini ancora più netti che, come si è detto, suggeriscono un impiego in funzione meramente ripetitiva vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 2 s. nt. 1, 238.

[293] Così («la condanna nell'*id quod interest* presuppone una formula con *intentio in ius*, il *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, e non il semplice richiamo al presupposto di fatto, che conduce necessariamente al *quanti ea res* <est> ed alla conseguente condanna al valore corrispondente») M. SARGENTI, *Appunti* cit., 239; ancora più recentemente, con riferimento a C. 4.64.1 (Gord., a. 238), in ID., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI (a cura di), *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 488 nt. 40: «La previsione di un'*actio in factum* come alternativa alla *condictio certae rei* non avrebbe avuto, poi, un serio costrutto, visto che l'una e l'altra, pur con diversi presupposti, portavano ad una condanna al *quanti ea res est* [...] se si voleva offrire veramente un'alternativa [...] si doveva pensare [...] ad un'azione, insomma, che consentisse la condanna al *quanti interest*».

zionistiche, bisogna però anche dare atto che un sempre più ampio settore dell'attuale romanistica è da tempo impegnato nel tentativo di pervenire a una complessiva rivalutazione della posizione giulianea.[294]

Nel mutato ordine di idee, è stata probabilmente proprio la segnalata inadeguatezza della tesi tradizionale nel fornire una plausibile e coerente ricostruzione sotto il profilo dell'evoluzione storica, che deve aver convinto parte degli studiosi ad abbandonare tale punto di vista, per spostarsi su indirizzi interpretativi meno radicali.

Una prima e decisa rottura rispetto all'impianto tradizionale, tra gli studiosi moderni, era stata tentata già a partire dagli anni '30 del secolo oramai trascorso da Giffard, le cui indagini si ponevano in un ordine di idee diametralmente opposto rispetto a quello all'epoca imperante, per quanto, come si avrà modo di apprezzare, esse non presentino quel carattere fortemente innovativo che si è soliti attribuire loro, inserendosi piuttosto nel solco di un ben radicato indirizzo interpretativo tracciato già in epoca intermedia.[295]

Secondo quanto allora sostenuto dallo studioso francese,[296] la soluzione testimoniata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 non sarebbe da ricondurre a un rifiuto della dottrina aristoniana da parte di Giuliano, come per lungo tempo si era invece erroneamente ritenuto, ma andrebbe al contrario collegata a una sua fedele e rigorosa applicazione. Il diniego dell'azione di adempimento andrebbe infatti unicamente imputato al mancato verificarsi dell'effetto traslativo della prima prestazione, che, impedendo il perfezionamento della fattispecie nello schema di *do ut facias*, avrebbe piuttosto determinato, una volta manomesso il servo e subita l'evizione, il configurarsi di un caso di *facio ut des*, che, come tale, sarebbe rimasto al di fuori della categoria sinallagmatica aristoniana, rigorosamente circoscritta ai soli rapporti scaturenti da una *datio* effettuata in vista di una controprestazione, come sarebbe dimostrato dal già richiamato Pomp. 22 *ad Sab.*

---

[294] Da ultimo, un invito alla «cautela nel considerare Giuliano come il paladino della tutela pretoria, in netta antitesi con la soluzione indicata da Aristone», si trova anche in R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34 s., con l'osservazione: «siamo in grado di ipotizzare, con un certo margine di sicurezza, che Giuliano seguisse sostanzialmente la medesima prospettiva di Aristone per quanto concerne la *condictio incerti*». Ancora più deciso l'autore là dove denuncia «un'applicazione rigorosa, nella casistica considerata, della prospettiva aristoniana, così da escludere sistematicamente la tutela *in ius* ove non risulti configurabile un συνάλλαγμα commutativo».

[295] In proposito vd. vol. II, cap. IV § 4.

[296] A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 193; soprattutto ID., *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 196 ss.

D. 19.5.16.1, ove, per un caso di *facio ut des*,[297] Aristone escludeva l'impiego dell'azione civile, arretrando sul terreno della tutela pretoria (*actio de dolo-a. in factum*).[298] Posizione che, soprattutto recentemente, ha saputo conquistare più di un'adesione.[299]

Un'altra apertura è venuta, in tempi decisamente più recenti, da Misera, il quale ha piuttosto provato a spiegare la mancata concessione di un'azione civile in Ulp. 4 *ad ed.*, col fatto che si sarebbe trattato di ipotesi tale da non presentare un'apprezzabile relazione, sul versante analogico, con fattispecie contrattuali ti-

---

[297] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197 («C'est la preuve qu'Ariston n'admettait l'action civile que dans le cas de *datio ut des* ou *ut facias*»); ID., *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 s.

[298] Per un esame del brano e per una più specifica valutazione del punto di vista del giurista traianeo in ordine al tipo di azione da impiegare, tra quelle indicate (*a. in factum-a. de dolo*), vd. vol. II, cap. V § 7.

[299] Al punto di vista di Giffard si richiama, ma in termini che in realtà non sono pienamente coincidenti (considerato che la vicenda affrontata in Ulp. 4 *ad ed.* da Giuliano-Mauriciano non viene propriamente ricondotta a un caso di *facio ut des*), R. KNÜTEL, *La causa* cit., 138: anche secondo lo studioso tedesco la mancata concessione della *civilis actio* da parte di Giuliano sarebbe comunque da mettere in relazione con l'assenza di una «valida ed efficace» dazione; per quanto fugacemente e senza una complessiva riconsiderazione delle posizioni assunte negli studi precedenti, F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone* cit., 28 s., su cui vd. *infra* in questo stesso §; (solo) parzialmente («[…] die *datio ob rem* mangels Eigentums des Gebenden keine realvertragliche Wirkung gehabt hatte») O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86, su cui vd. *infra* cap. III ntt. 565-566 e vol. II, cap. V nt. 53; nell'ottica di una trasformazione del rapporto P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17 («Da die *traditio* eines fremden Sklaven keine wirksame *datio* darstellt, stufen Julian und Paulus den in D. 2.14.7.2, 19.5.5.2 geschilderten Sachverhalt als Fall des bloßen *facio ut des* ein»); B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, Padova 2008, 123 s. («manca la *datio* […] da parte dell'attore che esegue soltanto un *facere*»); così anche P. LAMBRINI, *Actio de dolo e accordi* cit., 245 s., la quale fa peraltro osservare come la decisione di Giuliano avrebbe più specificamente riguardato l'ipotesi dell'evizione, «per la quale anche in materia di compravendita la possibilità di agire con l'azione contrattuale per ottenere il risarcimento del danno era stata concessa solo di recente e non senza difficoltà; perciò Giuliano non ritiene di concedere l'azione contrattuale per l'ipotesi di evizione in un contratto innominato, mentre Mauriciano potrebbe aver superato tale dubbio e concedere l'*actio praescriptis verbis* al contraente di un accordo atipico che fosse stato evitto», con la precisazione (246 nt. 74) per cui «Paolo nel caso di evizione della cosa permutata concedeva ancora l'*actio in factum*»; sempre nell'ottica di una «applicazione rigorosa […] della prospettiva aristoniana», pensa alla mancata integrazione di una *datio ob rem*, più che a una conversione del negozio, anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34 ss. Ulteriori indicazioni nel vol. II, cap. IV § 4, soprattutto alle ntt. 201-203.

piche.[300] Pur con i limiti derivanti principalmente dal modo con cui questi è approdato a tale conclusione, basandosi sull'esame pur estremamente accurato del solo Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24,[301] le ricerche condotte dall'autore tedesco hanno avuto senz'altro il merito di riportare l'attenzione su ipotesi interpretative da tempo trascurate in dottrina e che pure avevano profondamente segnato le impostazioni logico-ricostruttive di intere generazioni di studiosi, diversamente educate alla valorizzazione del rilievo del profilo della sussistenza di una relazione analogica sul piano della tutela dei c.d. contratti innominati.[302]

Da questo punto di vista, non è certo trascurabile l'influenza che gli studi di Misera hanno saputo esercitare sulle successive indagini di Burdese e di Gallo, sicuramente più su quella del primo studioso: se non ci si arresta perlomeno a una prima e sommaria valutazione formale.

Partendo proprio da Burdese, è a tutti noto l'impegno che il compianto Maestro italiano aveva dedicato al tema in questione nel corso in una nutrita serie di studi.[303] Benché col trascorrere degli anni il pensiero complessivo dello studioso sia andato incontro a un intenso processo evolutivo, che talvolta ha condotto l'autore a un ripensamento, a tratti significativo, di parte delle conclusioni precedentemente prospettate,[304] può comunque affermarsi che, soprattutto negli ultimi, se non addirittura ultimissimi lavori, si è andato delineando, salvo alcuni aspetti specifici, un quadro di riferimento abbastanza stabile.

Va detto che, pur non sottraendosi del tutto all'impostazione canonica, di

---

[300] K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2605 s.: «scheint ein solches *do ut facias* zu weit weg von den anerkannten Kontraktstypen gelegen».

[301] Un rilievo in tal senso si trova già in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 258 nt. 83, il quale più in particolare rimprovera allo studioso di non essersi fatto carico di spiegare adeguatamente l'antinomia, vera o presunta, profilantesi tra la decisione adottata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24 e la soluzione invece patrocinata in Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2.

[302] In proposito vd. *supra* cap. I § 1, ma anche vol. II, cap. V § 1.1.

[303] A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 397 ss.; ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone* cit., 458 ss.; ID., *Sul riconoscimento* cit., 14 ss.; ID., *Ancora in tema di contratti innominati* cit., 442 ss.; ID., *Sul concetto di contratto* cit., 15 ss.; ID., *Osservazioni* cit., 127 ss.; ID., *Recenti prospettive* cit., 200 ss.; ID., *Sulle nozioni* cit., 41 ss.; ID., *I contratti innominati* cit., 63 ss.; ID., Rec. a G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 101 ss.; ID., *In margine a D. 4.3.9.3* cit., 27 ss.; ID., *Contratto e convenzioni atipiche* cit., 515 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche* cit., 32 ss.; ID., *Tra causa e tipo negoziale* cit., 45 ss.; ID., *Divagazioni* cit., 315 ss.; 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*, vol. I, Napoli 2007, 565 ss.

[304] A. BURDESE, *Sul concetto di contratto* cit., 39 s.; ID., *Considerazioni* cit., 135 ss.

cui anzi sembra ripercorrere per lunghi tratti l'idea sostanziale di fondo, consistente appunto nel rifiuto giulianeo della dottrina aristoniana,[305] all'autore va indubbiamente riconosciuto il merito di averla riproposta in una prospettiva radicalmente mutata, addirittura rivoluzionata se guardiamo all'aspetto più rilevante, ovvero all'asserita chiusura da parte di Giuliano nei confronti del fenomeno della negozialità atipica.

Il dissenso con Aristone non sarebbe stato infatti incentrato sulla possibilità o ancora sull'opportunità di procedere a un pieno riconoscimento di tali rapporti, mediante la predisposizione di appositi rimedi 'civilistici': possibilità che per l'appunto Giuliano non avrebbe mai messo in discussione, per lo meno non nei termini generali cui ci aveva abituato la dottrina tradizionale. Il dissenso avrebbe piuttosto riguardato la determinazione dei requisiti necessari per ammettere tale riconoscimento, con dirette conseguenze, peraltro, sul versante processuale, legate all'individuazione del rimedio da impiegare a tal fine, ferma restando, però, una sua natura civilistica: per lo meno sul piano della *conceptio* formulare.

All'impostazione aristoniana costruita sull'*actio civilis incerti*, Giuliano avrebbe continuato a preferire la più antica dottrina labeoniana, incentrata al contrario sul ricorso all'*actio in factum* o *p.v.*[306] Mentre l'azione suggerita dal giurista augusteo avrebbe assunto i caratteri di azione *in factum*, nel senso di azione concessa per il caso concreto, sul modello dei *iudicia bonae fidei* e dunque con *intentio ex fide bona* preceduta da *praescriptio inserta loco demonstrationis* (in luogo e con funzione di *demonstratio*),[307] l'*actio civilis incerti*, la cui introduzione si dovrebbe forse proprio ad Aristone,[308] avrebbe presentato piuttosto un'*intentio incerta* (ma non *ex fide bona*) seguita da *condemnatio cum taxatione* del tipo '*eius N.m N.m A.o A.o dumtaxat X milia condemna, si non paret absolve*',[309] con la possibilità di inserire «a miglior chiarimento della pretesa, una *praescriptio* fuori della *formula*».[310]

---

[305] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141, 144.

[306] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141 s., 144.

[307] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 132 s.; ID., *Panoramica* cit., 573.

[308] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 27 («è ad Aristone che sembra risalire per primo il riconoscimento di siffatta [...] azione»); ID., *Osservazioni* cit., 137; seguito da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 182 s.

[309] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 s., 154.

[310] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 s., 154; ID., *I contratti innominati* cit., 77.

A differenza dell'*actio in factum* labeoniana, che in quanto azione pretoria non si sarebbe sottratta a una «valutazione discrezionale della fattispecie concreta da parte del magistrato»,[311] l'*actio civilis incerti*, essendo azione civile «in senso stretto», sarebbe spettata «di diritto al titolare della pretesa».[312] Si sarebbe trattato peraltro di azione che avrebbe finito per trovare uno specifico riconoscimento all'interno della redazione definitiva dell'editto perpetuo messa a punto dal giurista adrianeo.[313] Entrambi i rimedi processuali sarebbero risultati comunque diretti al conseguimento dell'«interesse positivo all'adempimento».[314]

Le due azioni si sarebbero inoltre differenziate dal punto di vista dei presupposti di operatività. Labeone sarebbe pervenuto alla tutela di quelle vicende che fossero risultate riconducibili allo schema del sinallagma, da intendersi come accordo (anche solo potenzialmente) produttivo di obbligazioni in capo ad entrambe le parti (ipotesi per lo più affini a contratti consensuali),[315] nel rispetto del modello definitorio che è possibile oggi leggere in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19. Aristone, al contrario, avrebbe («più largamente»)[316] legato la concessione dell'azione alla corrispettività delle prestazioni, anche se, però, avrebbe finito per richiedere che almeno una delle due avesse trovato spontanea esecuzione.[317]

---

[311] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 134, 135, 154.

[312] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 154.

[313] Così A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 18 («formula, probabilmente proposta nell'editto giulianeo»), 28 s., 35 («in appendice alle *formulae* delle *actiones* o *condictiones certae pecuniae* e *certae rei*»), 40 s., 68; ID., *Osservazioni* cit., 137; con un punto di vista che andrebbe però coordinato con la diversa opinione successivamente manifestata in ID., *Recenti prospettive* cit., 212: «a meno che non si voglia sostenere, il che sembra del tutto improbabile, l'esistenza di formula edittale di *actio* o *condictio incerti*, sulla falsariga della formula dell'*actio* o *condictio* rispettivamente *certae creditae pecuniae* e *certae rei*, comunque di stretto diritto e non di buona fede […] la prima menzione della *condictio incerti* si trova in Aristone […] e non è nemmeno sicuro che la relativa formula sia stata inserita nell'editto giulianeo»; cauta la posizione in ID., *Panoramica* cit., 575, in cui sembrerebbe però propendersi per la natura extraedittale dell'azione («È infine discusso […] se si tratti di azione di stretto diritto, *condictio incerti* quale estensione non edittalmente prevista della *condictio*»).

[314] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 154.

[315] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 132 («sulla base della bilateralità degli impegni reciproci, anche se solo ipotetica, senza che risulti necessariamente richiesta l'effettuazione […] di una delle due prestazioni al fine di concedere l'azione per l'adempimento»); ID., *Divagazioni* cit., 335; ID., *Panoramica* cit., 573.

[316] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 («per fondarlo più largamente su di una convenuta corrispettività di prestazioni»).

[317] A. BURDESE, *Sulle nozioni* cit., 61 («dal piano della reciprocità di effetti obbligatori […] a

In realtà, come si è già avuto modo di precisare altrove,[318] per quanto l'autore sembrasse porre una stretta e precisa relazione tra il «riconoscimento di tutela a convenzioni obbligatorie atipiche» da parte di Labeone e «la riconducibilità di esse, quantomeno per analogia,[319] al concetto di contratto tecnicamente da lui delimitato ai contratti consensuali a prestazioni reciproche»,[320] di fatto però finiva per attribuire al giurista augusteo l'adozione di una prospettiva di tipo più propriamente analogista,[321] rendendosi necessaria ai fini della tutela una più concreta somiglianza con uno specifico modello contrattuale, ulteriormente supportata, peraltro, dalla predisposizione a livello edittale di apposita azione di buona fede,[322] secondo un indirizzo interpretativo che, come si è visto, non è

quello della corrispettività delle prestazioni reciproche […] sul presupposto della corrispettività delle prestazioni pattuite tra le parti e della avvenuta esecuzione di una di esse che vincola al riequilibrio della situazione»), con un punto di vista che non è distante dall'idea del riequilibrio di Gallo: in proposito vd. *infra* in questo stesso §.

[318] In proposito vd. G. ROMANO, *Riconoscimento e tutela* cit., 8 ss.

[319] Nel senso di ammettere anche una corrispondenza non piena con la nozione di *ultro citroque obligatio*: al di là di possibili fraintendimenti, il rinvio alla nozione analogica sembra appunto evocare la prospettiva di una sussunzione parziale o se vogliamo 'per approssimazione', nel senso che, ad avviso dello studioso, sarebbero stati riconducibili alla nozione sinallagmatica anche modelli obbligatori non propriamente contraddistinti da una bilateralità c.d. perfetta. E in questo senso del resto A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 22 («In tutte le ipotesi considerate sembra peraltro che abbia giocato nel pensiero di Labeone, a favore del riconoscimento di tutela a convenzioni obbligatorie atipiche, la loro riconducibilità, pur con qualche sforzo, al concetto di contratto […]»), con una scelta lessicale certamente preferibile e che toglie ogni dubbio al riguardo.

[320] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 133 s.; ID., *Sul riconoscimento* cit., 22.

[321] Prospettiva che, è appena il caso di osservare, non sarebbe stata in effetti del tutto estranea neppure ad Aristone, il quale vi avrebbe fatto ricorso (A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 138 s.) ad es. in Paul. 5 *ad Plaut.* D. 19.4.2 e in Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1, ove tale approccio argomentativo sembrerebbe addirittura svolgere una funzione sussidiaria o se vogliamo di completamento del raggio di azione della dottrina del sinallagma, con un'eventualità che, a dire il vero, non ci pare in concreto molto verosimile, essendo ragionevole attendersi semmai, e al più, una relazione di segno diametralmente opposto («Nell'ipotesi considerata […] sarebbe mancato comunque il presupposto dell'esitenza di prestazioni reciproche e quindi il concetto di συνάλλαγμα aristoniano su cui fondare il riconoscimento della spettanza di un'azione civile di adempimento, oltreché della *condictio* in ripetizione […] Si spiega pertanto che Aristone neghi la spettanza di una qualsiasi azione civile e si domandi semmai se debba concedersi nel caso un'*actio in factum*, che, in assenza di ogni affinità con figure contrattuali tipiche, non potrebbe essere se non un'*actio in factum* in senso stretto»).

[322] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 33; ID., *Osservazioni* cit., 140; ID., *I contratti innominati* cit., 71 nt. 37; ID., *In margine a D. 4.3.9.3* cit., 36; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 520

affatto nuovo.[323] Ciò del resto trova conferma in quanto era stato altrove sostenuto dallo stesso studioso, ove veniva in sostanza attribuito al giurista augusteo un modo di procedere ancora legato al 'Typenzwang'.[324]

Nel caso in cui un tale requisito non fosse stato soddisfatto e dunque non si fosse ravvisata la prescritta relazione analogica, ecco che allora non sarebbe rimasta altra possibilità se non quella di ripiegare sulla concessione di un'azione con *formula in factum concepta*, con una soluzione che avrebbe però implicitamente comportato il disconoscimento della natura contrattuale del rapporto in questione. Circostanza che si sarebbe verificata nell'ipotesi agitata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, in cui a convincere Giuliano a proporre il ricorso a un'*actio in factum* (ai sensi di Gai 4.46) sarebbe stata, per l'appunto, la constatata «assenza di una affinità della fattispecie con ipotesi di contratti tipici».[325]

Al di là delle denunciate oscillazioni, si può in ogni caso affermare che l'atteggiamento tenuto dal giurista adrianeo sarebbe stato condizionato da una sua adesione alla dottrina labeoniana, piuttosto che agli sviluppi aristoniani.

Come già si è accennato, altro colpo all'impostazione tradizionale è stato in-

---

(«suggerendo l'estensione per analogia della tutela edittale dei contratti tipici»); ID., *Panoramica* cit., 573.

[323] In proposito vd. *supra* cap. I § 1, ma anche vol. II, cap. V § 1.1.

[324] A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3* cit., 35: «è ben probabile che Labeone […] si sia mosso con cautela nell'uso dell'*agere praescriptis verbis* quale strumento per superare gli inconvenienti di siffatta tipicità, ma solo in casi limite, attraverso l'estensione di modelli edittali di giudizi di buona fede, senza con ciò addivenire ad una decisa rottura col sistema di tipicità dei contratti aventi *nomen* edittale».

[325] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 33; ID., *Osservazioni* cit., 140. Una ricostruzione del punto di vista di Giuliano non molto dissimile da quella prospettata da Burdese può già rinvenirsi in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 101 («so erhielt das geschlossene Geschäft […] gleichsam das Ansehen eines contractus facio ut des, aus welchem, wie Paulus sagt, keine civilis actio gegeben wird, wenn das Geschäft, wie hier, mit keinem der benannten Contracte eine Aehlichkeit hat»), 156; in questo senso anche J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 42, 44 ss. («neque ulla juris civ. est actio, ad quam alia civilis actio informari possit, nam cum nullo contractu nominato negotium gestum similitudinem vel affinitatem habet»), ove si va in più ad osservare come la vicenda affrontata sfuggisse (nell'ottica di Giuliano) a un inquadramento sia nello schema del *do ut facias* che in quello del *facio ut des* («Quum autem Stichus datus non esse videatur […] non tale fuisse […] contractum *do ut facias*; neque etiam erat contractus *facio ut des*, nam non convenerat ut alter daret, postquam alter Phamphilum manumisisset»). L'ipotesi, come si è visto (*supra* cap. I nt. 111), sarà portata alle estreme conseguenze da A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 282 s. nt. 4, al punto da subordinare la stessa concessione dell'*a. in factum* giulianea all'individuazione di un rapporto contrattuale simile.

ferto da Filippo Gallo, anch'egli tra gli studiosi maggiormente impegnati nello studio del contrattualismo romano.

È ben noto che sotto molti aspetti le idee professate dal Maestro torinese, recentemente scomparso, si avvicinano all'impostazione di Burdese. Anche per Gallo infatti il συνάλλαγμα aristoniano, diversamente da quello labeoniano, andrebbe ricondotto «alla nozione moderna di sinallagmaticità riferita alle prestazioni»,[326] anche se in effetti non sarebbe stata esattamente questa l'ottica di Aristone, nel senso che il giurista, nel solco della dottrina aristotelica espressa in Eth. Nic. 5.2.12-13, avrebbe piuttosto intravisto «il profilo essenziale del συνάλλαγμα nell'idea del riequilibrio».[327] Così come sostanzialmente condivisa è l'ipotesi di una svolta sul piano processuale tradottasi nell'adozione dell'*actio civilis incerti* di Gai 4.131, in sostituzione del labeoniano *agere praescriptis verbis*.[328]

Un significativo elemento di novità va piuttosto ricercato nelle supposte ripercussioni che sarebbero scaturite sulla storia del contrattualismo atipico a seguito della c.d. codificazione dell'editto perpetuo attuata da Salvio Giuliano su incarico dell'imperatore Adriano.[329]

Più in particolare, esauritosi con la codificazione il potere del pretore di integrare l'editto, l'unica via rimasta per assicurare adeguata tutela alle vicende

---

[326] Per una valutazione delle principali differenze tra i due schemi sinallagmatici vd. F. GALLO, *Contratto e atto* cit., 27.

[327] F. GALLO, *Ai primordi* cit., 69 ss.; negli stessi termini anche in ID., *Synallagma* 2 cit., 112 ss.; ID., *«Agere praescriptis verbis»* cit., 9 s.; punto di vista condiviso da E. STOLFI, *Introduzione* cit., 168 s.

[328] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 116 ss.; ID., *«Agere praescriptis verbis»* cit., 10.

[329] F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, 39 ss. = F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula Selecta*, Padova 1999, 895 ss.; ID., *Synallagma* 2 cit., 127 ss. Più in generale sulla c.d. codificazione dell'editto vd. L. VACCA, *Contributo* cit., 85 ss.; la veridicità della tradizione è, come noto, contestata in una fitta serie di contributi da Guarino, secondo il quale la notizia della codificazione sarebbe da imputare a un equivoco maturato in epoca postclassica, che avrebbe portato ad attribuire valore legislativo-codificatorio all'attività ordinante svolta da Giuliano in ambito prettamente scientifico, mediante la pubblicazione dei *digesta*. Fra i molti lavori del Maestro napoletano vanno quantomeno segnalati A. GUARINO, *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del Congresso Internazionale di Verona* 2, Milano 1953, 167 ss.; ID., *L'esaurimento del 'ius honorarium' e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi E. Albertario*, Volume I, Milano 1953, 623 ss.; più di recente, con ricche indicazioni bibliografiche, ID., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990, 369 ss.; ID., *Inter amicos*, in Labeo 40, 1994, 350 ss.

contrattuali atipiche sarebbe stata quella di estendere in via analogica gli strumenti processuali già presenti, in conformità a quanto più generalmente prescritto[330] dal S. C. con il quale si sarebbe provveduto a dare approvazione al testo giulianeo.

Significativa in tal senso si rivelerebbe la parte conclusiva del § 18 della *constitutio* Δέδωκεν,[331] il cui contenuto, da ritenersi peraltro più aderente al dato storico rispetto all'omologo latino della *constitutio Tanta*,[332] sarebbe rispecchia-

---

[330] Il profilo della vincolatività sotteso all'estensione analogica dei rimedi edittali sarebbe sottolineato dall'impiego del verbo *debere* in Iul. 15 *dig.* D. 1.3.12 (F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 129); non diversamente già V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 96, il quale, più precisamente, inquadra tale disposizione in un più generale indirizzo di politica legislativa che, per il tramite di una subordinazione dell'attività giusdicente rispetto al potere normativo imperiale, avrebbe più specificamente mirato ad assicurare la necessaria certezza del diritto; più di recente, un'intonazione precettiva nel brano giulianeo viene colta anche da L. VACCA, *La svolta adrianea e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, IV, Torino 1997, 441 ss., ora in ID., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale. Ricerche*, Padova 2006, 51 ss., la quale, però, esclude che la testimonianza vada letta nel senso di una limitazione al potere d'intervento del magistrato nell'«introdurre una tutela affatto nuova per casi meritevoli di tutela»; punto di vista ribadito in ID., *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in F. MILAZZO (a cura di), *'Ius controversum' e 'auctoritas principum'. Giuristi, principe e diritto nel primo Impero, Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 11-13 giugno 1998)*, Napoli 2003, ora in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale* cit., 212 ss.; a un principio normativo pensa anche E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 58 ss., il quale semmai si interroga se «l'estensione analogica dei precetti edittali fosse preclusa» ai giuristi non muniti di *ius respondendi*; con conclusioni di segno contrario vd. P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 137.

[331] Const. Δέδωκεν 18: 'αὐτο δὴ τοῦτο φησίν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν'.

[332] Const. *Tanta* 18: '*Si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas*': sulle differenze rispetto alla versione greca vd. F. GALLO, *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 908 ss.; sull'interpretazione delle locuzioni '*nova auctoritas*' e 'οἱ ἐν ἀρχαῖς', e più in particolare se queste debbano intendersi in riferimento al medesimo soggetto (*princeps* o magistrati giusdicenti), come ritiene la dottrina tradizionale, o se invero a soggetti differenti, vd. A. GUARINO, *L'esaurimento del ius honorarium* cit., 634, secondo il quale anche l'espressione 'οἱ ἐν ἀρχαῖς' si riferirebbe agli imperatori; in senso contrario F. GALLO, *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 907 ss., il quale – oltre a richiamarsi per certi versi alle osservazioni di Zwalve sul significato assunto nelle fonti bizantine dalle locuzioni 'ὁ ἄρχων, οἱ ἄρχοντες' (W. J. ZWALVE, *Einige Bemerkungen zur Constitutio Tanta/* ΔΕΔΩΚΕΝ *§ 18*, in TR 61, 1983, 147 ss., per il quale però '*nova auctoritas*' indicherebbe 'un nuovo pretore') –, osserva come nel successivo § 21 il riferimento alla carica imperiale avvenga attraverso il consueto impiego del sostantivo Βασιλεύς. Si riferirebbe invece all'imperatore la

to, secondo l'Autore, in Iul. 15 *dig.* D. 1.3.12.[333] In Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 1.3.13[334] si troverebbe invece testimoniato il successivo passo compiuto da Pedio, che avrebbe condotto all'estensione della prescrizione analogica dall'ambito della *iurisdictio* a quello della *interpretatio* giurisprudenziale.[335]

Immediato e inevitabile, come si diceva, il riflesso che la riforma avrebbe comportato sul piano della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche.

---

locuzione '*nova auctoritas*' (912 ss.). Tra le differenze anche il fatto che nella *Tanta* verrebbe meno il profilo della doverosità presente invece nella Δέδωκεν ('προσῆκον ἐστιν'), sostituito da quello della possibilità, che meglio si adatterebbe al potere imperiale «che non è vincolato al ragionamento analogico». La conclusione è che l'autore della Δέδωκεν non coincida con quello della *Tanta*.

[333] D. 1.3.12 (Iul. 15 *dig.*): *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.* Dubbi su una piena riconducibilità della prevista 'estensione *ad similia*' al criterio analogico si trovano in L. VACCA, *Metodo casistico* cit., 52 ss.; con spunti critici rispetto alla tesi di Gallo, vd. anche A. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare. Postilla seconda: Analogia e dintorni*, in *Pagine di diritto romano* VI, Napoli 1995, 79 s. Più in generale sul tema dell'analogia vd. *infra* § 7, con indicazioni bibliografiche (soprattutto alle ntt. 378, 379).

[334] D. 1.3.13 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.*

[335] F. GALLO, *Alle origini* cit., 65 s. nt. 46; ID., *Synallagma* 2 cit., 129 ss. Diversamente, attribuisce un'impostazione volontaristica al pensiero di Pedio V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 96, il quale insiste sulla natura meramente facoltativa ('*bona occasio*') dell'intervento integrativo magistratuale o giurisprudenziale. La connessione qui indicata tra i due brani è recentemente contestata anche da C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in SDHI 52, 1996, 101 ss., la quale, del resto, propone di inquadrare la figura di Sesto Pedio nella seconda metà del I sec. d.C.: considerazioni riproposte in ID., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 44 ss. Più in generale, sui delicati aspetti legati alla datazione di Sesto Pedio si vedano, nel senso suggerito da Gallo di una collocazione nel II secolo avanzato, W. KUNKEL, *Herkunft* cit., 168 ss.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei* cit., 15 ss., 29 ss., 47 s.; M. BRETONE, *Storia*[8] cit., 430; J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 158 s. nt. 22. Diversamente, per un inquadramento in età traianea, immediatamente prima di Giuliano, vd. C. FERRINI, *Sesto Pedio* (*Opere* 2) cit., 40 nt. 1; seguito da G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sestio Pedio*, in BIDR 45, 1938, 141 ss. Infine, sulla scia (tra gli altri) di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960), 2, n. 1 ('*sub Nerone et eius successoribus*'), propongono una datazione nella seconda metà del I sec. d.C., oltre a Giachi, A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in SDHI 44, 1978, 371 ss., al quale peraltro si rinvia per un quadro della letteratura meno recente; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 359; seppur cautamente, mostra di condividere l'ipotesi di una collocazione a cavaliere tra l'età neroniana e quella dei Flavi anche A. SCHIAVONE, *Linee* cit., 203 ss.

A partire da questo momento, infatti, il loro riconoscimento non sarebbe più dipeso dalla riconducibilità all'interno di un modello concettuale astratto (per l'appunto il συνάλλαγμα) pur se non univocamente determinato, ma sarebbe stato piuttosto precettivamente legato alla individuazione di affinità, sul piano analogico, con il caso tipico previsto all'interno dell'editto, procedendo poi all'estensione in via utile, mediante *praescripta verba*, del relativo programma di giudizio.[336]

Si sarebbe invece ripiegato su *actiones in factum* in senso stretto, allorquando, pur risultando precluso il ricorso allo strumento analogico, si fosse comunque manifestata l'esigenza di approntare una forma di tutela per colmare le lacune del sistema edittale. Tali azioni avrebbero assolto una funzione sostanzialmente riconducibile a quella oggi perseguita attraverso il ricorso alla tecnica dell'*analogia iuris*, in cui le carenze del sistema giuridico vengono superate mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento.[337]

Per i casi non propriamente atipici, ma piuttosto di incerta qualificazione ci si sarebbe infine avvalsi di un'applicazione utile dell'*actio de aestimato*: in questo senso, tracce della prescrizione analogica si potrebbero ancora rinvenire nel celebre Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr., in cui le mende apportate dai compilatori non avrebbero integralmente cancellato l'impianto originario del pensiero ulpianeo.[338]

Nel quadro delle qui indicate opzioni processuali si sarebbe mosso anche Giuliano, che di quella riforma, del resto, sarebbe stato verosimilmente «l'ispiratore».[339] E così il giurista adrianeo all'*agere praescriptis verbis*, inteso come «estensione mediante i *praescripta verba* di un mezzo edittale a casi nuovi», avrebbe affiancato il ricorso all'*actio in factum* «per il caso concreto»,[340] per quanto nella visione del *conditor edicti* a rappresentare «lo strumento primario» d'intervento sarebbe stata proprio l'«estensione in via analogica dei mezzi processuali esistenti (delle azioni previste per i contratti tipici)», assolvendo piuttosto l'*actio in factum* una funzione meramente residuale, di «rimedio ultimo», da adoperarsi nel solo caso che le (eventuali) somiglianze riscontrate non avessero raggiunto

---

[336] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 136 ss. ID., *«Agere praescriptis verbis»* cit., 12 s.

[337] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 147 s.

[338] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 201; in proposito e sul brano vd. *infra* cap. III § 5.

[339] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 133 («Giuliano, ideatore e realizzatore della codificazione, attribuiva il dovere […] dell'estensione analogica ai magistrati esercitanti la *iurisdictio*»), 178 s.

[340] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 184.

un livello da tale da giustificare un ricorso in via utile ai rimedi edittali.[341] Circostanza che si sarebbe appunto verificata nell'ambito di quei rapporti contrattuali presi in esame in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 (*do ut des*, *do ut facias*),[342] per i quali sarebbe fuori discussione il rifiuto della dottrina aristoniana del συνάλλαγμα (più che del contratto)[343] da parte del giurista adrianeo.[344]

Come si può osservare, benché l'Autore non si fosse spinto a considerare la dottrina giulianea nei rigorosi termini proposti dall'insegnamento tradizionale, non era però riuscito a sottrarsi del tutto all'idea di un atteggiamento di chiusura, da parte di Giuliano, per lo meno nei confronti di quei negozi (atipici) sussumibili all'interno dello schema del *do ut des*, *do ut facias*, con una soluzione, che, come appare evidente e per i motivi che saranno meglio chiariti,[345] si rivela non pienamente coerente con la prospettiva di un'applicazione utile, per via analogica, dei programmi di giudizio edittali, nonostante l'ingegnoso tentativo da parte dello studioso di trasformare la questione dell'adesione a uno dei due modelli contrattuali, in una sorta di (pre)requisito all'individuazione di una relazione analogica. Tentativo che d'altra parte si fa fatica a raccordare con l'idea, che assume un ruolo centrale nella visione ricostruttiva prospettata dall'autore, di un superamento della costruzione labeoniana ed aristoniana del συνάλλαγμα.[346]

E non è forse un caso se, nei successivi lavori, Gallo si sia allontanato da queste conclusioni, sostenendo piuttosto che il parere di Giuliano documentato

---

[341] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 182, 186.

[342] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 198 s.; ID., *«Agere praescriptis verbis»* cit., 24 s.

[343] In relazione al punto di vista dello studioso sui rapporti tra le due categorie nel pensiero aristoniano (συνάλλαγμα e contratto) vd. *supra* § 1.2, in questo cap.

[344] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 179 («È pure evidente che anche questo giureconsulto non seguiva l'impostazione aristoniana»).

[345] *Infra* § seg. e cap. III § 1.2.

[346] Così F. GALLO, *«Agere praescriptis verbis»* cit., 18, per il quale, ad es., il mancato riferimento in Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16 alla teoria aristoniana e labeoniana del *synallagma* induce a «pensare che, come il συνάλλαγμα di Labeone, anche quello di Aristone sia stato superato, ai fini della tutela delle convenzioni sinallagmatiche atipiche, col ricorso alla prescrizione dell'analogia in occasione della codificazione dell'editto», 22 («sia la costruzione labeoniana che quella aristoniana del συνάλλαγμα risultavano superate, ai fini della tutela delle convenzioni sinallagmatiche atipiche, dal rimedio, avente portata generale, dell'analogia»), salvo però affermare, non senza incongruenze, (20): «secondo quella accolta (scil. soluzione di Celso) […] non si individua alcuna figura contrattuale (difetta qualche requisito anche rispetto a quella meno dissimile), e non si riconosce neppure il συνάλλαγμα aristoniano, bensì si ricade nell'atto lecito extracontrattuale».

in Ulp. 4 *ad ed*. non avrebbe riguardato «il punto trattato da Aristone, vale a dire l'azione per l'adempimento della controprestazione [...] bensì la tutela da accordare nell'ipotesi di avvenuto adempimento [...] ed evizione»,[347] con un deciso mutamento di prospettiva che lo aveva indotto a prendere in seria considerazione l'ipotesi di un'adesione alla dottrina aristoniana,[348] avvicinandosi in sostanza al punto di vista di Giffard, in un contesto in cui, peraltro, la questione dell'incidenza della codificazione dell'editto, più ancora che in ombra, appare del tutto obliterata.[349]

Le ricerche di entrambi gli autori hanno senz'altro avuto il merito di suscitare un rinnovato interesse per il tema in questione, inducendo anche altri studiosi a una più attenta valutazione del pensiero giulianeo, che in taluni casi (certo non numerosi) è approdata a una complessiva riconsiderazione della rigorosa impostazione tradizionale. Esse hanno fatto evidentemente presa sulle conclusioni proposte in un interessante studio di Micael Artner, nelle quali in definitiva si trovano sintetizzati i diversi tentativi compiuti in dottrina, da Giffard sino a Burdese, per quanto sembri prevalere l'ipotesi di un'adesione giulianea alla teorica contrattuale labeoniana,[350] in una prospettiva che offre in effetti signifi-

---

[347] F. GALLO, *Contratto e atto* cit., 28 s.

[348] F. GALLO, *Contratto e atto* cit., 28 s.: «la testimonianza considerata orienta a ritenere che, anche secondo Giuliano, sorgesse l'azione per l'adempimento nei casi, trattati da Aristone, di *do ut des* e *do ut facias*»; azione da identificare con «ogni probabilità», sempre a detta dell'autore, con l'*actio civilis incerti* aristoniana.

[349] Questione che rivestiva invece ancora un ruolo centrale, anche per quanto riguarda la decisione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, in F. GALLO, «*Agere praescriptis verbis*» cit., 24 s. e ivi nt. 53, in un quadro ricostruttivo che sembra d'altra parte voler in qualche modo rimediare alle diverse incongruenze o interferenze tra logiche argomentative che si colgono nel precedente lavoro (*Synallagma* 2), in cui il procedere per analogia attribuito a Giuliano assumeva piuttosto la connotazione di un argomentare di tipo deduttivo: in proposito vd. § seg.

[350] Benché, infatti, non venga del tutto escluso che il punto di vista di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* potesse dipendere dal fatto che Giuliano ponesse a fondamento dell'azione civile un atto validamente traslativo della proprietà («eine erfolgreiche *datio*»), analogamente a Pedio in Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.3 (M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 e ivi nt. 408), l'autore sembra piuttosto concludere nel senso di un rifiuto da parte di Giuliano di compiere il passo in avanti fatto da Aristone in ordine alla tutelabiltà di patti rafforzati dalla esecuzione di una *datio*, essendo la diversa testimonianza di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 guasta (149: «Die anderslautende Überlieferung in D. 19.5.5.2 ist gestört»). Il che sarebbe avvalorato dal fatto che le aperture di Giuliano all'impiego dell'azione civile sarebbero circoscritte a soli casi che si presentavano come sviluppi dell'*actio p.v.* labeoniana (147 nt. 407: «nür Fälle, die sich als Fortentwicklung der labeonischen Klage *praescriptis verbis* ansehen lassen»). Altra possibilità, secondo l'autore, è che

cativi profili di somiglianza con quella in concreto adottata dal Maestro italiano. Questo perlomeno se ci si concentra sul profilo della sostanza, più che su quello delle logiche argomentative, ove semmai sussistono consistenti differenze, visto che secondo lo studioso tedesco il giurista augusteo si sarebbe mosso con un approccio di tipo marcatamente analogista, senza il ricorso dunque a una generale e appositamente preordinata nozione di contratto, secondo quanto, almeno formalmente, sostenuto da Burdese.

7. Rilievi critici. Logica deduttiva, analogia, assimilazione.

Se tutti i tentativi vanno salutati con estremo favore, occorre però precisare che nessuno di questi può essere pienamente accolto, né sotto il profilo delle conclusioni proposte, né ancora sotto il profilo dell'apparato motivazionale a tal fine addotto.

Non è qui il caso, né è in verita possibile, anticipare le ragioni che impediscono di aderire integralmente all'ipotesi di Giffard. Le questioni che essa pone, a fronte di una esemplare limpidezza dogmatica e sinteticità espressiva, sono tante e tali da richiedere una più articolata analisi, sia per quanto riguarda gli aspetti interni alla teoria, ovvero per il fenomeno conversivo della fattispecie in sé e per sé considerato (*do ut facias*, da intendersi come *facio ut des*); sia per ciò che concerne quelli (esterni) del fitto intreccio che viene a determinarsi a livello di relazioni dottrinali e solutive tra il punto di vista di Giuliano e quello del più tardo Paolo. Si tratta di questioni estremamente complesse che per un verso ci avvicineranno a temi parecchio insidisiosi: da quello della conversione del negozio giuridico a quello (connesso e) non meno spinoso del rilievo dell'*animus contrahendi* nell'ambito dei processi costitutivi delle vicende contrattuali. Ciò va da sé nei limiti in cui naturalmente l'indagine lo consentirà: è inutile dire che in questi casi il rischio di una deviazione dal più stretto sentiero investigativo è sempre in agguato. Per altro verso, non si potrà fare a meno di allargare l'orizzonte della ricerca, andando in particolare ad esplorare più attentamente le vedute paoline in tema di contratti innominati, al fine di verificare se e che in termini possa individuarsi una continuità di indirizzi solutivi e dottrinali rispetto a Giuliano. Non si tratterà peraltro di digressione improduttiva, perché, anzi,

---

Giuliano si fosse mostrato scettico di fronte agli sviluppi solutivi prospettati da Mauriciano, visto che avrebbero finito per obbligare attraverso la *datio* il *dans* e non il solo *accipiens* (Empfänger), secondo i consueti meccanismi operativi (147).

proprio l'esame delle testimonianze di Paolo, e in particolare del tormentatissimo Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 pr.-5 ci restituirà, tra le righe di ciò che rimane del pensiero classico, preziose informazioni per meglio intendere il senso della polemica di Ulp. 4 *ad ed.*, e più in generale del dibattito sulla tutela dei *nova negotia*, che ancora in piena età severiana avrebbe rappresentato un'occasione di divisione per i giuristi. Non è il caso di aggiungere altro sul pensiero di Giffard: come si è detto, avremo modo di tornarvi più approfonditamente ed ampiamente nel corso dell'indagine.[351]

Occorre piuttosto analizzare con attenzione le conclusioni prospettate da Gallo e da Burdese.

Da quanto si è detto, emerge che le tesi dei due studiosi italiani, per quanto chiaramente non omologabili, presentano evidenti punti di contatto, muovendo in definitiva dai medesimi presupposti. Dal richiamo a un'applicazione del criterio analogico, all'idea condivisa di una diversità processuale tra *actio civilis incerti* e *actio praescriptis verbis*, sino ancora al convincimento, a questo correlato, di una differente interpretazione del sinallagma aristoniano rispetto a quello labeoniano, che avrebbe rappresentato il vero punto di confronto tra i giuristi in ordine alla determinazione delle condizioni da soddisfare al fine di assicurare tutela alle fattispecie contrattuali atipiche: o per lo meno (così) sino al momento della codificazione dell'editto.

Non è certo questa la sede per tentare una puntuale valutazione del pensiero dei due autori, soprattutto in relazione ai prospettati sviluppi aristoniani rispetto all'impianto della dottrina labeoniana, sul duplice versante delle dottrine sostanziali e delle loro attuazioni processuali. Si tratta di argomenti estremamente complessi che richiedono (e richiederanno) uno specifico approfondimento e sui quali del resto abbiamo già avuto modo di manifestare in più di un'occasione le nostre perplessità rispetto alle conclusioni raggiunte da entrambi.[352] Ciò che piuttosto conta qui rilevare (e ripetere) è che ambedue gli studiosi hanno finito per operare una contaminazione tra le due diverse teoriche contrattuali (labeoniana e aristoniana), le quali, per inevitabili ragioni legate a valutazioni di ordine strutturale, avrebbero dovuto presentare statuti concettuali assolutamente inconciliabili. Il risultato è che si è così attribuito ai fautori dell'orientamento labeoniano soluzioni che avrebbero dovuto risultare del tutto estranee alla loro

[351] Sul punto ci soffermeremo per larga parte del cap. IV del II vol., in particolare nei §§ 1, 3.2 e ss.

[352] Al riguardo rinviamo, in attesa di apposita indagine, a G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 6 ss.

impostazione metodologica. Ipotesi, questa, che si verifica quando ad es. si sostiene che Labeone e i suoi seguaci avrebbero negato riconoscimento civilistico a quelle fattispecie in cui vi fosse stata una prima esecuzione, in quanto ciò avrebbe impedito la configurabilità di una *ultro citroque obligatio*.[353]

Alle conclusioni appena indicate si perviene quando si applicano troppo rigidamente modelli dogmatici, sul cui impiego peraltro da parte degli stessi giuristi romani sarebbe il caso di tornare seriamente a interrogarsi. Se si ha però la forza di sottrarsi per un momento a un così rigido schematismo, tornando a guardare al piano delle soluzioni e delle concrete implicazioni da esse scaturenti, si avrà modo di apprezzarne tangibilmente l'assoluta improponibilità.

Va da sé che il più ingloba sempre il meno, e costituendo il riconoscimento a livello consensuale un'apertura maggiore rispetto al riconoscimento, per cosi dire, a livello di *obligatio* (o *convenire*) *re*, non vi sarebbero state ragioni apprezzabili per negare il ricorso all'azione contrattuale in presenza di attribuzioni patrimoniali accompagnate dall'intesa di una loro remunerazione,[354] tanto più che non è peraltro realisticamente prospettabile – a meno che non si voglia cercare rifugio nel campo dell'astrattamente possibile – un'esecuzione della prestazione che non sia stata in qualche modo preceduta da un preventivo accordo in ordine al negozio da porre in essere e alle modalità con le quali lo stesso avrebbe dovuto trovare realizzazione.

Del resto, a questo proposito, non è senza significato rilevare che è stato proprio Gallo ad ammettere che in una delle operazioni sinallagmatiche per eccellenza, la compravendita, non fossero richiesti «tempi diversi per la conclusione del contratto e la sua esecuzione», e che anzi «i privati […] solevano compiere direttamente la *mancipatio* senza l'evidenziazione di un previo distinto accordo sulla cosa e sul prezzo».[355] Circostanza che ha indotto alla fine lo studioso ad

---

[353] In questo senso ad es. F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 87; ID., *Sulle tracce* cit., 37.

[354] Giustamente giudica «irrilevante» nella prospettiva labeoniana il fatto che «una delle parti abbia o non abbia già provveduto ad adempiere alla propria obbligazione» E. STOLFI, *Introduzione* cit., 164; così, per quanto con specifico riferimento alla ben nota vicenda di Cels. 3 <8> *dig*. D. 12.4.16, anche C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 111 nt. 44: «Un'adesione integrale allo schema messo a punto da Labeone, a mio credere, avrebbe condotto [...] a prescindere dall'esecuzione delle prestazioni, nonché a prescindere dal tipo di prestazioni, a vedere integrati gli estremi di una *conventio* su un'*ultro citroque obligatio* tutelabile *praescriptis verbis*».

[355] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 88 s.; negli stessi termini già V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1948-1949*, Napoli 1949, 90 s.; più recentemente M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 371 ss. («molto frequenti […] debbono essere state le fattispecie in cui non si poteva ditinguere, dal punto di vista crono-

estendere il medesimo schema ricostruttivo alla permuta, attribuendo in particolare a Proculo la proposta di «costruire la permuta come modello simile alla compravendita, vale a dire come contratto consensuale autonomo produttivo di reciproche obbligazioni di *dare* […] ed applicabile anche ai casi in cui era contestuale all'accordo una delle due *dationes* oppure lo erano entrambe».[356] E in termini sostanzialmente non differenti si è espresso, seppur con cautela, anche Burdese, con diretto riferimento peraltro al punto di vista di Aristone.[357]

Ovviamente, è superfluo dirlo, non risulta invece vero il contrario, nel senso che chi richiedeva l'adempimento della prestazione non poteva che negare tutela al semplice accordo.

In una prospettiva ancor più generale, è decisamente da riconsiderare l'orientamento ampiamente diffuso tra gli studiosi che notoriamente tende a proporre una indiscriminata omologazione sul piano della configurazione dogmatica delle c.d. *dationes ob rem*. Omologazione che, per l'essere incentrata sull'inadeguata prospettiva dell'obbligazione unilaterale,[358] finisce per porsi in termini di incompatibilità rispetto all'ipotesi di un modello contrattuale basato sulla bilateralità del profilo obbligatorio, proponendo una distinzione tra convenzioni atipiche sinallagmatiche e *dationes ob rem*,[359] che, perlomeno nei

---

logico, il momento perfezionatore del contratto da quello dell'esecuzione dell'una o dell'altra prestazione»); ID., *La bona fides* cit., 62 nt. 193; su di un piano più in generale, anche G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 99 ss. («posto il contratto come consensuale, il fatto che in un caso specifico lo si concludesse coll'adempimento di una prestazione […] non sminuisce il valore della consensualità […] il contratto restava consensuale sulla base del *sufficere* … *consentire*, anche se era intervenuto un di più»), 152 s.

[356] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 88 s. Proposta che negli intendimenti di Proculo avrebbe dovuto condurre a una tipizzazione del contratto a livello edittale, ma che, più in là nel tempo, non avrebbe trovato «accoglimento nella redazione dell'editto ad opera di Giuliano», essendo quest'ultimo «ancora legato», al pari del maestro Giavoleno, alla tipicità (86 s.). Lo stesso Giuliano, che però sempre secondo Gallo, sarebbe stato l'artefice del riconoscimento edittale dell'*actio de aestimato*. In proposito vd. *infra* cap. III. § 5.

[357] Così, tra le righe («indipendentemente»), A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 138, che segnala al riguardo un avvicinamento di Aristone alla prospettiva labeoniana («Aristone, in tema di *permutatio* […] considerandola invece come una forma a questa affine, e quindi presumibilmente a sfondo in sé meramente convenzionale, con relativo riconoscimento della possibilità di renderla, indipendentemente da avvenuta *datio*, *hinc et inde* azionabile, sulla scia del pensiero labeoniano […]»).

[358] In questo senso vd. fra i tanti S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 284.

[359] Così M. SARGENTI, *La sistematica* cit., 491 ss.; ID., *Da Labeone ad Aristone* cit., 146; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione* cit., 121 ss.; ma anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 238 nt. 189.

termini in cui è delineata, rischia di apparire sostanzialmente artificiosa.

Da questo punto di vista, non si è evidentemente considerato che le c.d. *dationes ob rem* non costituiscono una categoria giuridica contrassegnata da una precisa fisionomia sul piano dei processi costitutivi o di perfezionamento, ma rappresentano piuttosto uno schema meramente descrittivo dell'operazione negoziale vista dalla più ristretta angolazione del profilo causale (e dunque economico), in assenza dunque di una più specifica attenzione per i meccanismi giuridici che dovranno condurre alla realizzazione di quella operazione negoziale.

Si tratta pertanto di un modello che si rivela pienamente coerente con l'ipotesi di fattispecie contrattuali orientate alla costituzione di un vincolo obbligatorio in capo a entrambe o tutte le parti. Del resto, sarebbe più in generale sufficiente rilevare come la descrizione dell'operazione negoziale da parte dei giuristi, in termini che pongono l'accento sull'avvenuta esecuzione di una prestazione in funzione di una controprestazione, non rappresenti mai una ragione tale da escludere una qualificazione della fattispecie stessa all'insegna dello schema di uno dei contratti consensuali tipici. Lo vedremo ad es. quando ci occuperemo di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1,[360] di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5,[361] o ancora di Gai 3.146,[362] ma gli esempi si potrebbero facilmente moltiplicare.

L'insieme delle riflessioni sin qui svolte inducono innanzi tutto a respingere il tentativo fatto da Burdese (per lo meno sul piano delle dichiarazioni formali) di spiegare la posizione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* attraverso l'ipotesi di una diversa ricostruzione della categoria sinallagmatica, alla quale si sarebbe peraltro accompagnata l'adozione di differenti modelli processuali.

Appare infatti chiaro che se Giuliano avesse seguito l'impostazione labeoniana, come si deve ritenere a interpretare il pensiero di Burdese,[363] non avrebbe avuto motivo di disconoscere la presenza di una bilateralità di obbligazioni o di prestazioni, nelle fattispecie di *do ut des, ut facias*, visto che, non rappresentando dal suo punto di vista l'esecuzione di una delle prestazioni un elemento essenziale ai fini della nascita dell'obbligazione, non vi sarebbe stato alcun impedimento all'individuazione di una *ultro citroque obligatio*, salvo ovviamente che le parti non avessero espressamente subordinato la costituzione del rapporto con-

[360] Sul brano vd. cap. III §§ 1 ss.

[361] In proposito vd. vol. II, cap. IV § 2.

[362] Gai 3.146 ('*si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut* […] *quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur*'), su cui vd. vol. II, cap. IV § 4.

[363] In proposito vd. § prec.

trattuale all'adempimento di una delle due prestazioni, secondo il modello dell'*obligatio* (unilaterale)[364] *sub condicione*: ma non poteva essere certo questa l'ipotesi su cui costruire una teoria generale. E del resto, in definitiva, come si è già osservato, lo stesso studioso attribuiva le soluzioni negative del giurista adrianeo, più ancora che all'ipotizzata adesione al punto di vista labeoniano, alla mancata individuazione di una relazione analogica rispetto a vicende contrattuali riconosciute a livello edittale.

Per Gallo il rilievo è più complesso, in quanto, per lungo tempo non è stato possibile comprendere verso quale schema sinallagmatico si sarebbe orientato Giuliano. Se da un lato sarebbe venuto naturale pensare al modello labeoniano, tenuto conto che la denunciata assenza di sinallagmaticità per gli schemi di *do ut des* e *do tu facias* sembra spiegarsi nella sola prospettiva della mancanza di bilateralità delle obbligazioni, considerato che una bilateralità di prestazioni è invece indiscutibilmente presente,[365] d'altro lato era lo stesso autore a escludere che «Giuliano, esponente della scuola sabiniana» potesse aver «accolto la categoria generale del contratto elaborata dal giurista augusteo».[366] Così come era egualmente e ancor più nettamente respinta l'ipotesi di un'adesione da parte del giurista adrianeo alla dottrina aristoniana.[367] È solo infatti nei successivi contributi che si è andata piuttosto delineando una relazione con la costruzione aristoniana del sinallagma.[368]

Come già in altra occasione si è avuto modo di evidenziare, nella tesi di entrambi gli studiosi si assiste, seppur in diversa misura, a una commistione tra metodiche argomentative, come analogia e logica deduttiva, dallo statuto con-

---

[364] A voler ignorare, naturalmente, i riflessi che, sul piano della struttura del rapporto obbligatorio, sarebbero inevitabilmente scaturiti dall'insorgenza di un'obbligazione di garanzia, e che avrebbero comportato un avvicinamento del rapporto allo schema dell'obbligazione bilaterale eventuale.

[365] Così del resto F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 202 s., su cui vd. *infra* nt. 373.

[366] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 201.

[367] Così («È pure evidente che anche questo giureconsulto non seguiva l'impostazione aristoniana») F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 179, ove però era lo stesso autore (203 nt. 61) a denunciare una non meglio chiarita relazione con il s. aristoniano («Si coglie […] una somiglianza (non la pedissequa imitazione) con la costruzione aristoniana del συνάλλαγμα quale integratore del sistema contrattuale»).

[368] F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone* cit., 28 s.: «Con ogni probabilità il caposcuola sabiniano accordava, sulla scia di Aristone, un'*actio civilis incerti* di stretto diritto, basata più sull'idea del riequilibrio (sul συνάλλαγμα aristoniano) che non sulla visuale dell'accordo fondante la corrispettività».

cettuale ben distinto.[369] Si è già detto che, in misura ancor più accentuata, la stessa interferenza tra logiche ricostruttive si riscontrava già in Betti.[370] E così come per Betti, in particolare per Gallo, non è infrequente che il lettore si trovi di fronte alla difficoltà di stabilire se l'individuazione di una relazione sul versante analogico sia da intendere in riferimento al profilo causale della fattispecie (e dunque in relazione alla concreta operazione economica posta in essere), o se invero vada piuttosto riferita all'individuazione di una similitudine riguardante il diverso aspetto strutturale o se vogliamo schematico, traducentesi in definitiva nella mera condivisione o appartenenza a un comune schema sinallagmatico (*do ut des*, *do ut facias*, etc.), seguendo dunque logiche di tipo più propriamente sillogistico.[371]

Non di rado si ha peraltro la chiara sensazione di assistere ad una commistione dei due criteri, di modo che (lo si è detto) la sinallagmaticità finisce per tradursi in un presupposto pregiudiziale al quale andrebbe poi ad aggiungersi l'ulteriore requisito dell'analogia del profilo causale vero e proprio.[372] E in questo senso è proprio l'autore ad affermare che la mancanza della sinallagmaticità avrebbe precluso il riconoscimento dell'analogia, spiegando proprio per questa via le ragioni del mancato riconoscimento da parte di Giuliano della permuta e delle fattispecie di *facio ut des*.[373]

---

[369] Diversamente (*infra* nt. 385) N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 93 ss., ma in termini che in realtà non riguardano la struttura argomentativa (A è simile a B; B è C; dunque A è C), ma la concreta costruzione, per così dire, del predicato (C) del paradigma (B), ovvero i processi non esplicitati che stanno alla base dell'attribuzione della qualifica C (poniamo: contratto) a B (poniamo: vendita) da estendersi, in base alla relazione di somiglianza, ad A (poniamo: permuta). Altra questione è quella della (possibile) presenza nella struttura del ragionamento c.d. analogico (ed aristotelico in particolare) di un procedere (anche) per deduzione: al riguardo vd. *infra* nt. 386.

[370] E. BETTI, *Sul valore* cit., 20, 22 s. («La elegantia del responsum di Aristone consiste […] in tale ragionamento per analogia»), 28 s.; così ancora in ID., *Istituzioni* 2 cit., 81 («elegante argomentazione per analogia, che fa leva sulla nozione di synallagma»). Una certa oscillazione concettuale si ritrova più recentemente («la soluzione proculiana […] consiste nell'adozione di una definizione estensiva del contratto, formulata secondo il metodo analogistico») in L. ZHANG, *Alcune riflessioni sulla libertà contrattuale. Un confronto tra il diritto romano e il diritto vigente*, in L. GAROFALO, L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shangai* (13-15 novembre 2014), Pisa 2017, 432 nt. 65, nell'ambito di un'analisi in cui d'altra parte appaiono ben evidenti i segni dell'influenza del pensiero di Betti.

[371] Vd. quanto si avrà ad es. modo di osservare a proposito di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, *infra* cap. III § 1.2.

[372] In questo senso pare esplicito F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 174.

[373] Così (non senza peraltro incongruenza rispetto alla tesi generale di un superamento della

Si tratta in verità di atteggiamento ricostruttivo che sembra risentire (in termini inversi) dell'indirizzo interpretativo, molto diffuso (come si è visto)[374] tra gli studiosi più antichi, in base al quale i giuristi romani non si sarebbero accontentati della sola presenza di una relazione sinallagmatica, ma avrebbero in concreto preteso una più marcata analogia con schemi contrattuali edittali. A guidare già gli autori di diritto comune a queste conclusioni era stato certamente il desiderio di raccordare Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 con Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5, ove Paolo, pur concentrandosi formalmente su relazioni di scambio d'impronta sinallagmatica (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*), sembrerebbe in realtà discostarsi dalle logiche deduttive che ispiravano la trattazione ulpianea,[375] per seguire piuttosto percorsi agomentativi diversamente impostati sul raffronto tra *species* (più che sul riferimento di una *species* a un *genus*), all'interno dei quali (percorsi) la quadripartizione schematica avrebbe finito in sostanza per assolvere una funzione meramente organizzativa della materia.[376] Il risultato è stato che le due diverse (seppur tra loro potenzialmente dialoganti) prospettive hanno finito per essere integralmente fuse, in modo che quello che poteva essere semplicemente un procedere alternativo ed eventualmente di supporto (argomentare per analogia), ha finito per costituire parte integrante dello statuto dogmatico dell'altro (argomentare per deduzione).

A questo proposito è appena il caso di osservare che la riduzione di una fattispecie all'interno di uno schema prefissato avviene in base a modelli e meccanismi logico-argomentativi che si preoccupano di verificare una sua riferibilità, in via sussuntiva, all'interno di un paradigma concettuale preordinato: nel nostro caso la nozione di *contractus* o di συνάλλαγμα.

Nella qui esaminata prospettiva aristoniana, il percorso logico potrebbe essere così riassunto (non senza, come si vedrà, una sostanziale semplificazione, se non addirittura banalizzazione dell'effettivo processo argomentativo concreta-

---

logica deduttiva sinallagmatica a seguito della codificazione dell'editto) F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 202: «Il giureconsulto adrianeo considerava contratti privi di denominazione nel *ius civile* le convenzioni sinallagmatiche atipiche ritenute analoghe a figure contrattuali tutelate nell'editto. Non rientravano tra esse la permuta e la fattispecie *do ut facias*, nelle quali mancava la sinallagmaticità, limitata, in coerenza all'efficacia soltanto obbligatoria dei contratti, al piano delle obbligazioni. La mancanza della sinallagmaticità precludeva il riconoscimento dell'analogia».

[374] In proposito vd. *supra* cap. I § 1 e vol. II, cap. V § 1.1.

[375] L'esistenza di un diverso approccio argomentativo tra Paolo e Ulpiano è opportunamente segnalata da A. BRINZ, *Lehrbuch* 2.1 cit., 629 nt. 22 («Anstatt des negotium schlägt bei Paulus l. 5 § 4 D. h.t. die Aehnlichkeit mit den civilen Konsensualkontrakten vor»).

[376] In proposito vd. vol. II, cap. IV §§ 2 e 2.1.

mente adottato): Il συνάλλαγμα consiste nel *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias.* Nel caso esaminato vi è un *dedi ut aliquid facias*. Il caso esaminato è un συνάλλαγμα.

Si tratta con ogni evidenza di un ragionamento di tipo sillogistico, che muovendo da una nozione generale ('il συνάλλαγμα consiste nel *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*) conduce all'acquisizione di conclusioni di carattere particolare ('il caso esaminato è un συνάλλαγμα').[377]

Un ragionamento analogico, seguendo quantomeno la tradizionale configurazione schematica già adottata da Aristotele,[378] presenterebbe piuttosto il seguente sviluppo: La compravendita è un contratto. Il caso esaminato è simile alla compravendita. Il caso esaminato è dunque un contratto. Meglio ancora: Il caso esaminato è simile alla compravendita. La compravendita è un contratto. Il caso esaminato è dunque un contratto.

Si tratta di un modo di procedere che si sviluppa attraverso il raffronto con casi paradigmatici 'certi', in cui, piuttosto che ricorrere all'applicazione, in via deduttiva, di categorie generali, si preferisce procedere di passo in passo, partendo da punti di riferimento ritenuti sicuri, indiscussi, per approdare gradualmente a nuove acquisizioni, anch'esse potenzialmente suscettibili di una valenza paradigmatica, e dunque in grado di tradursi in nuovi punti fermi, di appoggio, dai quali procedere oltre, in un continuo percorso esplorativo.

Sull'impiego da parte dei giuristi romani di tale forma argomentativa non c'è ragione di dubitare.[379] Il tramite fu certo il pensiero filosofico gre-

---

[377] In questo senso A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 94 ss.; l'osservazione non è sfuggita più recentemente neppure a T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone* cit., 310 s., nonostante, come si è visto, altrove l'autore affermi che l'elaborazione del modello contrattuale labeoniano in termini di reciprocità di obbligazioni avrebbe consentito di «procedere, attraverso un'operazione analogica, alla tutela di convenzioni atipiche».

[378] Nel ben noto esempio della guerra dei Tebani contro i Focesi (La guerra dei Tebani contro i Focesi è un male; la guerra degli Ateniesi contro i Tebani è simile alla guerra dei Tebani contro i Focesi; la guerra degli Ateniesi contro i Tebani è un male): in proposito vd. N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 94 s.; R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* 1, in Studi Parmensi 2, 1951, 106 e ivi nt. 8; sul punto A. MANTELLO, *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in C. STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Como, 17-18 novembre 2006)*, Napoli 2010, 24 ss. e ivi nt. 33, con riconduzione però al sillogismo entimematico.

[379] Così già G. LA PIRA, *La personalità scientifica* cit., 239 ss., il quale, da parte sua, si orientava nel senso di un'attribuzione a Pedio delle prime applicazioni in ambito giuridico, con una proposta di datazione che appare però eccessivamente tarda. In proposito vd. F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen

co.[380] Il ragionamento analogico era noto ad Aristotele,[381] il quale si riferiva a esso, non attraverso la nozione di ἀναλογία, com'è stato da tempo giustamente precisato,[382] ma mediante il termine παράδειγμα.[383] Si trattava in particolare di

1969, 86 s.; anche per una delimitazione della nozione rispetto a figure affini, U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano 1978, 651 ss.; P. STEIN, *The Place of Servius Sulpicius in the Development of Roman Legal Science*, Göttingen 1978, 183; ID., *Sabino contro Labeone* cit., 60; U. ROBBE, *La fictio iuris* cit., 625 ss.; E. STOLFI, *Il modello* cit., 92 s.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari 1987, 121, 177 ss.; F. GALLO, *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 895 ss.; A. GUARINO, *Il problema dogmatico* cit., 79 s.; con analisi di fonti ed anche di Cic., *top.* 41, 44-45 (in cui Cicerone riferisce di un «uso giurisprudenziale dell'*exemplum*») A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 40 ss.; osserva come i giuristi «ne hanno fatto uso costantemente ma non ne hanno mai teorizzato né il concetto né il procedimento logico» L. VACCA, *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in C. STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico* cit., 71, 84 ss., ove si dà conto della «particolare evidenza» dell'argomentazione analogica in Salvio Giuliano. Più in particolare, sull'impiego del metodo analogico da parte di Salvio Giuliano si rinvia a V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza* cit., 126 ss., il quale, con riferimento a Iul. 15 *dig.* D. 1.3.12, ritiene «non scorretto né modernizzante definire analogico questo aspetto determinante della metodologia di Giuliano». Sulla questione vd. già R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 105 ss. Sul tema specifico del ricorso allo strumento analogico nell'ambito del diritto penale romano vd. S. SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l'analogia nel diritto penale*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 563 ss.

[380] Sull'incidenza del pensiero greco sulla giurisprudenza romana a partire dall'età tardo-repubblicana ci limitiamo qui a rinviare a A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili* cit., 173 ss., con particolare interesse verso la diffusione delle opere aristoteliche e dell'incidenza che queste ebbero nell'attività di elaborazione dogmatica labeoniana, a partire dalla *definitio* di *contract*(*-us*, *um*) in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19; L. WINKEL, *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in BIDR 103-104, 2000-2001, 51 ss.

[381] Al riguardo vd. R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 105 ss.; E. BUND, *Untersuchungen* cit., 98 s.; su un primo affiorare del problema dell'analogia già in Platone, in materia però cosmologica, vd. A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 16, il quale tiene comunque a sottolineare come sia stato «Aristotele a delimitare meglio il terreno di discussione e a determinare le coordinate», riutilizzando il «nesso fra analogia e uguaglianza, avente riscontri anche nel mondo matematico-geometrico e musicale, nonché nella tradizione pitagorica».

[382] Così N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 48 ss.; R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 106 nt. 3; in questo senso («mit dem Wort ἀναλογία bezeichnet Aristoteles nicht den Analogieschluß») anche E. BUND, *Untersuchungen* cit., 98 nt. 30; da ultimo A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 22 ss.; non tiene conto della distinzione concettuale, come si è visto, E. BETTI, *Sul valore* cit., 24.

[383] Sul punto si vedano, con indicazioni delle fonti, N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 87 ss.; R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 105 ss.; E. BUND, *Untersuchungen* cit., 97 ss.; A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 22 ss.

un procedimento logico con un profilo specifico rispetto ai ragionamenti di tipo induttivo (ἐπαγωγή) e deduttivo, per quanto non siano mancati accostamenti all'induzione (c.d. imperfetta o incompleta),[384] sulla base di taluni spunti già presenti nello stesso pensiero aristotelico (Rhet. 1.2, 1356b ll. 2-6 'παράδειγμα δὲ ἐπαγωγήν ῥητορικήν').[385] Mentre l'induzione procede dal particolare al generale, la deduzione dal generale al particolare, il ragionamento paradigmatico, muove dal particolare al particolare:[386] corrisponde a quel modello lo-

[384] In proposito, ma anche in relazione agli elementi di distinzione tra paradigma e induzione, vd. N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 33, 90 s., 92 ss.: «si intende però che una volta accettata la dottrina aristotelica del paradigma […] il ragionamento per analogia dovesse finire per figurare nel capitolo dedicato all'induzione, se pure come induzione incompleta o imperfetta […] come argomento di probabilità»; R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 107; più recentemente P. ŚLIWIŃSKI, *Il ragionamento per analogia nella filosofia analitica polacca*, Roma 1998, 43 ss.; in relazione alla tradizionale configurazione di paradigma ed entimema in termini, rispettivamente, di induzione e sillogismo abbreviato vd. (con riferimenti bibliografici) C. NATALI, *Aristotele e la rinascita della retorica*, in S. L. BROCK (a cura di), *L'attualità di Aristotele*, Roma 2000, 28 ss.; P. VON MOOS, *Sulla retorica dell'exemplum nel medioevo*, in *Entre histoire et littérature. Communication et culture au Moyen Âge*, Firenze 2005, 264 s.; un accenno anche in F. GALLO, *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 898 nt. 3.

[385] Sul punto si rinvia a N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 90 ss., il quale da parte sua (93 ss.) rivendica l'assenza di una precisa configurazione logica, potendo il ragionamento per analogia in sostanza assumere entrambe le fisionomie (induttiva o deduttiva), a seconda delle concrete modalità impiegate sul piano della 'costruzione' del «ragionamento sottinteso che costituisce la ragione […] della validità» dell'analogia e che «può essere tanto deduttivo, quanto induttivo, cioè fondato sopra una proposizione generale, quanto sopra un'osservazione empirica»; adesivamente M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, 182 ss.; in proposito vd. anche R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 107 s. e ivi ntt. 13-15; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 35 ss.

[386] An. Pr. 2.24, 69a l. 13: 'Φανερὸν οὖν ὅτι παράδειγμά ἐστι οὔτε ὡς μέρος πρὸς ὅλον οὔτε ὡς ὅλον πρὸς μέρος, ἀλλ' ὡς μέρος πρὸς μέρος, ὅταν ἄμφω μὲν ᾖ ὑπὸ ταὐτό': in proposito vd. R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 106; («Die Analogie vom Besonderen zum Allgemeinen aufsteigt und wieder zu einem Besonderen zurückkehrt») E. BUND, *Untersuchungen* cit., 99 ss.; sulla struttura del ragionamento paradigmatico, dall'originaria configurazione aristotelica (quale «congiunzione» di induzione incompleta e deduzione) sino agli sviluppi presenti nella filosofia e nella logica moderna, con vari tentativi di ricondurre l'analogia a un «sottotipo» dell'induzione, vd. la limpida trattazione di P. ŚLIWIŃSKI, *Il ragionamento per analogia* cit., 45 ss.; evidenzia la specificità del ragionamento paradigmatico «ricollegante un particolare ad un altro o altri particolari sotto l'insegna della pura e semplice similarità, del ὅμοιον πρὸς ὅμοιον, ben differentemente dalla stessa induzione dialettica costruita sulla relazione del particolare con il generale» A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 22 e ivi nt. 31, ove giustamente si insiste

gico-argomentativo che nel linguaggio della logica scolastica andrà sotto il nome di *exemplum* o *argumentatio per exemplum*[387] o anche (come si è appena osservato) di *inductio imperfecta*.

Al pari del ragionamento entimematico (c.d. sillogismo imperfetto o retorico)[388] costituisce un ragionamento composto,[389] o, come si è efficacemente affermato, «una formulazione abbreviata di un ragionamento complesso».[390] Se, infatti, nella sua più semplice struttura schematica esso può esprimersi nella assai nota formulazione: Q è P; S è simile a Q; S è P, è anche vero però che l'affermazione S è simile a Q riassume in sé il risultato di un non formalizzato processo argomentativo a sua volta traducibile nei termini: S è M; Q è M, in cui M indica l'elemento comune su cui si è impostata la relazione di somiglianza, con la conseguenza che il ragionamento per analogia potrebbe essere diversamente descritto attraverso il ricorso alla differente, e meno consueta, enunciazione: Q è P; Q è M; S è M; S è P, nella quale, come è stato opportunamente rilevato, «non appare più la relazione di somiglianza».[391]

Non è certo qui il caso di soffermarsi sui processi di acquisizione della nozione aristotelica, così come certamente non vale la pena impegnarsi in una più attenta valutazione della sua resa lessicale. Per la prima questione, è stato del resto bene evidenziato l'importante ruolo rielaborativo, di «riordino» concettuale, assolto dalla retorica latina.[392] Quanto alla seconda, non è passato inosservato il ricorso a un variegato e non sempre ben codificato ventaglio linguistico che fa-

---

sull'interpretazione del termine ὅμοιος «nel senso di "simile, somigliante" (e non di "identico, uguale")».

[387] N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 32 s.

[388] N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 33; A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 23 ss. e ivi nt. 33. Per il sillogismo entimematico (abbreviato o imperfetto) si vedano Quint., *inst. or*. 5.14.24 e 26 e Iul. Vict., *ars rhet*. 10; su entrambi i brani (riportati integralmente in G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 57 nt. 115) e per una valutazione sull'uso di tale forma di sillogismo da parte dei giuristi romani, vd. A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 53 ss.

[389] N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 87 ss.

[390] N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 87 ss.

[391] In questo senso N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 88; in proposito vd. anche L. VACCA, *L'interpretazione analogica* (*Il ragionamento analogico*) cit., 88 s.

[392] Di riordino discute, almeno per quanto riguarda la riflessione ciceroniana sul tema, A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 31, al quale si rinvia anche per un'analisi dei possibili canali di conoscenza del pensiero aristotelico a cui avrebbe potuto attingere Cicerone per la stesura dei suoi *Topica*, rispetto alla quale questione l'autore dà comunque «per scontata l'improbabilità d'una derivazione diretta dello scritto di Cicerone dall'opera aristotelica con l'omonimo titolo».

ceva principalmente affidamento su termini come *inductio*,[393] *similitudo* ed *exemplum*:[394] ma non su termini come *proportio* o *comparatio*,[395] espressivi piut-

[393] Così, in base a Cic., *top.* 42, secondo R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 108; più recentemente propone una corrispondenza dell'*inductio* ciceroniana col paradigma aristotelico (ἐπαγωγή ῥητορική) pure A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 29 ss., 35 ss. Sul punto occorrerebbe forse una più attenta riflessione, tenuto conto che in Cic., *top.* 42 il termine latino è adoperato da Cicerone con riferimento allo specifico e differente modello della *similitudo ex pluribus conlationibus*, secondo gli schemi argomentativi dell'induzione in senso tecnico (ἐπαγωγή), piuttosto che dell'ἐπαγωγή ῥητορική (paradigma), la cui differenza principale rispetto all'induzione (ἐπαγωγή) risiede proprio nel fatto (così An. Pr. 2.24, 69a l. 16) che «non esamina tutti i casi o gli individui di una classe ma soltanto uno od alcuni» (R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 108; in proposito vd. anche N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 90 s.), il che spiega la definizione di 'induzione incompleta'. A condurre a queste conclusioni è del resto lo stesso brano ciceroniano (Cic., *top.* 42): *sunt enim similitudines, quae ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt, hoc modo* […] *Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae Graece* ἐπαγωγή *nominatur*'. Semmai è l'*alterum genus similitudinis* di Cic., *top.* 43 ('*cum una res uni, par pari comparatur*') che sembra meglio rispondere al ragionamento paradigmatico. Sul piano della tradizionale identificazione, un ruolo certamente non marginale deve attribuirsi a Quint., *inst. or.* 5.11.1-2 '*nam idem omnem argumentationem dividit in duas partes, inductionem et ratiocinationem ut plerique graecorum in* παραδείγματα *et* ἐπιχειρήματα': sul brano vd. R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 108; da ultimo A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 38 ss.

[394] Per una valutazione dell'uso delle nozioni di *similitudo* ed *exemplum* nell'ambito della retorica latina per distinguere rispettivamente il παράδειγμα fondato su caso fittizio (ciò che più propriamente i Greci chiamavano παραβολή), da quello costruito su un dato vero (appunto *exemplum*), in base a una distinzione che invece non si rinviene nelle fonti greche (e in particolare in Aristotele), rimane centrale Quint., *inst. or.* 5.11.1-2, per la cui analisi si rinvia, ancora una volta, al recente contributo di A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 38 ss.; sempre di Quintiliano si consideri *inst. or.* 1.6.3.4 (*eius haec vis est, ut id quod dubium est ad aliquid simile de qua non quaeritur, referat et incerta certis probet*), 5.11.34 (ἀναλογία *quidam a simili separaverunt, nos eam subiectam huic generi putamus*), non solo per il tentativo di ricondurre la nozione di analogia alla più generale nozione di similitudine (di «ardita costruzione "sistematizzante"» discute A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 12), ma anche perché vi è ben evidenziato il meccanismo di funzionamento del ragionamento analogico, per cui, individuata una similitudine rispetto a un caso per il quale si assume fuori discussione una determinata qualità, la si ritiene riferibile al caso incerto analogo.

[395] Entrambi i termini si trovano abbinati, in un'incerta tradizione testuale, nel notisismo Cic., *Tim*. 13: *quae Graece* ἀναλογία*, Latine – audendum est enim, quoniam haec primum a nobis novatur – conparatio proportione(ve) dici potest*, ove è estremamente dibattuto tra gli studiosi se debba leggersi *conparatio proportiove* o diversamente *proportione*, con un interrogativo non privo di implicazioni ai fini di una corretta interpretazione del pensiero ciceroniano. Per la prima lettura ci limitiamo qui a segnalare N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 50 nt. 9; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 8 nt. 3; per la seconda, A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 6 nt. 8. Sul ricorso al sostantivo *pro*(-)*portio* va naturalmente considerato – in aggiunta a Varr., *l.l.* 10.37 e

tosto del differente, per quanto correlato, concetto di ἀναλογία,[396] sia nell'originario significato di proporzione (matematica),[397] che in quello più generico e più recente (ma anche per noi più significativo) di comparazione.[398]

Qui conta piuttosto osservare che, dal punto di vista processuale, un approccio argomentativo di tipo analogico poteva condurre ad esiti assai differenti tra di loro.

Soluzione n. 1: La compravendita è tutelata mediante azione di buona fede. Il caso esaminato è simile alla compravendita. Dunque è tutelabile mediante azione di buona fede.

Soluzione n. 2: La compravendita è tutelata mediante l'*actio empti* e *venditi*. Il caso esaminato è simile alla compravendita. Dunque è tutelabile mediante un'azione *simile* all'*actio empti* e *venditi*.

Soluzione n. 3: La compravendita è tutelata mediante l'*actio empti* e *venditi*. Il caso esaminato è simile alla compravendita. Dunque è tutelabile mediante l'*actio empti* e *venditi*.

Si tratta, come si vede, di tecnica argomentativa in grado di approdare a tre soluzioni giuridicamente ben distinte. Mentre nella soluzione n. 3 a essere con-

---

Vitr., *de arch.* 3.1.1 '*ex symmetria* […] *Ea autem paritur a proportione, quae graece* ἀναλογία *dicitur*' – Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16. Sull'assenza nella lingua latina di «un "significante" peculiare corrispondente al greco ἀναλογία», vd. A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 6, ove si osserva come si ricorresse per lo più alla traslitterazione *analogia* (così, ad es., Sen., *Ep*. 120.4-5) o all'impiego dello stesso termine greco (così, tra gli altri, Cic., *ad Att*. 6.2.3, *Tim*. 13). Anche su questi aspetti rinviamo a G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., § 4.

[396] In questa prospettiva, l'analogia va intesa nel senso di 'relazione di somiglianza', la quale esprime piuttosto la misura dei punti di contatto tra fattispecie formalmente differenti, e rappresenta non l'esito del ragionamento analogico, ma una parte o se vogliamo un momento del(lo sviluppo del) ragionamento: costituendo essa stessa, come si è visto, espressione di un ragionamento non esplicitato. Che il sostantivo 'ἀναλογία' in Aristotele non indicasse 'den Analogieschluß' è correttamente rilevato, come si è detto (*supra* nt. 385), da E. BUND, *Untersuchungen* cit., 98 nt. 30, con richiamo a H. BONITZ, *Index Aristotelicus*, Berolini 1870, v. 'ἀναλογία'.

[397] N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 50; R. REGGI, *L'interpretazione analogica* cit., 105 ss., 106 nt. 3 («il significato della parola analogia non fu logico, ma matematico e viene da ἀνάλογος "proporzionale"); («Von Hause aus bedeutet ἀναλογία die mathematische Proportion») E. BUND, *Untersuchungen* cit., 98 nt. 30; A. MANTELLO, *L'analogia* cit., 22 e ivi nt. 30, ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

[398] In proposito vd. N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 50: «significato più generico e meno tecnico»; E. BUND, *Untersuchungen* cit., 98 nt. 30.

cesse saranno le stesse azioni poste a tutela del contratto di compravendita, nelle soluzioni nn. 1 e 2, invece, si procederà attraverso la predisposizione di apposite azioni *in factum* (*civiles*), con la differenza che nella soluzione n. 2 tale azione, oltre a essere di buona fede, dovrebbe anche presentare un maggior livello di 'familiarità' rispetto alle azioni (sempre di buona fede) scaturenti dalla compravendita consensuale (*a. empti*, *a. venditi*).[399] Abbiamo altrove discusso, rispettivamente, di *actiones ad exemplum* di tipo generico (soluzione n. 1) e *actiones ad exemplum* di tipo specifico, con mantenimento del *nomen actionis* edittale (soluzione n. 2).[400]

Ben due delle tre soluzioni sono peraltro di tipo assimilativo: propriamente assimilativo (soluzione n. 3) o anche solo parzialmente assimilativo (n. 2). Nulla di cui stupirsi se si tiene presente che il ragionamento analogico è comune sia all'analogia che all'assimilazione, nel senso che può muoversi in entrambe le direzioni.[401] Altro è infatti il ragionamento analogico (meglio sarebbe dire 'paradigmatico'), altro è l'analogia come criterio (non da intendersi necessariamente in senso normativo) giuridico.[402] Al pari dell'assimilazione, la seconda rappresenta, in effetti, uno dei possibili esiti del ragionamento paradigmatico, essendo peraltro entrambe espressione, sostanzialmente, di una differente opzione sul piano della valorizzazione degli elementi di continuità o sovrapponibilità tra fattispecie formalmente differenti.

Nessun dubbio può esservi infine sull'impiego di un ragionamento *per deductionem* da parte dei giuristi romani. Semmai ci si può legittimamente interrogare sulla misura esatta del ricorso alle due logiche argomentative, così come sulle tecniche combinatorie adoperate. Sul primo aspetto può solo osservarsi che per la materia contrattuale sembra decisamente prevalente la dimensione analogica, che trova la sua massima espressione, come si è poc'anzi visto, in

---

[399] Al riguardo vd. *infra* cap. III, § 1.4.

[400] In proposito e sulla configurabilità di *a. ad exemplum* di tipo specifico slegate da logiche di tipo paradigmatico (o deduttivo) vd. G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 20 s.

[401] Così («l'interpretazione estensiva si risolve in un procedimento per somiglianza, appena se ne consideri la struttura logica») giustamente N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 144; diversamente, ma in termini che non tengono conto della distinzione tra ragionamento analogico e analogia intesa come specifico esito del ragionamento analogico, F. GALLO, *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 898 nt. 3: «[…] nell'idea […] di analogia (rapporto di somiglianza) che, in quanto tale, non giustifica, o almeno non può giustificare, il trattamento uguale».

[402] Altro ancora, come si è detto (*supra* nt. 396), è l'analogia come parte del ragionamento paradigmatico.

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5, brano su cui avremo modo di tornare ampiamente a riflettere. Tracce di un argomentare deduttivo, ovvero per categorie generali, si trovano in effetti in un numero decisamente ridotto di brani. Sono peraltro (né poteva essere altrimenti) gli stessi brani su cui si è provato a ricostruire una dottrina generale dei contratti innominati: soprattutto Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2,[403] ma anche Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15. Quanto al secondo e se vogliamo più importate aspetto, i testi a nostra disposizione documentano un ricorso a entrambe le metodiche argomentative, come è stato da tempo osservato in dottrina, non senza però fraintendimenti.[404]

Analogia e ragionamento sillogistico-deduttivo costituiscono del resto forme argomentative che non presentano reali profili di incompatibilità e che anzi possono tranquillamente coesistere, anche là dove trovino applicazione sul medesimo piano del riconoscimento, non essendovi naturalmente alcuna possibilità di interferenza in caso di operatività sui differenti piani 'ricognitivo' e 'regolativo'.

Un'incongruenza nasce invece se (è il caso ad es. di Burdese) si pretende di assegnare (nell'ottica labeoniana) alla preventiva individuazione di tipo analogo, peraltro edittalmente tutelato mediante *iudicium bonae fidei*, una funzione sostanzialmente pregiudiziale ai fini del riconoscimento, non tenendo conto del

---

[403] Lo scarto di prospettiva (aristoniano) rispetto al (più antico) modo di procedere per analogia è efficacemente evidenziato già da A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 258: «[…] werden die neuen Verträge nicht einzeln an einzelne bereits klagbare Rechtsgeschäfte angelehnt»; di recente segnala opportunamente l'adozione di un «procedere essenzialmente deduttivo» da parte di Aristone T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 154 ss.

[404] Denuncia la presenza di entrambe le prospettive in Aristone («Dal confronto di Aristo D. 19.4.2 e Aristo D. 2.14.7.2, risulta come la costruzione *analogistica* dei nova negotia partisse bensì dal concetto unitario di contrahere, quale categoria generica […] ma ne' casi d'applicazione concreta operasse anche col ravvicinamento a negozi civili singoli») E. BETTI, *Sul valore* cit., 41 nt. 1; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 138 ss., ID., *Sul riconoscimento* cit., 30; di «insopportabile stonatura logica» discute C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 121 ss., 124 s. Non si è però tenuto conto del fatto che l'individuazione, da parte di Aristone, di una relazione analogica con la compravendita in Paul. 5 *ad Plaut.* D. 19.4.2 ('*quoniam permutatio vicina esset emptioni*') non doveva risultare finalizzata al riconoscimento della contrattualità dell'operazione, ma doveva piuttosto mirare alla concreta determinazione del contenuto del rapporto obbligatorio. In questo senso, giustamente, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 224 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 196 s.; da ultimo anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 269 s. Appare pertanto non condivisibile l'accusa di mancanza di «coerenza ricostruttiva» mossa da M. SARGENTI, *Da Labeone ad Aristone* cit., 146, che pure in altra occasione (ID., *Svolgimento* cit., 36) aveva correttamente evidenziato le diverse finalità del ricorso all'argomentazione analogica in Paul. 5 *ad Plaut.* D. 19.4.2 rispetto a Ulp. 4 *ad ed*.

fatto che l'impiego di un approccio argomentativo fondantesi (o che si vorrebbe dall'autore fondato) sulla riconduzione del caso atipico all'interno di preordinata categoria concettuale (qui contrattuale) avviene attraverso l'adozione di un percorso logico-argomentativo per il quale avrebbe dovuto rivelarsi irrilevante l'individuazione di un referente edittale (peraltro qualificato sul piano delle modalità di tutela: con *oportere ex fide bona*), essendo piuttosto richiesta la verifica del pieno soddisfacimento dei requisiti costitutivi della nozione, così come preventivamente delineati in sede di perimetrazione concettuale della stessa.

Il che ovviamente non significa, è bene ribadirlo, che le due logiche non potessero essere combinate tra di loro e che dunque chi avesse elaborato o anche solo adottato un approccio teorico di tipo deduttivo non potesse in taluni casi ricorrere a valutazioni di ordine paradigmatico o che i due modelli argomentativi non potessero essere addirittura variamente e sapientemente utilizzati all'interno di un medesimo processo decisionale, in modo da corroborare il concreto esito solutivo prospettato (come a dire: *non solo, ma* o ancora: *tanto più che*). Significa semplicemente (e ben diversamente) che la mancata individuazione di una relazione analogica non avrebbe potuto di per sé pregiudicare la possibilità di ammettere comunque l'azione contrattuale in forza della sola riducibilità della fattispecie alla nozione generale, attraverso dunque il ricorso a logiche di tipo solo deduttivo. Il che sarebbe del resto incongruente con l'idea stessa di una teoria (generale) del contratto funzionalmente elaborata ai fini della tutela dei *nova negotia*, la quale teoria sarebbe dovuta servire, a ben vedere, proprio e soprattutto per i casi in cui non fosse possibile affidarsi a percorsi argomentativi di tipo solo paradigmatico (analogia). Affermare il contrario significherebbe in sostanza svuotare la teoria di quella capacità e funzione espansiva del sistema contrattuale che le si vorrebbe per altro verso attribuire.

Più ancora che ad una semplice sovrapposizione, si assiste a un vero e proprio scambio di modelli argomentativi quando (è il caso di Gallo) la sussistenza di una relazione analogica viene ridotta a una mera corrispondenza schematica (*do ut des*, *do ut facias* etc.), in modo che la dichiarata similitudine si traduce in realtà in una comunanza (spesso solo apparente) di struttura della vicenda negoziale e del connesso rapporto obbligatorio, in conformità, come si è detto, a logiche più propriamente deduttive. Tutto ciò peraltro in assenza di una anche solo epidermica valutazione del profilo causale delle fattispecie poste in comparazione,[405] con un atteggiamento che è in verità non poco diffuso in dottrina e

[405] In proposito vd. *infra* cap. III § 1.2.

che muove da un sostanziale fraintendimento delle logiche solutive che stavano alla base della teorica aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.*, come se dietro ogni *do ut des* o *do ut facias* si dovesse scorgere una vicenda sinallagmatica in senso stretto, ignorando così la valenza meramente orientativa che il principio dogmatico lì formulato era destinato ad assolvere. Di questo ci occuperemo nel secondo volume.[406]

8. La tesi (o le tesi) di Cannata.

Prima di impegnarci in un'analisi delle testimonianze di Giuliano, è bene fare qualche considerazione sul punto di vista di Carlo Augusto Cannata. A rendere opportuna una riflessione in proposito, e a farlo in una parte per così dire *in limine*, è il fatto che, nel corso di lunghissimi anni di studio, sulla posizione del giurista adrianeo in tema di tutela delle convenzioni atipiche l'illustre studioso ha avuto modo di esprimere opinioni tra loro, più ancora che divergenti, del tutto antitetiche: per cui si può dire che Cannata potrebbe essere annoverato al tempo stesso tra i principali sostenitori ma anche tra i più convinti detrattori della tesi tradizionale. Tutto dipende dall'orizzonte temporale che si prende come riferimento. Come si è già accennato, è solo negli ultimi studi che l'autore è tornato ad abbracciare l'idea di una chiusura giulianea al fenomeno dell'atipicità contrattuale alla quale egli aveva aderito nei primi lavori,[407] allontandosi così da quelle posizioni più moderate assunte intorno alla metà degli anni '90 e che lo avevano allora indotto a prendere in considerazione l'ipotesi di una sostanziale identità di vedute con Aristone: nel presupposto, peraltro, di una adesione da parte di entrambi i giuristi alla dottrina sinallagmatica labeoniana.

Non è in effetti la prima volta che l'autore mostra di rivedere le conclusioni alle quali era precedentemente pervenuto. Tra gli studiosi recenti può anzi dirsi che Cannata è quello che maggiormente si è distinto per un incessante lavoro di rilettura del proprio pensiero, giungendo a importanti rettifiche, che hanno toccato aspetti non certo marginali ed anzi di assoluta centralità nel dibattito in materia di contratti innominati.[408] Si pensi al rilievo dogmatico della *definitio*

[406] Vol. II, cap. V § 3, ma anche §§ 4 e 4.1.

[407] Così C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 66.

[408] Per una efficace e limpida sintesi del più recente pensiero dell'autore vd. L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 399 ss.

labeoniana di Ulp. 11 *ad ed.* inizialmente contestato dallo studioso,[409] in omaggio all'indirizzo ricostruttivo, un tempo, come si è visto, largamente diffuso, che legava piuttosto ad Aristone l'inizio della problematica contrattuale in tema di tutela dei *nova negotia*;[410] o alla questione della genuinità della locuzione *a. civilis in factum*, ritenuta piuttosto il risultato della «contaminazione postclassica delle due tesi classiche principali» (*a. in factum* da un lato, *a. civilis incerti* o *praescriptis verbis* dall'altro);[411] o ancora a quella della possibile natura tassativa dell'esemplificazione che si legge in Ulp. 4 *ad ed.*, in relazione alla sussistenza della *causa* aristoniana.[412]

Né si possono infine ignorare le recenti concessioni fatte alla dottrina tradizionale, in materia di meccanismi costitutivi dell'obbligazione contrattuale atipica, per quanto l'autore si fosse preoccupato di mettere in guardia da pericolose e inopportune generalizzazioni sulla necessità, a tal fine, di una Vorleistung.[413] Concessioni che, va detto, segnano in effetti anch'esse un ritorno, seppur in questo caso solo parziale,[414] alle conclusioni raggiunte nei primissimi studi, in cui

---

[409] C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 64 s.

[410] In proposito vd. *supra* § 4 di questo cap.

[411] C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 66 nt. 38.

[412] Affermata in C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 65 e in seguito negata in ID., *Labeone, Aristone* cit., 71: in proposito vd. *supra* nt. 79.

[413] C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 74 («non volevo certo intendere […] che la concezione di un accordo contrattuale atipico la cui efficacia almeno dipenda dall'esecuzione di una prestazione, fosse estranea al pensare della giurisprudenza romana. Quel che intendo è invece che l'esecuzione di una prestazione non costituiva […] un requisito generale della fattispecie contrattuale atipica»).

[414] Come si è appena accennato, la visione ricostruttiva del 'contratto innominato' come categoria a prestazione costitutiva non avrebbe avuto una diffusione generalizzata: non sarebbe stato questo (ad es.) il punto di vista di Labeone, Aristone, Mauriciano e Ulpiano. Essa sarebbe stata piuttosto adottata, seppure in un ben differente ordine di idee, da Giuliano e Paolo: così C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 72 s., 76 ss., 93 s.; ID., *Corso* II.2 cit., 207 ss. Giuristi ai quali, in effetti, occorrerebbe perlomeno aggiungere Pedio, tenuto conto della relazione che anche l'autore pone tra la posizione di Paolo in Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.2 e quella di Pedio espressa nello stesso frammento nel successivo § 3 (C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 79: «questa asserzione è confermata, al di là di ogni dubbio […] con la citazione del parere di Pedio addotto nel § 3: se, a seguito di un accordo di permuta, la parte che lo esegue per prima effettua l'atto traslativo di cosa altrui, il negozio di permuta non risulta per nulla concluso»). Un rilievo in tal senso («Il suo parere in tema di permuta che leggiamo in D. 19.4.1.3 […] evidentemente dice a me molto più di quello che dice a Cannata») si trova già in L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 419 ss., 437, il quale per questa via giunge a ipotizzare che possa essere

l'autore mostrava di muoversi nel solco dell'indirizzo tradizionale, subordinando anch'egli la costituzione del rapporto obbligatorio a un principio d'esecuzione, a una *causa data*.[415]

Per quanto l'autore ci abbia dunque abituato a importati revisioni del proprio pensiero, rimane il fatto che il mutamento di prospettiva fatto registrare sulla posizione di Giuliano appare del tutto inatteso e soprattutto mai (del tutto) spiegato, visto che, se non ci inganniamo, l'autore non ha mai formalmente preso le distanze da sé stesso né si è preoccupato di chiarire le ragioni di un così brusco revirement interpretativo:[416] tanto più che sotto taluni aspetti le nuove conclusioni appaiono (o vengono talvolta presentate) come uno sviluppo di quelle precedenti, così come è rimasta immutata l'idea di fondo sulle visioni dogmatiche di quello che potremmo chiamare l'indirizzo labeoniano-aristoniano.

Proprio per tale ragione è il caso di tentare di ricostruire il pensiero di Cannata muovendo dalle iniziali aperture rispetto alla prospettiva (dalla quale egli muoveva e alla quale è in definitiva tornato negli ultimissimi lavori) di una contrapposizione netta all'innovative vedute aristoniane. Volendo innanzi tutto provare a sintetizzare il pensiero allora espresso dallo studioso, si può affermare che la presa di posizione di Giuliano sarebbe maturata nell'ottica di un travisa-

---

stato proprio Pedio a introdurre il requisito dell'adempimento della prestazione ai fini della costituzione o azionabilità del rapporto, con un'innovazione della dottrina del contratto elaborata da Labeone alla quale (innovazione) avrebbero più tardi aderito Aristone, Mauriciano, Ulpiano e Paolo; per una dipendenza del punto di vista di Giuliano dalle posizioni di Pedio vd. già O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86. Su Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1, e per una valutazione delle questioni qui poste, vd. quanto si avrà modo di osservare nel vol. II, cap. IV § 7.

[415] Senza che, per questo, dovesse però intravedersi una più stringente relazione con la categoria dell'*obligatio re contracta* in senso stretto (al riguardo vd. *supra* nt. 88): con una situazione, se vogliamo, analoga a quella di deposito, comodato e fiducia, anch'essi, com'è noto, ritenuti estranei, dallo studioso, allo schema del *re obligari*. Si legga appunto C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 68 («Il contratto di Aristone, invece, era bensì imperniato sull'accordo, ma la sua nozione non era per nulla turbata dal fatto che l'accordo non fosse sufficiente a creare il rapporto obbligatorio; D. 2.14.7.2 mostra chiaramente che a tale nozione non ripugnava l'esigenza di una *causa data*»).

[416] In C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 93 e ivi nt. 159, si trova un semplice richiamo a C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 52 ss., in cui l'autore mostra di fare autocritica rispetto al modo («per più versi discutibile») con cui era stata in quell'occasione affrontata la questione dell'elaborazione della nozione di *causa* da parte di Aristone nella prospettiva «di una più precisa limitazione dell'ambito della gratuità come contrapposto all'impegno reciproco»: in proposito *infra* nel testo di questo §.

mento della dottrina labeoniana del *contractus*-συνάλλαγμα, in cui sarebbe incorso il giurista adrianeo.[417]

Per intendere appieno il senso di tale affermazione, occorre tener presente che, a detta di Cannata, il dibattito apertosi fra Aristone e Celso, con gli sviluppi che avrebbe poi assunto con Giuliano e Mauriciano, non avrebbe riguardato la categoria dei contratti innominati in tutta la sua ampiezza, ma sarebbe rimasto originariamente circoscritto al solo e più specifico tema della «tutelabilità delle *dationes ob rem* come contratti innominati, invece che unicamente sotto il profilo dell'arricchimento ingiustificato».[418]

Sarebbe stato il riutilizzo da parte di Ulpiano di tale materiale all'interno di un più generale discorso incentrato, come si è detto, sulla relazione tra *conventio* e *contractus*, con un particolare interessamento alla specifica prospettiva della *conventio sine nomine*, ad aver ingenerato già negli interpreti medievali l'erronea identificazione dello schema della *datio ob rem* con la diversa (e più ampia) nozione di contratto innominato. Equivoco, quello denunciato, che da altro punto di vista sarebbe stato ulteriormente alimentato dalla scelta dei commissari giustinianei di inserire all'interno di una *sedes materiae* appositamente dedicata alle azioni *in factum* e all'«azione contrattuale generale» (D. 19.5) un lungo e noto frammento paolino (Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5) avente ad oggetto anch'esso, in origine, il tema del *datum ob rem*, rafforzando così la sensazione che «lo schema degli accordi *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, fosse quello che sintetizzava la casistica del contratto innominato».[419] Di qui la tendenza, delineatasi già a partire dall'età intermedia, ad offrire una rappresentazione del contratto innominato nei ben noti termini di *contractus realis*.[420]

L'idea di contratto innominato, già a partire da Labeone sarebbe stata al contrario «del tutto slegata dalla necessità dell'esecuzione di una prestazione».[421]

---

[417] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 35 ss.; la tesi si trova già in parte espressa in ID., *Der Vertrag* cit., 64 ss.

[418] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 37; adesivamente S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 284 nt. 24.

[419] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 38.

[420] Per una panoramica sulle dottrine di diritto comune vd. R. SANTORO, *La causa* cit., 101 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Causa contractus en el derecho intermedio: influencia de Glosadores y Canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalà*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 175 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento (materiali per un corso monografico)*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit., 189 ss.

[421] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 39 ss.

Il fatto che nei casi affrontati «la situazione descritta inizia quasi sempre con una prestazione» non significa che questa fosse assunta quale elemento essenziale per la costituzione del vincolo obbligatorio: peraltro in una serie di casi non si potrebbe considerare neppure quale «prestazione eseguita in vista di una controprestazione».[422]

Alla tutela delle fattispecie contrattuali atipiche si sarebbe arrivati mediante l'impiego della nozione generale di contratto e della «relativa azione generale».[423]

Quanto alla nozione di contratto, occorre considerare che con l'espressione *ultro citroque obligatio* Labeone non avrebbe inteso indicare né il contratto con obbligazioni reciproche (come vorrebbe la più parte della dottrina), né l'accordo produttivo di un vincolo obbligatorio (come vuole l'orientamento opposto, rappresentato massimamente da Santoro).[424] *Contractus* per il giurista augusteo avrebbe piuttosto designato «l'accordo relativo ad un affare che le parti considerano interessante per entrambe, sicché nel concluderlo esse si impegnano l'una verso l'altra a quanto sia necessario fare per realizzarlo».[425] Ed è proprio per esplicitare con maggiore precisione tale concetto che Labeone avrebbe pensato di ricorrere al sostantivo greco συνάλλαγμα, il quale sostantivo «al tempo significava appunto affare, e precisamente affare di commercio, ciò che interessa entrambe le parti».[426]

Alla dottrina labeoniana, sempre secondo Cannata, si sarebbe innanzi tutto richiamato Aristone, come sarebbe apertamente provato dall'affermazione '*hoc* συνάλλαγμα *esse*', la quale andrebbe intesa «questi accordi rappresentano un *synallagma* nel senso di Labeone».[427]

Aristone non si sarebbe però limitato a una mera recezione della dottrina labeoniana del contratto. Al contrario, a lui andrebbe riconosciuto il merito di aver fornito una migliore puntualizzazione del pensiero labeoniano. Più preci-

---

[422] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 40: si pensi a Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.1, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20 pr.-1.

[423] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 35, 39, 46 s.

[424] Sulle varie interpretazioni di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, in cui per l'appunto si trova riportata la *definitio* labeoniana di *contractus* si rinvia a quanto si è osservato prima, § 6.

[425] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 47.

[426] Così già A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191, su cui vd. vol. II, cap. V nt. 408.

[427] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 48.

samente Aristone sarebbe stato consapevole dell'oggettiva incompatibilità della nozione di *negotium* con l'«affare gratuito», cioè con l'affare interessante per una sola delle parti.[428] Inconciliabilità che invece non sarebbe stata colta in tutta la sua dimensione da Labeone, se si considera che il giurista augusteo sembrerebbe essersi fatto suggeritore «della tutela mediante *actio praescriptis verbis* di un'ipotesi di comodato di immobili come contratto innominato», secondo quanto risulterebbe da Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.1 pr.[429]

Per esprimere il medesimo concetto Aristone avrebbe fatto egualmente ricorso al sostantivo *causa*,[430] il quale lungi dal far riferimento alla necessità di un principio di esecuzione,[431] secondo quanto erroneamente ritenuto a partire già dagli interpreti bizantini, sarebbe stato adoperato nel senso di *negotium*, termine più di altri corrispondente al greco συνάλλαγμα, come si evincerebbe limpidamente dalla lettura di Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15.[432]

La prospettiva labeoniana sarebbe stata peraltro adottata da Celso, ma anche, e così veniamo al punto che maggiormente ci interessa, dallo stesso Giuliano.[433] A indurre ambedue i giuristi a dichiararsi contrari alla concessione dell'*a. civilis incerti,* dall'autore identificata con l'*actio praescriptis verbis*, per i casi di *do ut des*, *ut facias* indicati in Ulp. 4 *ad ed.*, non sarebbe stato dunque un dissenso rispetto all'indirizzo labeoniano (aristoniano), quanto il fatto che entrambi non

---

[428] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 52 ss.: in tal senso deporrebbero Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr., Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16.1.

[429] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 53, con un approccio solutivo che, a detta dell'autore, avrebbe lasciato un «residuo» in Ulpiano, per il caso dell'*habitatio gratuita* affrontato in Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17 pr.

[430] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 55.

[431] Si noti il radicale mutamento rispetto al diverso ordine di idee tenuto, come si è detto, in C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 68, su cui vd. *supra* nt. 415.

[432] Così C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 52, il quale, muovendo dall'idea che nell'ottica aristoniana un accordo sarebbe συνάλλαγμα se *subest causa*, e che ancora per Ulpiano (il quale interpreta Aristone) *subest causa* se l'accordo '*in se aliquid negotium habet*' (così Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.5) – ove *negotium* (scil. affare) «è il vocabolo latino [...] che meglio corrisponde al greco συνάλλαγμα» –, arriva alla conclusione per cui il συνάλλαγμα di Aristone (Labeone) inteso come l'*ultro citroque obligatio* esprimerebbe l'idea dell'«affare», ovvero di «ciò che interessa entrambe le parti».

[433] Quanto a Celso (nulla si dice in effetti per il giurista adrianeo) una sua adesione all'indirizzo labeoniano sarebbe ricavabile in definitiva dal tenore stesso della risposta aristoniana: se «Aristone sosteneva la soluzione positiva sulla base dell'argomento che "*hoc* συνάλλαγμα *esse*", ciò significa che Celso, nelle stesse situazioni [...] non riconosceva i connotati del *synallagma* labeoniano»: così C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 48.

avrebbero correttamente inteso il valore della *definitio* labeoniana di *ultro citroque obligatio* (συνάλλαγμα) nel suo reale significato, attribuendole impropriamente il senso di atto «ad effetto obbligatorio reciproco»,[434] con un'interpretazione che avrebbe avuto come diretta conseguenza quella di far venir meno i presupposti per la configurabilità di un *contractus*, in caso di *datio ob rem*, non essendo possibile individuare la richiesta bilateralità del vincolo, visto che la *datio* iniziale non avrebbe potuto considerarsi tecnicamente una prestazione, costituendo piuttosto un elemento perfezionativo della fattispecie obbligatoria.

Aristone avrebbe al contrario riconosciuto un συνάλλαγμα perché, guidato da una corretta lettura del dettato labeoniano, non avrebbe avuto difficoltà a ravvisare, nell'operazione posta in essere dalle parti, gli estremi di una negoziazione, di una «intrapresa a carattere economico che le interessa entrambe».[435]

Se questo è quanto sosteneva allora l'illustre Maestro, di ben altro segno sono le conclusioni prospettate negli ultimi studi. Scompare il ritratto di Giuliano come fedele anche se impacciato seguace delle dottrine labeoniane per prendere piuttosto e improvvisamente corpo quello di fiero oppositore del giurista augusteo, dichiaratamente ostile alla possibilità di un impiego dell'azione contrattuale generale.[436] Tutto ciò, va detto, in un quadro ricostruttivo estremamente fluido che, con la continua aggiunta di piccoli e apparentemente innocui dettagli, presentati come semplici precisazioni, finisce in realtà per fornire al lettore un'immagine in continuo movimento e proprio per questo difficile da restituire, almeno per quanto riguarda gli aspetti dogmatici che sarebbero stati sullo sfondo delle vicende rappresentate.[437]

Se c'è una cosa che accomuna entrambe le diverse posizioni tenute da Cannata nel corso degli anni è che nessuna può essere seguita. Né quella (ci si lasci passare il termine) 'aperturista' degli anni Novanta, né tantomeno quella, ma forse si dovrebbe dire *quelle* assunte più di recente.

Quanto alla tesi allora sostenuta dall'illustre studioso va innanzi tutto osser-

---

[434] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 49; punto di vista che ritroviamo ancora in ID., *Lo splendido autunno* cit., 458 s.

[435] C.A. CANNATA, *Contratto e causa* cit., 52.

[436] In proposito vd. *supra* nt. 175.

[437] Non sono pochi gli scostamenti che, come vedremo, si rinvengono in C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit. e in ID., *Corso* II.2 cit.

vato che sul piano di ordine generale essa si espone agli stessi rilievi già formulati per Burdese e Gallo, almeno per ciò che concerne la distinzione che l'autore sembrava suggerire tra l'ampia categoria dei contratti innominati e la più delimitata nozione del *datum ob causam*. Pretendere di distinguere, in termini peraltro così generali, tra una consegna effettuata in attuazione di un precedente impegno e una consegna accompagnata dall'accordo appare in verità estremamente artificioso. In proposito non resta che ripetere che le *dationes ob rem* rappresentano piuttosto uno schema riassuntivo del profilo causale dell'operazione negoziale, del tutto indipendente dai processi giuridici che dovranno condurre alla realizzazione di quella operazione negoziale e per questo pienamente coerente col modello dell'*obligatio consensu contracta* (reciproca). Per tale ragione non vi sarebbe stato alcun motivo per cui Giuliano o Celso, in presenza di un atto traslativo (o apparentemente tale), avrebbero dovuto ritenere assenti gli elementi del contratto, pur declinato nell'erronea prospettiva (come vorrebbe Cannata) dell'obbligazione reciproca. Un tale impedimento, come si è già accennato,[438] avrebbe potuto semmai verificarsi nella diversa e più ristretta ipotesi in cui la complessa vicenda negoziale fosse stata impostata dalle parti in termini di *obligatio sub condicione*:[439] in quel caso, a seconda del concreto affare realizzato, sarebbero mancati del tutto[440] o avrebbero comunque potuto apparire incerti i presupposti per intravedere una bilateralità obbligatoria, anche solo potenziale.[441]

---

[438] *Supra* § 7 di questo cap.

[439] Ciò nell'ipotesi in cui il proprietario dello schiavo da affrancare si fosse impegnato a manomettere Panfilo a condizione che la controparte gli trasferisse prima la proprietà di Stico, senza che però quest'ultimo assumesse uno specifico impegno in tal senso: come a dire: 'se vorrai – libero di farlo – trasferirmi Stico, io a quel punto mi impegno (sin d'ora) a manomettere Panfilo'. In questo caso, ci saremmo in effetti trovati di fronte a una situazione in cui l'atto di trasferimento avrebbe costituito un comportamento che non si era obbligati, ma tutt'al più interessati, a compiere se si fosse voluto obbligare il *dominus* all'affrancazione di Panfilo, con valenza sostanzialmente costituiva dell'obbligazione della controparte. Si sarebbe trattato, per dirla con C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 74, di situazione «in ristagno perenne».

[440] Questo è il caso, come vedremo, di Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, in un contesto che però non impedisce al giurista severiano di concedere l'azione civile per il pagamento della ricompensa promessa.

[441] Si pensi a vicende negoziali, come quelle di Ulp. 4 *ad ed.*, per le quali avrebbe potuto venire a costituirsi un'obbligazione di garanzia per evizione, la quale avrebbe in sostanza trasformato il rapporto in un contratto c.d. bilaterale imperfetto, ma la cui nascita era in concreto legata a un evento, come l'evizione, per definizione incerto e comunque successivo alle fasi formative del rapporto.

A lasciare perplessi sono anche le ragioni in concreto addotte dall'autore per dar conto del diverso atteggiamento assunto da Celso e Giuliano. Da questo punto di vista è infatti davvero difficile aderire all'idea che a indurre i due giuristi a negare il ricorso all'azione contrattuale possa essere stata la mancata individuazione del συνάλλαγμα labeoniano, da loro (fra)inteso come vincolo in capo ad entrambe le parti (*ultro citroque obligatio*). A rendere etremamente scettici è la dimensione dell'equivoco in cui sarebbero dovuti incorrere entrambi i giuristi. Da questo punto di vista, non si può fare a meno di osservare che, se Labeone avesse preso le mosse da un idea di contratto(-συνάλλαγμα) come «accordo relativo ad un affare che le parti considerano interessante per entrambe», non avrebbe egli avuto alcun motivo per non ammettere l'azione contrattuale (*a.p.v.*) con riferimento a ipotesi di scambio che avessero avuto già un principio di attuazione o (peggio ancora) per le quali si fosse ancor più rigorosamente fatto ricorso allo schema dell'*obligatio sub condicione*: schema (quest'ultimo) che avrebbe messo fuori gioco la prospettiva dell'obbligazione bilaterale, ma non certo quella dell'accordo interessante per entrambi i contraenti. E del resto l'impiego dell'azione contrattuale da parte di Labeone, per tale tipologia di casi, è ampiamente attestata.[442] Non bisogna anzi dimenticare che quello dell'applicazione dell'azione contrattuale a vicende che avevano trovato un principio di esecuzione è stata una delle ragioni principali per cui parte della dottrina ha creduto di poter revocare in dubbio l'interpretazione tradizionale dell'espressione '*ultro citroque obligatio*' come obbligazione reciproca, avanzando piuttosto l'ipotesi di una identificazione con la categoria dell'accordo (*conventio*) costitutivo di vincolo obbligatorio, ancorché unilaterale.[443] Si poteva forse equivocare sull'interpretazione di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, ma non si potevano certo ignorare le soluzioni concrete adottate dal giurista augusteo.

Quanto alle conclusioni prospettate negli ultimi lavori (*Labeone, Aristone*;

[442] A questo proposito non si può certo credere che il giurista non si fosse posto il problema se applicare l'azione contrattuale agli accordi di *do ut des*, *do ut facias* (bisogna aggiungere: che avessero trovato già attuazione), sol perché questi erano già tutelati, ancorché in via meramente ripetitiva, mediante *condictio*: così invece più recentemente C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 196, in un ordine di idee che ammette peraltro espressamente la piena coerenza col modello sinallagmatico labeoniano («Labeone – probabilmente – in materia non si era espresso […] Gli accordi *do ut des* e *do ut facias* corrispondevano certamente alla nozione labeoniana di *synàllagma*, ma essi avevano già una propria tutela […] e quindi poteva ben dubitarsi se fosse opportuno estendervi la tutela mediante l'*actio praescriptis verbis* in concorso cumulativo»: trattasi certo di refuso per 'elettivo').

[443] Così in particolare R. SANTORO, *Il contratto* cit., *passim*.

Corso di istituzioni II.2) il discorso si fa assai più complicato, perché il pensiero dell'autore, oltre che fluido, è davvero sfuggente.

Con riferimento alla fattispecie documentata in Ulp. 4 *ad ed.*, lo studioso sembrerebbe inizialmente percorrere (*Labeone, Aristone*) l'ipotesi di una vicenda configurata dalle parti come obbligazione condizionale (*manumitto si*),[444] in un ordine di idee in cui a guidare il giurista adrianeo verso la soluzione negativa, non sarebbe stata l'incompatibilità di una tale configurazione con la nozione sinallagmatica,[445] quanto piuttosto la mancata integrazione della fattispecie in presenza di una consegna non traslativa della proprietà.[446] Impedimento che invece non si sarebbe posto agli occhi di Mauriciano, essendo egli piuttosto seguace della *definitio* labeoniano-aristoniana di συνάλλαγμα come accordo di scambio.[447]

Anche questo tentativo non può dirsi però riuscito e ciò a prescindere dalla circostanza che non vi è alcun elemento per ritenere che la vicenda fosse così come prospettata dall'autore e che dunque in Ulp. 4 *ad ed.* ci si trovasse in presenza di un impegno di affrancamento condizionato al trasferimento del servo Stico o che tale comunque apparisse agli occhi di Giuliano la vicenda. Il punto è che la ricostruzione risulta, nel suo complesso, non priva di oscillazioni. Sia per quanto riguarda l'opinione di Mauriciano, sia per ciò che concerne il pensiero di Giuliano.

Quanto al primo giurista, la concessione dell'azione contrattuale per la subita evizione è in definitiva fatta dipendere, a dispetto delle dichiarazioni inizia-

---

[444] Così in sostanza C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 72 s.: «L'accordo era di *do ut des*, e quindi la sua struttura esigeva l'esecuzione della prestazione di *dare* al momento dell'accordo. Se il *dare* non è eseguito, l'accordo non può produrre alcun effetto, perché un'obbligazione di *dare* del proprietario di Stico non è voluta dalle parti, e l'obbligazione di manomettere Panfilo non può sorgere in capo all'altra parte, perché le parti hanno voluto che sorgesse a carico di quella che aveva ricevuto, in esecuzione dell'affare, la proprietà di Stico […] l'accordo nella sua struttura, era concepito come da eseguirsi incominciando dalla *datio* di Stico».

[445] Il che si spiega bene del resto se si considera che all'ipotesi di un'erronea interpretazione giulianea della dottrina labeoniano-aristoniana è stata adesso preferita l'idea di una netta contrarietà ad essa: C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 72 ss.

[446] C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 79: «si trattava di una convenzione atipica di *do ut facias*, Giuliano la considerava nulla per mancanza della *datio* ».

[447] Così guardando almeno alle dichiarazioni formali dell'autore («Si tratta di un συνάλλαγμα perché l'affare oggetto dell'accordo interessa entrambe le parti») C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 73 s., anche qui però non senza oscillazioni di pensiero (*infra* nel testo di questo §).

li[448] e in maniera peraltro non sempre limpidissima,[449] dal carattere di buona fede dell'azione, piuttosto che dalla logica sinallagmatica che avrebbe dovuto governare le due attribuzioni patrimoniali e che a questo punto avrebbe avuto il solo effetto di vincolare l'accipiente di Stico alla manomissione di Panfilo, col risultato che la decisione di Mauriciano non sarebbe stata sorretta da uno statuto propriamente dogmatico o dottrinale, quasi si trattasse di una responsabilità da *fatto*, piuttosto che da violazione di obbligo contrattuale.[450]

Quanto a Giuliano la vicenda appare ancor più ingarbugliata, perché nella ricostruzione dell'autore si fondono due prospettive che non possono che definirsi antitetiche. Il risultato è che il dettaglio, ovvero la singola decisione solutiva (Ulp. 4 *ad ed*.) che vorrebbe spiegare (o comunque mettere in relazione) la concessione dell'azione pretoria con la mancata integrazione (o nullità) della fattispecie, non risulta coerente col quadro d'insieme in cui si trova inserita. Non si riesce, infatti, davvero a comprendere quale rilievo avrebbe dovuto concretamente assumere, ai fini della concessione dell'azione civile, la mancanza di una (effettiva) *datio* agli occhi di un giurista come Giuliano, che, sempre secondo lo studioso, avrebbe comunque regolarmente escluso la concessione del-

[448] C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 73: «osserviamo qual[']era il senso della diversa soluzione di Mauriciano […] L'accordo delle parti prevede un συνάλλαγμα […] si tratta di un συνάλλαγμα perché l'affare oggetto dell'accordo interessa entrambe le parti e le parti lo hanno concluso con l'intento di obbligarsi ciascuna a tutto ciò che la realizzazione dell'affare comporta; l'accordo, in altre parole, è un accordo di scambio».

[449] Così infatti C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 73 s.: «il fatto che il proprietario di Stico col suo atto traslativo non abbia trasferito la proprietà di Stico non significa, come invece per Giuliano, che l'accordo non si è realizzato, ma solo che il proprietario di Stico è inadempiente rispetto alla prestazione che doveva eseguire. Se ne deduce dunque che l'inesecuzione della prima prestazione prevista non ha influenza sulla validità e l'efficacia dell'accordo. È ben vero che, in concreto, era stata eseguita la seconda prestazione, ma questo non ha rilevanza nel senso che questa esecuzione convalidi per prima l'accordo: essa ha rilevanza solo nel senso che senza la sua esecuzione nessun problema pratico si porrebbe. Infatti l'accordo nella sua struttura, era concepito come da eseguirsi incominciando dalla *datio* di Stico», salvo però poi continuare affermando: «siccome As non era, secondo l'accordo, obbligato a mancipare Stico a Bp, e Bp, non era obbligato a monomettere Panfilo prima di aver ottenuto Stico, la situazione sarebbe rimasta in ristagno perenne»). Non si capisce come As potesse risultare inadempiente rispetto a una prestazione che non era in realtà tenuto a effettuare.

[450] Queste appunto le parole di C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 73 s.: «Ma nel caso osservato da Mauriciano, è intervenuto un fatto di As, che ha indotto Bp a manomettere: Bp ha ricevuto Stico nel contesto di una *mancipatio* per la quale credeva di avere acquistato la proprietà. Questa circostanza può essere valutata, per la sua particolare rilevanza di fatto ed al fine di generare una responsabilità di As, solo in giudizio di buona fede».

l'azione contrattuale atipica. Di «rigida avversione di Giuliano contro l'*actio praescriptis verbis*» parlava appunto Cannata.[451] Vero il quadro generale, Giuliano avrebbe negato l'azione contrattuale in ogni caso, a prescindere dal verificarsi o meno dell'effetto traslativo. Né le precisazioni (o se vogliamo gli sviluppi) che si colgono negli ultimissimi studi (*Corso* II.2) sembrano aver risolto la questione, dando anzi la precisa senzazione di averla ulteriormente aggravata.

Qui infatti la necessità di una *datio* viene piuttosto messa in relazione con la concessione da parte di Giuliano dell'*a. in factum*, quasi si trattasse di elemento necessario per far fuoriuscire l'accordo dalla condizione di nudo patto, condizione che avrebbe precluso il ricorso a qualunque forma di tutela in via d'azione, compresa quella onoraria.[452] In questo modo l'autore provava a recuperare uno spunto già presente in *Labeone, Aristone*, ma che in quell'occasione era espresso e calibrato sulla ben differente prospettiva di Paolo in Paul. 5 *quaest.*, e dunque di un giurista che a differenza di Giuliano sarebbe stato, (anche) a detta dell'autore, aperto alla concessione dell'azione contrattuale atipica. È il caso di leggere il pensiero dello studioso: «si desume inequivocabilmente che per Paolo un accordo di permuta in se stesso è una *nuda conventio*, cioè un *nudum pactum*, assoggetta alla ferrea regola che esso non può dar luogo ad azione, neppure ad un'*actio in factum*».[453] Il riutilizzo dello stesso argomentare per Giuliano non ha fatto altro però che complicare il quadro solutivo di Ulp. 4 *ad ed.* § 2, nel senso che non si capisce davvero come avrebbe potuto fare egli ricorso all'azione pretoria nel caso di Ulp. *ad ed.*, visto che, come teneva a precisare proprio Cannata, si sarebbe lì trattato di *datio* solo apparente («si trattava di una convenzione atipica di *do ut facias*, Giuliano la considerava nulla per mancanza della *datio*»).[454] Verrebbe da dire: nulla la *datio*, nudo il patto e, dunque, nessuna azione, neppure *in factum*. D'altra parte va detto che a uscire significativamente mutato rispetto all'ordine ricostruttivo che si rinviene in *Labeone, Aristone*, è l'intero pensiero dell'autore per quanto riguarda la configurazione dogmatica della fatttispecie di Ulp. 4 *ad ed.*, che, come si è detto, era stata in quell'occasione ricondotta al modello dell'*obligatio* unilaterale *sub condicione*.[455]

---

[451] C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 81, 93 («ostinato avversario dell'impiego dell'azione contrattuale generale»).

[452] C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 207, 212.

[453] C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 79

[454] C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 79.

[455] *Supra* nt. 444.

Di tale ricostruzione non vi è invece più traccia nel più recente lavoro, nonostante l'autore per il resto rinvii costantemente alle conclusioni prospettate in *Labeone, Aristone*, e senza che siano evidenziati ripensamenti o mutamenti di prospettiva. La sensazione è che allo studioso non siano sfuggiti i qui denunciati profili di incoerenza tra la soluzione di dettaglio (il non concedere Giuliano l'azione contrattuale per la nullità della *datio*) e il quadro complessivo (il fatto che Giuliano mai avrebbe concesso l'azione contrattuale atipica), e che abbia provato a risolverli proiettando la soluzione e la fattispecie di Ulp. 4 *ad ed.* su un piano più generale, di ordine dogmatico, slegato dunque dal particolare modo in cui le parti avrebbero inteso configurare il singolo specifico affare e che avrebbe piuttosto riguardato (almeno per Giuliano e Paolo)[456] l'intera categoria delle negoziazioni atipiche, senza però avvedersi degli ulteriori profili di incoerenza che si sono venuti a questo punto a delineare per ciò che riguarda l'esperibilità stessa dell'azione pretoria a fronte di una *datio* solo apparente e dallo stesso studioso giudicata sino a poco tempo prima nulla: con nullità, come si è appena visto, dell'intera fattispecie. Si tratta naturalmente di semplici impressioni, perché una valutazione effettiva del punto di vista dell'autore riesce assai difficoltosa, soprattutto per quanto concerne il raccordo con le opinioni manifestate negli studi precedenti che in nessun modo lo studioso ha dato la sensazione di voler riconsiderare.[457] Rimangono però le incoerenze di fondo.

[456] In proposito vd. *supra* nt. 414.

[457] Per una ricostruzione e valutazione del pensiero di Cannata si veda, come si è già detto, il recentissimo contributo di L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 399 ss.

CAPITOLO III

LE DECISIONI DI GIULIANO: PER UNA CRITICA DEL PUNTO DI VISTA TRADIZIONALE ALLA LUCE DELLE SOLUZIONI ADOTTATE NEI CASI CONCRETI

Sommario: 1. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1. Trasferimento di area a fini edificatori con ritrasferimento parziale. Deviazioni rispetto a schemi contrattuali tipici: *emptio*, *mandatum*, *societas*, (*locatio*: tra *translatio dominii* e *merces nummaria*). L'*exemplum* del *puer docendus vel nutriendus pretii communicandi causa*. – 1.1. Prime valutazioni su struttura narrativa e genuinità del testo. Logica solutiva di tipo paradigmatico. *Actio in factum* (*id est p.v.*): *formula in factum concepta* o *actio in factum* (*civilis*)? Lo stato della questione. – 1.2. L'ipotesi di Gallo di una manipolazione bizantina conciliativa dei diversi punti di vista di Giuliano e Ulpiano. Interferenza di logiche argomentative. – 1.3. Per un'identità solutiva tra Giuliano e Ulpiano. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. e il caso della *res vendenda certo pretio* con ritenzione del sovrapprezzo: *aestimatum* o ipotesi affine? Possibili implicazioni. – 1.4. L'*actio in factum* di Giuliano come adeguamento dell'*actio pro socio* (azione *ad exemplum* di tipo specifico). Analogie e differenze rispetto all'*a. in factum civilis* di Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: la tesi di Artner. – 2. Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24. Tra *pecunia credita* e *mandatum pecuniae credendae* con prestazione di tributo. – 2.1. Rilievi in dottrina sulla genuinità del brano. Gradenwitz e l'ipotesi di un originario impiego dell'*actio mandati*. – 2.2. Valutazione della tesi di Gradenwitz: il rilievo della gratuità del mandato nella decisione di Giuliano. – 2.3. La questione della responsabilità quale ulteriore ragione per escludere l'ipotesi di Gradenwitz di un ricorso all'*a. mandati*. – 2.4. Valutazioni di sintesi sulle ragioni sostanziali che dovevano aver indotto Giuliano ad escludere l'ipotesi di un mandato. – 2.5. Natura dell'azione concessa da Giuliano: azione civile o pretoria? Adeguamento di modello tipico o *actio in factum* (*civilis*) di tipo generico? – 3. Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2. Il punto di vista di Giuliano in tema di precario. Rilievi sulla genuinità del brano. Critica all'ipotesi di un impiego (non contrattuale) della *condictio incerti* (*possessionis*). – 3.1. Il precario come figura di confine tra donazione e *negotium contractum*: Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11. Il diverso punto di vista bizantino in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2. – 3.2. Paul. Sent. 5.6.10 e l'ipotesi di un duplice intervento in Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2. – 4. Giuliano e la tutela dei *contractus sine* (*iure civili*) *appellationibus*. A proposito dell'*actio in quam confugere* di Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3. – 4.1. (continua) Azione pretoria e contratto: coerenza o antitesi. A proposito di una nota tesi di Voci. – 5. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.: valutazione della tesi di Gallo circa un impiego dell'*actio de aestimato* per i casi di incerta qualificazione. – 6. Breve valutazione sulla tenuta dell'interpretazione tradizionale di Ulp. 4 *ad ed.* alla luce dei risultati sin qui acquisiti.

1. Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1. Trasferimento di area a fini edificatori con ritrasferimento parziale. Deviazioni rispetto a schemi contrattuali tipici: *emptio*, *mandatum*, *societas*, (*locatio*: tra *translatio dominii* e *merces nummaria*). L'*exemplum* del *puer docendus vel nutriendus pretii communicandi causa*.

Tenuto conto, dunque, che neppure le posizioni senza dubbio più ragionevoli assunte da Burdese e Gallo (ma neppure le iniziali aperture di Cannata) appaiono in grado di fornire una soddisfacente lettura della dottrina giulianea in materia di atipicità contrattuale, non resta che passare direttamente all'esame delle fonti da sempre addotte a sostegno della *communis opinio*, al fine di verificare fino a che punto queste siano realmente decisive per l'attribuzione a Giuliano di un atteggiamento di diffidenza verso modelli negoziali che sfuggissero a un esatto inquadramento nei tipi edittali, e non siano piuttosto compatibili con un'interpretazione non generalizzante di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.

A questo proposito è appena il caso di osservare (come si è già altrove chiarito,[1] e come, del resto, anche in questa occasione si avrà modo di evidenziare) che occorre assolutamente tenere distinta la questione dell'atipicità contrattuale da quella dell'atipicità dei mezzi processuali.[2] Si deve da questo punto di vista considerare che le incertezze che potevano in concreto delinearsi sul piano dell'applicazione del rimedio processuale tipico, e che potevano richiedere un intervento adeguativo (*praescriptis verbis*) della *formula iudicii*, non erano necessariamente legate alla particolare configurazione causale della fattispecie concreta, e dunque alla sua riassumibilità, sul piano espressivo, in un *nomen contractus* tipico (atipicità in senso stretto). Era anzi tutt'altro che infrequente che tali incertezze fossero piuttosto dovute alla presenza di deviazioni intervenute sul piano della disciplina del programma obbligatorio, in termini che potevano, ad es., far sorgere dubbi dal punto di vista dell'integrazione o del perfezionamento del-

[1] G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 20 s.

[2] In questo senso già, come si è accennato, A. PERNICE, *Zur Vertragslehere* cit., 252 ss.: «wenn man das Wesen der *actiones in factum civiles* festzustellen versuchen will, so muss man das *agere praescriptis verbis* und den Synallagmabegriff genau von einander scheiden. Beide decken sich ganz und gar nicht und haben in ihrem Ursprunge nichts mit einander gemein. Die Verkennung dieser einfachen Thatsache hat dazu geführt, dass man überall wo *praescr. v.* geklagt werden durfte, einen Innominatvertrag annahm, also auch da, wo eine Sache unter Abrede der Rückgewähr, zur Ansicht, zur Probe hingegeben war»; tra gli studiosi più recenti M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 105 nt. 270; da ultimo tiene opportunamente separato il tema dell'«atipicità della tutela» da quello dell'«atipicità del rapporto» F. CURSI- R. FIORI, *Le azioni generali* cit., 181 s.; R. FIORI, *Proculo e l'agere praescriptis verbis* cit., 268.

la vicenda contrattuale, senza che però gli stessi dubbi dovessero costituire una ragione per interrogarsi più ampiamente sulla qualificazione stessa della fattispecie e dunque sulla sussistenza dei requisiti astrattamente richiesti ai fini di una riconduzione, per *nomen iuris,* agli schemi negoziali edittali.[3] Così come poteva pure accadere che a essere in discussione fosse l'idoneità del rimedio processuale tipico a far valere, nella sua formulazione ordinaria, il contenuto del rapporto contrattuale nella sua concreta determinazione.[4]

Alla luce di questa breve precisazione, converrà cominciare prendendo le mosse proprio dall'esame di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, brano che, come si è detto, era stato considerato da Gallo come una conferma esplicita del regime attestato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.

D. 19.5.13.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Iulianus libro undecimi digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem meam recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tidi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communica-*

[3] Emblematico da questo punto di vista deve ritenersi Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50 *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*. Sul brano e nel senso qui indicato vd. F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 194 s.; S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in BIDR 105, 2011, 135 ss., ora in ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino 2013, 7; R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone* cit., 322 nt. 42; G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 27 ss., 78 ss.; E. SCIANDRELLO, *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti': l'agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale*, in D@S-Memorie 12, 2014, 2.

[4] Così crediamo si debba ad es. leggere Paul. 2 *ad ed.* D. 18.5.6 *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur*, in cui, a nostro modo di vedere, a essere in discussione non era la possibilità di considerare o meno integrata o comunque sospesa sul piano degli effetti (*sub condicione*) la fattispecie – così invece F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 77 s. –, quanto la proficua utilizzabilità dell'*actio empti* in funzione di adempimento di un programma obbligatorio che si muoveva in una direzione opposta alle applicazioni ordinarie dell'azione e che più precisamente mirava a rimediare agli effetti già prodotti dal contratto: il venditore avrebbe dovuto (ri)trasferire la proprietà dei *nummi* al compratore, il quale, a sua volta, sarebbe stato chiamato a *tradere possessionem* della *res* vendita o, nel caso in cui si fosse fatto ricorso a una *mancipatio*, a effettuare un analogo (ri)trasferimento in favore del proprietario-venditore. Sul brano vd. G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 23 ss.

retur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area, dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Iulianum dandam, id est praescriptis verbis. Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque, et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus est.

L'ipotesi, con cui si apre la testimonianza di Ulpiano, sarebbe ricavata (stando perlomeno all'attuale indicazione del brano) dal *l.* 11 *dig.*[5] di Giuliano (*Iulianus libro undecimi digestorum scribit*). *Ego* trasferisce a *Tu* un proprio appezzamento di terreno con l'intesa che questi, una volta edificata sull'area una costruzione a più elevazioni (*insula*), provveda a restituirgli (*reddas*) o, sarebbe meglio dire, a trasferirgli a sua volta la proprietà di parte del suolo con annesso stabile.[6]

L'operazione negoziale così conclusa[7] si rivela vantaggiosa per entrambi i contraenti. Colui che è chiamato a realizzare l'opera potrà dar corso alla costruzione dell'edificio, senza dover sopportare, almeno nell'immediato, le spese altrimenti necessarie per l'acquisto del suolo. Da parte sua il proprietario del fondo al termine dell'operazione riceverà un manufatto la cui edificazione avrebbe richiesto l'impiego di un capitale di cui, con ogni verosimiglianza, non doveva avere disponibilità. La fattispecie descritta non si prestava però a essere pienamente ricondotta nell'ambito dei consueti schemi contrattuali.

Non era innanzi tutto da ritenere una vendita perché come corrispettivo dell'area, l'alienante avrebbe ricevuto parte dell'*area* da lui stesso trasferita (con annessa costruzione): *quia pretii loco partem meam recipio*. Guardando ai termini esatti in cui è impostata la motivazione giulianea, è possibile fare innanzi tutto due considerazioni. Per prima cosa, si deve constatare che a differenza di Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, il qui previsto trasferimento del *dominium* del fondo da parte di *Ego* ('*si tibi areae meae dominium dedero*') non sembrerebbe rap-

[5] Sul punto vd. *infra* in questo stesso §.

[6] Va da sé che in virtù del principio *superficies solo cedit* ad essere trasferito non poteva essere che il suolo sul quale l'edificio era stato costruito, essendo quest'ultimo privo, per lo meno sotto il profilo dominicale, di una sua autonomia giuridica.

[7] Probabilmente sotto la suggestione di Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19.1.6.2 (su cui vd. *infra* nt. 51), pensa con cautela a una «compravendita a cui si aggiungeva una clausola contenente una *lex mancipii* o *venditionis*» P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., 11 nt. 21.

presentare agli occhi del giurista un serio ostacolo per una possibile configurazione della vicenda in termini di *emptio-venditio*, considerato che Giuliano non fa alcun riferimento a tale aspetto. Così come la stessa questione non sembra aver alcun rilievo per Paolo in Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.1.[8]

In secondo luogo, il modo di esprimersi del giurista ci mette nella condizione di affermare che l'esclusione dell'*emptio venditio* non è neppure da inquadrarsi nella consueta dialettica permuta-compravendita, nel senso che essa non dipende dal fatto che come corrispettivo dell'area venga corrisposto a titolo di prezzo (*pretii loco*) una *res* diversa dal denaro.[9] Eventualità che d'altra parte costringerebbe a prendere in considerazione la non molto probabile ipotesi di un allontamento giulianeo rispetto all'indirizzo assimilativo sabiniano,[10] mantenutosi vitale ai tempi di Gaio (*valde quaeritur* […] *nostri praeceptores putant* […] *diversae scholae auctores dissentiunt*),[11] ed egualmente attestato ancora in tarda

[8] Vol. II, cap. IV § 2.

[9] Così invece («Non est emptio, quia de pretio nullo certo, quod in pecunia numerata consisteret, uti oportet, conventio facta est») J. CUJACIUS, *In lib. XI digestorum Salvii Juliani. Ad §. Julianus L. XIII De praescriptis verbis*, in *Opera* III cit., 802; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 270 («je ne reçois pas un prix consistant en une somme d'argent»); nello stesso ordine di idee tra gli studiosi recenti («manca il prezzo in *pecunia numerata*») M. TALAMANCA, v. *Società in generale (diritto romano)*, in Enc. dir. 42, Milano 1990, 823; J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad: La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, 130 («porque falta el precio»); («*Ego* erhält für di Übertragung seines Eigentums keinen Kaufpreis») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 366, al quale non è certo però sfuggito il diverso tenore della motivazione giulianea («Nur oberflächlich Schwierigkeiten bereitet der Begründungssatz „*quia pretio loco partem rei meae recipio*“»); più recentemente anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37.

[10] Diversamente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 15, 37, ove appunto si ipotizza il «superamento», da parte di Giuliano, «della *dissensio* tra le due scuole in ordine alla distinzione tra compravendita e permuta»; in una prospettiva più ampia, ammette un allontanamento rispetto alle logiche assimilative sabiniane («Giuliano seguì la strada opposta: egli adottò il criterio dell'analogia») anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 201. In proposito vd. anche vol. II, cap. IV § 7.

[11] Indipendentemente dal fatto se il giurista antoniniano seguisse o meno l'indirizzo sabiniano. Per un'adesione di Gaio al punto di vista della propria scuola vd. L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 172 nt. 76; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 79; cautamente anche E. STOLFI, *Il modello* cit., 59 nt. 267; C. CASCIONE, *Consensus* cit., 288; dubbi su una piena adesione in V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 134 s.; G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani*, Napoli 1978, 63, 78 nt. 45. Si orientano piuttosto per un accoglimento del diverso orientamento proculeiano R. QUADRATO, *Le 'Institutiones' nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 66; M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990, 22 ss. («anche Gaio, sabiniano, avrebbe colto la giustezza della tesi proculiana»); P. CAPONE, *Valore e*

età severiana (C. 4.64.1), seppur nella stemperata versione di Celio Sabino.[12]

La mancata configurazione della compravendita è piuttosto da imputarsi alla circostanza (evidenziata nel brano, pur in un linguaggio non poco approssimativo)[13] che il proprietario dell'area riceve in cambio una parte di ciò che ha trasferito, essendo da questo punto di vista ritenuto irrilevante il fatto che in realtà, su questa parte, sia stato realizzato un edificio, con un intervento che non solo ha avuto l'effetto di determinare un evidente (e sensibile) incremento del valore dell'*area*, ma ha anche comportato una non trascurabile trasformazione sostanziale del bene oggetto del primo trasferimento. Del resto, se l'esclusione della compravendita fosse dipesa dalla natura del bene offerto in corrispettivo dell'area (*res* anziché denaro), si sarebbe diversamente e più opportunamente affermato *quia pretii loco aream recipio* (o ancora più semplicemente: *rem recipio*), con i problemi che si sono però appena evidenziati sul piano della coerenza di una tale soluzione rispetto all'orientamento sabiniano. Piuttosto, sembra che il rilievo giulianeo si riferisca più radicalmente all'assenza di una effettiva relazione di scambio, visto che, come si è detto, da un punto di vista formale, in ossequio al principio *superficies solo cedit*, il proprietario non avrebbe ricevuto altro che una porzione di un bene che era già suo al momento della conclusione del contratto (*partem meam*). Per dirla con altre parole, avrebbe ottenuto parte di ciò che già gli apparteneva.[14]

---

uso giurisprudenziale di absurdus, in SDHI 63, 1997, 223; più recentemente segnala una sostanziale adesione di Gaio agli argomenti proculeiani, in un contesto complessivo che comunque si sforza di non rinnegare il diverso indirizzo solutivo adottato dalla propria *secta*, G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 30 ss.; l'ipotesi di un allontanamento gaiano dalle soluzioni prospettate nell'ambito della propria scuola ha fatto presa anche su G. FALCONE, *La trattazione* cit., 43 ss., il quale, sempre da questo punto di vista, pensa a un'adesione alla visione proculeiana anche da parte di Celio Sabino; sempre nel segno di una sostanziale approvazione, da parte dei Gaio, della dottrina della scuola rivale vd. S. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino 2019, 6 nt. 7 («sembra considerare […] più fondata l'opinione della scuola proculiana»).

[12] In proposito vd. *supra* cap. II § 1, e ivi ntt. 38-39.

[13] Non a torto evidenzia le difficoltà legate all'espressione '*partem meam*' M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 366, il quale osserva come dopo il trasferimento della proprietà dell'area non si potesse più discutere di '*pars mea*', con una considerazione che induce l'autore a interpretare l'espressione in senso atecnico, in una prospettiva economica più che giuridica.

[14] La notazione per inciso si trova già in M. WAASER, *Die colonia partiaria des römischen Rechts*, Berlin 1885, 27 s., («[…] auf „meae" ist in den Satz „quia pretii loco partem rei meae recipio" der Nachdruck zu legen, nicht auf „rei"») con una considerazione che tornava utile all'autore, pur con le differenze del caso, per dichiarare inammissibile la locazione parziaria con *pars*

Da escludere egualmente un avvicinamento all'ipotesi del mandato, in quanto l'*aedificatio insulae* non era avvenuta a titolo gratuito, avendo il costruttore (*Tu*) trattenuto a proprio vantaggio una parte del terreno precedentemente trasferitogli.[15] Non risultava infine inquadrabile nel modello societario, non comportando la conclusione di tale contratto la perdita del diritto di proprietà su un bene proprio (messo in società: *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*),[16] con un regime che sembra doversi mettere in relazione con la storia della *societas* consensuale, le cui origini ci riportano, per il tramite della *societas omnium bonorum*, al più antico istituto della *societas iuris civilis*, nel modello (in particolare) del consorzio tra estranei.[17] Oggetto di trasferimen-

---

quota, in cui era prevista, a titolo di corrispettivo, la corresponsione di una parte del raccolto, e dunque di frutti appartenenti (prima della *perceptio*) al proprietario del fondo (26 ss.). Rilievo che non sarebbe invece valso per il caso della colonia con *pars quanta*, potendo avere i frutti (dati a titolo di *merces*) altra provenienza («[…] während es bei der colonia partiaria b e g r i f f s w e s e n t l i c h ist, dass die für den dominus fundi bestimmten Früchte von Anfang an diesem selbst gehören, so ist es bei dem Fall der pars quanta rein zufällig»). Critico C. FERRINI, *La colonia partiaria*, in RIL 26, 1893, ora in *Opere* 3 cit., 4 ss. Sulla questione vd. *infra* in questo stesso §.

[15] Di «risultato patrimoniale lucrativo per entrambi» discorre R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37. Da altro punto di vista va detto che, in base al brano, giunge alla conclusione che possa essere stato Giuliano il primo a proporre l'applicabilità dell'*a. mandati* per le ipotesi che prevedessero l'esecuzione di un'attività meramente materiale J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 181, con una soluzione che, a detta dello studioso francese, sarebbe stata fatta propria da Gaio in Gai 3.162; ipotesi più recentemente ripresa, seppur con cautela («Gaio […] forse riprendendo un pensiero di Giuliano»), da S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 163, 200 s. nt. 83.

[16] Sul punto vd. J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. VIII*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus nonus*, Prati 1839, 98; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928, 137, che parla di regola essenziale per ogni società; più cauto M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)* cit., 823 e ivi 98, ove ci si interroga sull'esatta estensione della regola; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 140 e ivi nt. 368, il quale richiama, relativamente però alla *societas omnium bonorum*, Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.1.1; in proposito vd. M. KASER, RPR I,[2] 575; non sembra possa condividersi (e comunque non vi sono precisi elementi in tal senso nella testimonianza) la diversa interpretazione di R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37, il quale ritiene di ascrivere l'inconfigurabilità del contratto societario alla volontà delle parti di attribuire valore costitutivo al trasferimento dell'area, come se ad essere in discussione fosse l'ammissibilità di un modello di *societas re contracta* («peculiare vicenda procedimentale voluta dalle parti, che vede il trasferimento della proprietà dell'*area* come momento perfezionativo della fattispecie contrattuale»).

[17] Così anche M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*,

to al massimo potrà essere una quota sul bene, in modo da costituire una *communio* tra i soci (*ut communicaretur vel ipsa*),[18] o anche una sua parte (*et si partis areae dominium transtulerit, partis non*), con una considerazione che nella for-

in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Bari 1981, 340 nt. 133 («mi sembra eccessivo negare qualsiasi rapporto fra l'antico *consortium* e la *societas* consensuale, attraverso il tramite della *societas omnium bonorum*»); ID., v. *Società (dir. rom.)* cit., 817 s., che pur aderisce all'idea di un'«origine policentrica», guardando perlomeno all'istituto societario nel suo complesso. Sulla questione dell'origine del contratto societario e dei suoi rapporti con la *societas iuris civilis* di Gaio vd., nel senso di una derivazione unitaria, C. SALKOWSKI, *Quaestiones de iure societatis praecipue publicanorum. Dissertatio inauguralis*, Regiomonti Borussorum 1859, 20; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 557 e ivi nt. 4; soprattutto F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 153 ss.; ID., Rec. a A. GUARINO, *Societas consensu contracta* cit., in IVRA 24, 1973, 243 ss. Contro l'idea di una derivazione c.d. monistica, senza per questo negare la derivazione della *s. omnium bonorum* dal *consortium* (*e. n. c.*), vd. già A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 443 ss.; negli stessi termini («Non possiamo negare, però, che quest'ultima si rannodi per più d'un filo al primo ed anzi ne derivi le sue caratteristiche principali») C. FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma*, in AG 38, 1887, ora in *Opere* 3 cit., 17 ss., 29 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 102 s.; più recentemente A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972, ora in ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1988, 5 ss.; così anche G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997, 1 ss., con ampia rassegna bibliografica sul punto. Evidenzia da ultima i rapporti tra il modello della *societas omnium bonorum* e l'antico *consortium* imitativo M. EVANGELISTI, *Sull'origine policentrica della societas consensu contracta*, in L. FOFFANI, M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI (a cura di), *Liber amicorum per M. Bione*, Milano 2011, 193 ss., che attribuisce a tale derivazione tre dei caratteri principali della *societas* consensuale (*fraternitas*, c.d. *affectio societatis*, c.d. *transitus legalis*).

[18] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 270; così anche C. SALKOWSKI, *Quaestiones de iure societatis* cit., 82 e ivi nt. 1; A. PERNICE, *Parerga 1. Zur römischen Gesellschaftsverträge*, in ZSS 3, 1882, 63; diversamente («Ebensowenig kann die einseitige Arbeitsgesellschaft als solche irgend welchen Einfluss auf das Eigenthumsrecht an dem werbenden Kapital des Unternehmers ausüben, dasselbe bleibt nach wie vor im Alleineigenthum des Unternehmers, der Socius hat keinen Antheil daran») G. LASTIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, in ZHR 24, 1879, 411 s., ma con un'interpretazione che finisce per sovrapporre la prospettiva del trasferimento parziale o della *communicatio*, certo ammessi nella parte conclusiva del frammento, con quella ben differente della perdita integrale della proprietà verso la quale si indirizzavano le osservazioni critiche del giurista (*quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*). Equivoco che costringeva l'autore a contestare la valenza generale della regola stessa («Daß dies kein allgemein, sondern nur für eine bestimmte Societätsart giltiger Satz ist, geht zur Genüge aus dem über die societas omnium bonorum Bekannten hervor»), invocando a tal fine il prima richiamato Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.1.1 '*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*', che in realtà non fa altro che confermare quanto si è qui sostenuto. In senso critico vd. già A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 63 s. nt. 2.

ma si potrebbe forse attribuire ad Ulpiano,[19] ma che nella sostanza non poteva non corrispondere al pensiero del giurista suo predecessore (*Ergo si* […] *Idemque, et*).[20]

Nel silenzio della fonte risulta invece decisamente più problematico individuare con esattezza i profili di incompatibilità che dovettero egualmente suggerire a Giuliano una irriconducibilità della fattispecie esaminata al contratto di locazione e in particolare allo schema della *locatio operis*.

Risulta pertanto imprecisato se il mancato inquadramento all'interno dello schema locatorio vada messo in relazione con l'avvenuto trasferimento della proprietà dell'area o se sia piuttosto da ricollegare al fatto che nella previsione delle parti la *merces* per la realizzazione dell'*insula* consistesse in una *pars fundi*, anziché in una somma di denaro.

L'incompatibilità tra trasferimento del *dominium* e *locatio-conductio*, almeno per l'epoca in cui Giuliano si trovava a scrivere, può ritenersi sicura[21] e ciò spie-

---

[19] In questo senso A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 63 («Die Ausführung ist […] von Ulpian mit einer Schlussbemerkung versehen»). A favore di tale ipotesi potrebbe certo deporre il passaggio alla forma diretta (*Ero si quis* […] *erit societas*), per quanto un'analoga transizione si rinviene anche prima, all'interno di un più ampio squarcio discorsivo, in cui non c'è dubbio che ad essere riferito (nelle forme del discorso indiretto) è il pensiero di Giuliano (Iulianus libro undecimi digestorum scribit […] Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tidi dedero […] *abhorrere* haec ab area […] *competit* igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem *se*, quod in area, *dicturum* […]).

[20] Così del resto anche A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 63 «Diesen Fall hat Julian offenbar mit Absicht nicht erwähnt: denn darüber war kein Zweifel, dass Begründung eines Miteigentumsverhältnisses durch Vertragsberedung (tractatus habitus) allemal ein Societätsverhältnis hervorbringe, d. h. die a. pro socio erzeuge».

[21] La questione, com'è noto, era stata vivamente dibattuta in seno alla giurisprudenza. I giuristi di età repubblicana, con Q. Mucio e Alfeno (se non lo stesso Servio Sulpicio: in proposito vd., per tutti, R. FIORI, *La definizione* cit., 66 nt. 3), sembrano orientati a conciliare il trasferimento del *dominium* con il contratto di locazione: come si ricava, rispettivamente da Pomp. 9 *ad Q. Muc*. D. 34.2.34 pr. e dalla notissima *Lex in navem Saufeii* con i suoi *rerum locatarum duo genera* (Alfen. 5 *dig. a Paul. epit.* D. 19.2.31: per entrambe le testimonianze e sulla questione si veda N. BENKE, *Eigentumserwerb der Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in ZSS 104, 1987, 156 ss., 191 ss., che non esclude una condivisione delle soluzioni repubblicane da parte della giurisprudenza classica; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio conductio irregularis*, in SCDR 7, 1995, 191 ss., con un'indagine che si concentra però più sulla possibilità di applicare anche alla locazione lo schema dogmatico del contratto irregolare, arrivando a conclusioni di segno negativo; R. FIORI, *La definizione* cit., 50 ss., 64 ss.; per una panoramica generale sul tema vd. M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 315 nt. 114; ID., *Pubblicazioni (1988)* cit., 913 ss. Più complesso stabilire quando si sarebbe affacciato l'orientamento

ga il motivo per cui gli studiosi si siano concentrati su questa causa esclusiva.[22]

Ciò non significa però che nella valutazione del giurista adrianeo non abbia egualmente inciso il tipo di bene offerto in corrispettivo. Non occorre davvero ricordare come quello della configurabilità di una *locatio conductio* in presenza di *merces* diversa dal denaro rappresenti un tema estremamente dibattuto che provocò profonde divisioni già tra gli interpreti di diritto comune.[23] Si può tuttavia affermare che già a partire dalla Glossa,[24] l'orientamento prevalente fu

opposto che vedeva nel trasferimento della proprietà una causa esclusiva della configurabilità della locazione e che troviamo codificato in Ulp. 2 *ad ed.* D. 19.2.39 '*Non solet locatio dominium mutare*'. Per un'attribuzione a Sabino vd. R. FIORI, *La definizione* cit., 190 ss., 202, il quale così argomenta in base a Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.20, per quanto, come ammette lo stesso autore, nel brano non vi sia una esplicita enunciazione di tale principio («criterio […] solo implicito») e del resto l'idea dello studioso si fonda più sull'interpretazione bizantina contenuta nello sch. 1 (Ψιλῆ) a Bas. 20.1.1 dell'edizione di Scheltema (B III 1170) – corrispondente agli schh. 1 (Δεῖ δὲ) e 2 (Πομπώνιος) dell'edizione heimbachiana (Hb. II 334 s.) –, che sul testo della compilazione. Da altro punto di vista l'autore (177 ss.) esclude che vi siano elementi per anticipare questa svolta già a Labeone. Il brano che potrebbe farlo pensare (Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18.1.80.3) dimostrerebbe soltanto che Labeone avrebbe negato la configurabilità di una compravendita nel caso in cui le parti avessero specificamente escluso un passaggio di proprietà in capo al compratore, potendosi tutt'al più configurare o una *locatio* o un *aliud genus contractus*, ma non consentirebbe anche di affermare che per il giurista augusteo il trasferimento del *dominium* risultasse incompatibile con lo schema causale della locazione.

[22] In questo senso J.A. C. THOMAS, *The nature of merces*, in Acta Juridica 1, 1958, 194; più recentemente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 195 nt. 40.

[23] Basterebbe qui ricordare l'antico giudizio («vetus […] quaestio est») di G. LOPEZ MADERA, *Animadversionum iuris civilis, liber singularis*, Coloniae Agrippinae 1594, (*De locatione, an sit in ea necessaria pecunia numerata loco mercedis. Cap. XV*), 74 ss., al quale si rinvia per riferimenti alla letteratura precedente: lo scritto è consultabile anche in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula*, in *quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur*. *Tomus III. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733, 441 ss.; ulteriori indicazioni possono trovarsi in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Siebenzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1815, 323 ss. Per la regola della *merces nummaria* ci limitiamo qui a segnalare H. DONELLUS, *Commentariorum de Jure civili liber XIII*. *Caput VI. De locatione et conductione. VI*, in *Opera* III cit., 820 s. («In mercede itidem ut in pretio duo spectanda. Primum ut consistat in pecunia numerata. Quod si pro usu rei aliud quid praestetur, locatio non erit»).

[24] Così, con riferimento a Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9 e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad Librum XVI. Tit. III. Depositi vel contra. Ad l.* 1 § *si quis servum* cit., 847: «Not. Locationē non esse sine mercede in pecunia constituta»; e in *ad Librum XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis et in factum actionibus. Ad L. naturalis*. § *at cum do* cit., 1003 nt. *f.* («locatio non est, nisi merces in pecuniae quantitate consistat»).

quello di escludere una locazione in assenza di corrispettivo in denaro.

A pesare in tal senso fu certamente Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 ove si rinviene, com'è noto e come del resto avremo modo di vedere,[25] una presa di posizione molto netta in favore del principio della *merces nummaria*, con una soluzione che trova peraltro più di un riscontro in un discreto numero di testimonianze ulpianee, tra le quali vale certo la pena ricordare Ulp. 32 *ad ed.* D. 10.3.23 (*quae enim locatio est, cum merces non intercesserit*?),[26] Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9[27] e (implicitamente) Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.3.[28]

Non mancavano d'altra parte casi che sembravano mettere in dubbio la regola. A destare le principali difficoltà fu certamente l'ipotesi della c.d. *colonia partiaria* (Theilpacht), per la quale le fonti ammettevano come corrispettivo della coltivazione del fondo una parte del raccolto, in una misura esattamente predeterminata (*pars quanta*) o semplicemente in una sua frazione (*pars quo-*

---

[25] Vol. II, cap. IV § 2.

[26] Che la soluzione di Ulpiano vada messa in relazione col fatto che non sia qui previsto un corrispettivo in denaro è sostenuto, tra i tanti, da C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 288 («il n'ya pas de *mercers certa* consistant en argent»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 80, 244; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 57; più recentemente («Das entspricht der von ihm verfochtenen Ansicht, daß bei der *locatio conductio* nur Geld als *merces* in Betracht komme») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 203 s.; diversamente nega che l'affermazione del giurista vada intesa nel senso che la *merces* dovesse consistere in *pecunia numerata* («per il vocabolo *merces* il valore di *pecunia* è secondario, essendo invece primario quelli di "corrispettivo di una locazione"») R. FIORI, *La definizione* cit., 238 s., per il quale Ulpiano avrebbe piuttosto manifestato la propria adesione all'indirizzo proculeiano che guardava alla *merces* come «pagamento distinto dall'attribuzione di godimento».

[27] Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9: *Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabatur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est*. Indicazioni sul brano in vol. II, cap. V § 2.

[28] Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.3: *Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et illi(e?) mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est*. In questo senso C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 285 ss.; («non accennava nemmeno […] alla locazione») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 243, ove neppure si esclude l'ipotesi di un rabberciamento («se il testo non è stato mutilato»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 203 s. Esplicito invece I. 3.24.2 'cum unum qui bovem haberet et vicinus eius unum […] *neque locati vel conducti* neque commodati competit actio […] verum praescriptis verbis agendum est'. Su entrambi i brani vd. E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 55 ss.

ta).[29] Proprio traendo spunto dal caso della colonia parziaria un discreto numero di studiosi ritenne di dover mettere in discussione il principio della *merces nummaria*.[30] Com'è noto, l'idea conquistò anche la prestigiosa adesione di Cuiacio,[31] non senza vistose oscillazioni[32] da tempo evidenziate in dottrina,[33] e

[29] Decisiva si era rivelata, da questo punto di vista, la lettura di Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.2.25.6 […] *apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*. Si provò così a ridimensionare il peso della testimonianza gaiana prospettando piuttosto un accostamento col contratto di società, se non addirittura con la categoria dei contratti innominati. Per la prima ipotesi si cercò di sfruttare il modo di esprimersi del giurista antoniniano (*partiarius colonus quasi societatis iure*: per la letteratura moderna, ma limitatamente al caso di *pars quota*, vd. M. WAASER, *Die colonia partiaria* cit., 24 ss., 42 ss.; in senso contrario e per un ridimensionamento di Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.2.25.6 '*quasi societatis iure*' vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVII cit., 335 («Allein shon das hier gebrauchte Wort *quasi* zeigt deutlich genug an, daß diese Geschäft kein eigentlicher Societas-Contract sei»); A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 57. Ragionamento naturalmente condiviso da quanti rigettano la regola della *merces nummaria*: così, fra i tanti, C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 9 («Dice il testo '*quasi* societatis iure' e non 'societatis iure': fa un paragone, non statuisce una identità, anzi l'esclude»); sulla questione si rinvia, con indicazioni bibliografiche, a R. FIORI, *La definizione* cit., 239 ss. e ivi ntt. 196-197, il quale, da parte sua, al pari di Ferrini, respinge il carattere eccezionale e derogativo rispetto alla regola del «pagamento in *pecunia numerata*». Per la seconda fu più semplice invocare il prima richiamato Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, ove era più in generale prospettato il ricorso all'azione contrattuale atipica in tutti i casi in cui fosse previsto un corrispettivo diverso dal denaro (*si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest* […]): in proposito vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVII cit., 327 ss.; nel senso di contratto innominato a cavaliere tra locazione e *societas* vd. J. KYBER, *Disputatio inauguralis juridica de colono partiario*, Altdorfei 1677, n. IIX.

[30] Per indicazioni bibliografiche si rinvia a C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVII cit., 328 e ivi nt. 79.

[31] Così («in locatione conductione dico etiam in alia quantitate consistere posse, veluti mensura aut pondere») J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII*, in *Opera* IV cit., (*Ad Lex Et haec distinctio 35*), 353, ove si invoca, tra l'altro, Plin. *epist.* 9.37.3 '*Non nummo, sed partibus locavi*'; ID., *Ad. Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes*, in *Opera IX* cit., (*Ad Tit. LXV. De locato, et conducto. Ad L. V.*) 614: «locatio non tantum contrahitur certae pecuniae numero, sed et earum rerum, que mensura vel pondere constant. Idque probat *lex* 21».

[32] J. CUJACIUS, *Ad. Lib. II. Codicis Recitationes solemnes*, in *Opera* IX cit., (*In titulo III de pactis. Ad. L. IX*), 97: «quia locatio non consistit sine pretio, exemplo venditionis et emptionis: pretium autem non est nisi confestim sit pecunia numerata». Oscillazioni che d'altra parte non rimasero senza conseguenze per ciò che riguarda il punto di vista dello studioso in relazione all'istituto della colonia parziaria (*infra* nt. 34).

[33] La notazione si trova già in termini molto decisi in M. WAASER, *Die colonia partiaria* cit., 11 ss. («scheinen mir offensichtliche Widersprüche zu enthalten in einer Weise, dass ich mir

dietro le quali non sarebbe del tutto azzardato vedere il segno di un possibile ripensamento da parte del giurista culto negli studi della tardissima maturità.[34] Prevalse comunque il convincimento che si trattasse di semplici deroghe.[35] A

nicht getraue, dieses oder jenes für die Ansicht des Cujacius auszugeben»); rileva le oscillazioni anche C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 7, a detta del quale però l'«opinione […] prevalente» di Cuiacio sarebbe stata nel senso di ammettere la locazione solo in caso di *merces pecuniaria*, non diversamente (dunque) da Donello.

[34] Tenuto conto che le oscillazioni più vistose si rinvengono nelle *Recitationes solemnes in Librum II. ad IX. Codicis Justiniani*, ove l'autore sembra sposare entrambe le linee interpretative, e che l'opera fu pubblicata postuma (D. ALBANENSIS, *Promptuarium universorum operum Jacobi Cujacii*, *Tomus* I, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*. *Tomus duodecimus*, Prati 1843, LXI n. 64) e dunque probabilmente senza una accurata revisione complessiva, si potrebbe azzardare la congettura di un ritorno di Cuiacio alla regola della *merces pecuniaria* (nel commento al titolo III *de pactis*, del IX libro), non adeguatamente raccordato con il punto di vista precedentemente adottato nel *Ad Africanum Tractatus IX.*, i cui ultimi quattro libri risalivano al 1573 (D. ALBANENSIS, *Promptuarium* cit., LVI n. 30) e (soprattutto) ancora presente nel commento al titolo LXV (*De locato, et conducto*) del V libro delle stesse *Recitationes*. Non è forse un caso se la stessa impostazione (della *merces nummaria*) è presente pure nelle *Recitationes in Libros quatuor priores Codicis Justiniani*, anch'esse pubblicate dopo la morte dell'autore (1590), in un'edizione parigina del 1658 (così sempre D. ALBANENSIS, *Promptuarium* cit., LXIX n. 83); si veda appunto J. CUJACIUS, *Recitationes in lib. IV priores codicis Justiniani*, in *Opera* IX cit., (*Ad Lib. IV Codicis. Ad Tit. LXV. De locato conducto*) 2604: «utrumque in utroque contractu certum esse oportet, et nummarium». Tale congettura parrebbe d'altra parte avvalorata dal perfettamente speculare mutamento di prospettiva che si rinviene nel pensiero dell'autore in tema di *colonia partiaria*: inizialmente considerata come locazione (e dunque in piena sintonia con l'idea di una *merces* non necessariamente nummaria), successivamente come *societas*. Per il primo (e originario) punto di vista vd. J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad Lex Et haec distinctio 35. loc.*, in *Opera* IV cit., 353, ove si registra un'apertura per entrambe le ipotesi (*pars quanta-pars quota*): «cum colono partiario contrahi locationem, et conductionem, si contrahendae locationis animus fuerit, ac praesertim si de certa fructum quantitate […] convenit […] Quin etiam tentari potest et locationem esse si cum partiario ita convenerit ut inferret quotannis fructuum qui perciperentur partem dimidiam aut tertiam, nullo adiecto modo». Per il secondo (e più recente) vd. invece J. CUJACIUS, *Ad. Lib. II. Codicis Recitationes solemnes*, in *Opera* IX cit., (*In titulo III de pactis. Ad. L. IX*), 97 («quid ergo est? certe societas et ita definitur in *l. si merces* […] inter dominum fundi et colonum partiarium societas contrahitur»); ID., *Ad. Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes*, in *Opera IX* cit., (*Ad Tit. LXV. De locato, et conducto. Ad L. V.*) 614 («Partiarii non videntur esse conductores»).

[35] Emblematica da questo punto di vista può ritenersi la posizione («Bei der Verpachtung einer fruchttragenden Sache findet jedoch eine Ausnahme Statt. Hier kann statt des Pachtgeldes auch ein Theil der Früchte ausbedungen werden») di C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* 17 cit., 327 ss., ove si invoca a tal fine Cato, *de re rust.* (= *de agric.*) 16, 136, in un quadro che si manteneva d'altra parte fedele all'idea della *merces* pecuniaria: «Die Prästation des Conductor, welche man nun also überhaupt merces nennt, muß nun […] in einer baaren Geldsumme

riaccendere il dibattito fu il rinvenimento del manuale gaiano che offrì nuovi argomenti contro la tesi maggioritaria, una volta che fu possibile mettere a confronto le informazioni di Gai 3.144,[36] col resoconto della stessa vicenda che si trovava, non senza deviazioni, in I. 3.24.2.[37]

Lo sforzo maggiore in tal senso fu compiuto negli ultimi anni del XIX sec. da Ferrini, il quale mise in discussione l'esistenza di un principio nummario per il diritto classico, formulando piuttosto l'ipotesi di un'origine bizantina,[38] con una congettura che ha raccolto prestigiose adesioni ancora sino ai giorni nostri,[39] ma che tuttavia non ha incontrato il favore della maggior parte della dot-

---

(pecunia numerata) bestehen»; così anche C.F.F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht. Zweiter Band. Das Obligationenrecht*, Leipzig 1847, 648 s.; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band*, Leipzig 1892, 661 s.; così, ma con riferimento al solo caso di locazione per una *pars quanta* dei frutti, come si è visto (*supra* nt. 14), anche M. WAASER, *Die colonia partiaria* cit., 23; per la natura pecuniaria della *merces* vd. K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 21.III), 46; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 146, 286.

[36] Gai 3.144 *Item si rem tibi utendam dedi et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur*.

[37] I. 3.24 pr.-2: *Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est*.

[38] C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 11, ove in più si avanza la congettura per cui tale dottrina si sarebbe formata nella scuola di Berito, per via di una «cattiva intelligenza» dell'intero squarcio di Gai 3.141-144; per l'origine giustinianea G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*. *Volume* II, Torino 1920, 236. Per il diritto bizantino vd. PT. 3.24 pr.-2: Ἡ μίσθωσις καὶ ἡ ἐκμίσθωσις ἔοικε τῇ πράσει καὶ τῇ ἀγορασίᾳ, καὶ διὰ τῶν ἀυτῶν πρόεισι κανόνων […] καὶ ὥσπερ ἐιρήκαμεν ἐκεῖ, cérton καὶ ἐν ἀργυρίω ὀφείλειν είναι τό τίτημα, ὀύτω καὶ τό μίσθωμα cérton καὶ ἐν ἀργυρίῳ εἶναι δεῖ. Nello stesso ordine di idee, Taleleo in sch. 1 Τὸ κατὰ πόδας a Bas. 11.1.69 (= C. 2.3.9[8]) (Hb. I 648 = Schelt. B I 318), Stefano (Hb. VI 276) in sch. Δεῖ δὲ a Bas. 20.1.2 'Δεῖ δὲ ἐν ἀργυρίοις ὁρισθῆναι τὸν μισθόν. εἰ γὰρ μὴ ἐν ἀργυρίοις ἐγένετο, οὐκ ἦν μίσθωσις […]' (Hb. II 334; Schelt. B III 1170). In proposito vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVII cit., 329 s.; C. FERRINI, *La colonia partiaria* cit., 7; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, 129 s.; R. FIORI, *La definizione* cit., 238.

[39] In particolare R. FIORI, *La definizione* cit., 238 ss., 241 nt. 197, ove non si esclude del tutto neppure l'ipotesi di un'origine postclassica; ancor prima («non sembra risalire alla giurisprudenza classica») A. MASI, v. *'Locazione'* (*storia)*, in Enc. dir. 24, Milano 1974, 911.

trina, la quale è rimasta fedele alla regola del corrispettivo pecuniario,[40] aprendo al più alla possibilità di un contrasto giurisprudenziale[41] o di isolate eccezioni, come per il caso, già visto, della *colonia partiaria*.[42]

---

[40] P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 552; C. LONGO, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio conductio'*, in *Mélanges P.F. Girard. Tome second*, Paris 1912, 105 ss., con analisi delle fonti bizantine; adesivamente P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 169 nt. 2 («sono d'accordo col Longo nel ritenere […] che tanto i classici quanto Giustiniano abbiano mantenuto, in massima, fede alla teoria della mercede a denaro nei tre tipi di locazione, colla sola eccezione del caso di colonia parziaria»); E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 321 e ivi nt. 3; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 103 s., il quale a questo proposito invoca Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., 129 ss.; J.A. C. THOMAS, *The nature of merces* cit., 191 ss.; K. MISERA, *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern. Zu den klassischen Grundlagen der justinianischen Quellen*, in ZSS 94, 1977, 267 s.; N. BENKE, *Eigentumserwerb* cit., 157 («[…] Leistung in Geld bestehen muss»); A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht? Zur sogenannten „notwendigen Entgeltlichkeit", besonders bei Arbeitsleistungen vermeintlicher Sklaven*, in ZSS 108, 1991, 130 s. nt. 20; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 354; O. BEHRENDS, *Die condictio causa data non secuta* cit., 51 e ivi nt. 86.

[41] Così P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 352 e ivi nt. 2; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 169 nt. 2, 242 ss.; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., 101 s. e ivi nt. 1 (di p. 102), che adduce Gai 3.144, senza in effetti considerare che il brano riguarda la più specifica e diversa questione del 'Nutzungstausch': in proposito vd. *infra* nt. 43; sempre invocando il brano gaiano, anche K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 271, per il quale, in particolare, all'atteggiamento rigoroso di Paolo e Ulpiano si sarebbe contrapposto un orientamento diversamente incline ad ammettere la possibilità di una *merces* non pecuniaria che avrebbe trovato l'adesione di Servio e Africano (così Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1 su cui vd. *infra* nt. 49); sempre nell'ottica di una controversia giurisprudenziale, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 203 nt. 146; così anche, con richiamo pure in questo caso a Gai 3.144, E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 4 s.: «Gaio si limita a esporre i termini del problema (possibilità che la *merces* consista in cosa diversa dalla *pecunia numerata*), rendendo nota ai discenti l'esistenza di controversie dottrinali al riguardo»; negli stessi termini, ancora più recentemente, S. LONGO, *Emptio venditio* cit., 5 s. («ci si chiede se possa riconoscersi validità a quella locazione la cui *merces* consiste in cosa diversa dalla *pecunia numerata*»); M.A. LIGIOS, *CIL. IV, 9591: riflessioni in materia di impresa di navigazione*, in AUPA 63, 2020, 217 s., soprattutto 223 s., la quale conclude nel senso di ritenere maggioritario l'indirizzo richiedente una *merces pecuniaria*. Un'apertura rispetto all'ipotesi di un contrasto si rinviene del resto, con riferimento ad Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1, pure in J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII*, in *Opera* IV cit., (*Ad Lex Et haec distinctio 35*), 353, per quanto proprio in quell'occasione lo studioso avesse preso le distanze dalla regola della *merces nummaria*: «puto Servium dedisse actionem ex locato et ex conducto, alios autem dedisse praescriptis verbis».

[42] C. LONGO, *Sulla natura della 'merces'* cit., 113 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 169 nt. 2; A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., 105; N. BENKE, *Eigentumserwerb* cit., 157 nt. 1; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 354.

L'ipotesi di Ferrini non può certo ritenersi priva di argomenti, a partire proprio dal brano di Gaio appena richiamato.[43] Rimangono d'altra parte Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 e le numerose testimonianze di Ulpiano prima ricordate, che rappresentano un serio intralcio all'idea di una irrilevanza della natura della *merces*. Se Ferrini potè superare un così grave ostacolo è solo perché non gli fu difficile sbarazzarsi di tali testimonianze,[44] sfruttando le allora crescenti diffidenze verso l'azione contrattuale atipica.[45] Lo stesso non vale certo oggi: tant'è

[43] Il fatto stesso che i giuristi dibattessero (*quaeritur*; *quaeri solebat*) in relazione a una fattispecie così particolare, in cui, per entrambi i rapporti, la *merces* era costituita dall'uso accordato al locatore di un bene appartenente al conduttore (secondo lo schema del c.d. Nutzungstausch), potrebbe legittimamente far pensare che non vi fossero preclusioni di sorta nell'ammettere una *merces* non *nummaria*, tenuto conto che il caso qui preso in considerazione costituiva un approfondimento dogmatico della prima questione. Aveva del resto ragione l'autore ad osservare come quella di Gai 3.144 fosse l'unica fattispecie in grado di riproporre i medesimi profili di indeterminatezza sulle posizioni contrattuali delle parti che si prospettavano in caso di permuta, con i conseguenti e inevitabili aspetti problematici che ciò avrebbe comportato sul piano processuale, in ordine all'individuazione dei mezzi di tutela da accordare a ciascun contraente (*a. locati*, *a. conducti*), rivestendo entrambi i ruoli, al tempo stesso, di locatore e conduttore. Difficoltà che invece non si sarebbero presentate nell'ipotesi di una *merces* non *nummaria*, ma comunque tale da consentire una distinzione di ruoli e prestazioni: così C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 12 («Evidentemente non c'era pericolo di confusione fra la rispettiva posizione dei contraenti, quando uno avesse concesso per es. all'altro l'uso annuo di una casa e ricevuto in compenso uno schiavo»); ripreso da R. FIORI, *La definizione* cit., 239. In relazione alla possibilità che dietro lo *ius controversum* attestato da Gaio (*quaeritur*; *quaeri solebat*) si nasconda una disputa tra scuole, vd. favorevolmente R. FIORI, *La definizione* cit., 229, a detta del quale ad inquadrare l'ipotesi di *res utendae fruendae* all'interno della *locatio conductio* sarebbero stati i Sabiniani, come sarebbe confermato da Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1 (su cui vd. *infra* nt. 49). I Proculeiani, la cui prospettiva emergerebbe da Ulp. 32 *ad ed.* D. 10.3.23, avrebbero piuttosto ricondotto fra i *nova negotia* gli assetti d'interessi in cui risultasse mancante l'individuazione di una *merces*; in proposito vd. anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 55 ss. Sul Nutzungstausch vd. K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 267 ss.; di «scambio di godimento» discute, con riferimento all'ipotesi di Gai 3.44, R. FIORI, *La definizione* cit., 229.

[44] Per meglio dire di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 e Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9, visto che rispetto a Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.3 e Ulp. 32 *ad ed.* D. 10.3.23 lo studioso non prendeva espressamente posizione.

[45] C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 12, 14 s., per il quale, in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, andrebbe attribuita ai compilatori «la distinzione fra 'pecunia data' e 'si rem (do)', dove la manifesta lesione della sintassi e dell'euritmia provano la intrusione»; in senso contrario vd. già le osservazioni di C. LONGO, *Sulla natura della 'merces'* cit., 114 ss., il quale, rovesciando le critiche stilistiche di Ferrini, ricostruiva così l'originario brano paolino: «§ 2 [At cum do ut facias Trib.] (At si pecuniam do ut facias, Paul.), si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam

che sulla classicità dei brani in questione non si segnalano più significativi dubbi in dottrina.[46]

Resta, come si diceva, la possibilità di un contrasto giurisprudenziale risoltosi poi nel senso di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, e dunque col prevalere dell'indirizzo rigorista,[47] a non voler prendere in considerazione l'ulteriore ipotesi di una diversificazione di soluzioni in funzione dello schema locatorio adoperato (*locatio rei*, *locatio operis*).[48]

---

pingas [pecunia data Trib.], locatio erit, sicut superiore casu emptio; si rem, non erit locatio […]».

[46] Per la genuinità di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, perlomeno per ciò che riguarda la regola in questione, vd. già E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 321; tra gli studi più recenti (in aggiunta agli autori via via indicati in questa stessa nt.) vd. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 111 nt. 112; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 208 ss.; quanto a Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9, Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, e Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.3 vd. K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 271 e ivi nt. 22; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 190 s., 202 s., 211 s. Per Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9 A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 402; ID., *I contratti innominati* cit., 86; per Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9 e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 anche M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 737 s., il quale al più ammette (a proposito di Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9) un rabberciamento rispetto alla versione originaria del brano nella quale si sarebbero trovate contrapposte «la soluzione sabiniana (nel senso dell'esperibilità dell'azione contrattuale) a quella – accolta dal giurista severiano – dell'*agere praescriptis verbis*»; sospetti su Paul. 5 *quaest*. si trovano diversamente (e comprensibilmente, tenuto conto dell'adesione alle idee di Ferrini) in R. FIORI, *La definizione* cit., 238 nt. 184, ove sembra prendersi in considerazione l'ipotesi di un'alterazione postclassica. Quanto a Paolo, non è di alcuna utilità invocare Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.22.1 '*Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est*', trattandosi di brano che ha piuttosto attinenza con la questione agitata in Gai 3.147, della c.d. *conventio cum aurifice*, su cui vol. II, cap. IV § 2.1. Non ci pare pertanto si possa seguire P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 169 nt. 2, là dove intravedeva una contraddizione rispetto a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, benché lo studioso finisse comunque per ridimensionare il rilievo del brano («deve essere interpretata con molte restrizioni»), svalutando peraltro l'esistenza stessa di un reale contrasto. Su Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.22.1 vd., con letteratura, R. FIORI, *La definizione* cit., 222 s. e ivi nt. 128, il quale difende il brano dai sospetti di interpolazione suscitati dal tono generalizzante delle affermazioni paoline («qui egli si sta preoccupando di distinguere tra *emptio* e *locatio*, non di formulare regole assolute»).

[47] In questo senso («ai tempi di Gaio […] la cosa non doveva essere ancora pacifica») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 169 nt. 2; così anche TH. MAYER MALY, *Locatio conductio* cit., 129 ss.; K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 271 («Die strenge Auffassung hat sich am Ende der Klassik anscheinend durchgesetzt»). Non sembra però che a favore di tale ipotesi si possa invocare I. 3.24.2 '[…] *Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus*', riferendosi il brano, come si è detto, alla più specifica e problematica questione dello scambio d'uso.

[48] Così, in qualche modo, già G. LOPEZ MADERA, *Animadversionum* cit., 74 ss., ove si distin-

In quest'ordine di idee non sarebbe, riteniamo, azzardato ipotizzare un'adesione da parte di Giuliano al principio della *merces nummaria*: a favore di tale ipotesi sembra deporre del resto proprio la testimonianza che si sta qui esaminando.[49] Non si spiegherebbe altrimenti perché Giuliano non abbia preso in

gue, com'è noto, tra *locatio faciendi* e *fruendi*: «In locatione […] faciendi necessarium est, ut merces constituatur in pecunia numerata: & in locatione fruendi, in fructibus, aut alia quacunque (sic) re constitui potest»; con una soluzione che venne poi ripresa in F.C. ESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien*, Band 4.1, Greifswald 1832, 155 ss. («Bei der Locatio-Conductio rerum kann die merces auch […] in alia re bestehen […] wenigstens überhaupt in fungibeln Sachen bestehen»). Critiche si trovano («non è affatto sostenibile»), naturalmente, in C. FERRINI, *La colonia partiaria* (*Opere* 3) cit., 16. Si interroga sul punto, lamentando l'assenza di elementi sufficienti per dare soluzione al quesito, M.A. LIGIOS, *CIL. IV, 9591* cit., 219.

[49] Non sembra che in senso contrario possa invocarsi Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1, secondo quanto invece sostenuto da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 203 e ivi nt. 146. Dal brano si evince chiaramente come sia attribuibile (anche) a Giuliano il solo caso della locazione reciproca con *merces nummaria* (*inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus*), essendo invece la seconda ipotesi di locazione reciproca con compensazione di frutti *mercedis nomine* (*ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur*), una chiara aggiunta di Africano (*ita quaeremus, si proponatur* […]), ammesso che sia da ritenersi genuina: Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1 *Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem notat, sed tamen etiam Servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur*. Seppur con cautela, si orienta per un'attribuzione ad Africano R. FIORI, *La definizione* cit., 232 s., che da parte sua difende la genuinità della chiusa in cui è introdotta la seconda fattispecie; per una diagnosi interpolazionistica vd. invece TH. MAYER MALY, *Locatio conductio* cit., 132 s.; J.A.C. THOMAS, *D. 19.2.35.1*, in BIDR 74, 1971, 86 s. Sempre con riferimento al brano, non ci pare sussistano elementi specifici per ritenere insiticio il riferimento alle parole *certo pretio*, secondo quanto variamente congetturato in dottrina sulla scia di J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII*, in *Opera* IV cit., (*Ad Lex Et haec distinctio 35*), 353 («puto […] componendi dissidii causa Tribonianum in hoc §. de suo haec verba inseruisse, Certo pretio, quibus insertis, nulla relinquitur dubitatio»); così TH. MAYER MALY, *Locatio conductio* cit., 132; K.H. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 281 s., perlomeno nel caso in cui si dovesse intendere l'espressione come riferentesi a una *merces* pecuniaria («Falls certo pretio hier allein auf eine merces in Geld hinweisen will, so handelt es sich um eine Interpolation der Kompilatoren, weil bei ihnen der Zins nur in Geld bestehen kann»); in senso contrario vd. A. WATSON, *The Law of Obligations* cit., 102 s.; l'ipotesi è respinta («non persuade») anche da R. FIORI, *La definizione* cit., 233 s. In relazione alla possibilità che la frase '*ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur*' alluda a convenzione modificativa di rapporto per il quale

considerazione la *locatio-conductio* (*operis*) neppure in presenza di una consegna non traslativa dell'area da edificare: vedremo, infatti, che anche di fronte a tale eventualità il giurista si orienterà pur sempre verso il modello societario. Il che fa certo riflettere, pure a voler tenere conto di quelle zone grigie esistenti tra i due modelli contrattuali.[50]

Occorre ulteriormente osservare che il testo non ci mette nella condizione di stabilire quale soluzione avrebbe adottato Giuliano nel caso, certo differente, in cui le parti avessero previsto un prezzo per il trasferimento (da ritenersi inferiore rispetto al valore di mercato) 'incrementato' dall'obbligo del compratore di costruire ed infine trasferire parte di un edificio al venditore. Al riguardo possiamo solo dire che per la fattispecie appena descritta Pomponio (Pomp. 9 *ad Sab*. D. 19.1.6.2)[51] riteneva ammissibile l'impiego dell'*actio ex empto*, al duplice fine di costringere il compratore a costruire l'*insula* e di trasferirne parte della proprietà, una volta che si fosse proceduto alla sua edificazione (*ut aedificatam mihi retradas*),[52] con una soluzione che peraltro viene prospettata come del tutto pacifica (*verum est* […] *constat*).

Fatte queste precisazioni, e con i dubbi che pur permangono, è il caso di proseguire con la lettura di Ulp. 30 *ad Sab*. D. 19.5.13.1 osservando che il giurista adrianeo[53] passava a occuparsi di una differente ipotesi che, come vedremo,

---

si era inizialmente convenuto il pagamento di una *merces* in denaro, sulla falsariga di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.3, vd., in senso condivisibimente negativo, R. FIORI, *La definizione* cit., 234 s.

[50] Si pensi al caso della *colonia partiaria*: sugli incerti confini tra locazione parziaria e *societas* vd. *supra* nt. 29. Sulle affinità tra i due istituti vd. anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 354.

[51] Pomp. 9 *ad Sab*. D. 19.1.6.2 *Sed si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est, et ut aedifices, agere me posse ex vendito, et ut aedificatam mihi retradas; quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat*. Sul brano vd. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 137; più di recente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 365, il quale pensa ad azionabilità di obbligazioni accessorie intese quali *pacta adiecta* tutelabili in base alla clausola di buona fede.

[52] Nonostante il modo di esprimersi del brano (*tradidi*) è opinione consolidata che anche in questo caso fosse previsto un duplice trasferimento di proprietà (*retro-das*). Così, in sostanza, anche se la questione non è specificatamente affrontata, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 365.

[53] Non vi è motivo di credere che a introdurre il caso del *puer docendus* sia stato Ulpiano, secondo quanto sostenuto («Ulpien ajoute: *sed si puerum* […]») da E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 152 nt. 2, in assenza però di motivazioni e in chiaro contrasto col tenore letterale del brano, anche dal solo punto di vista sintattico-grammaticale (*sed si* […] *abhorrere* […] *pertinere*);

avrebbe assolto il compito di introdurre un elemento di novità rispetto alla fattispecie appena delineata.

Ego affida a *Tu* un giovane schiavo al quale deve essere impartita un'adeguata educazione, con l'intesa che *Tu*, trascorso un certo numero di anni, e quindi deve intendersi una volta che il servo fosse divenuto adulto e istruito, procedesse alla vendita, dividendone il ricavato con *Ego*: le medesime considerazioni varrebbero in caso di *pecus pascendum*.

Tiene a chiarire Giuliano che, a differenza della vicenda dell'*area* prima esaminata, qui non si è in presenza di un trasferimento di proprietà, con la significativa conseguenza (*igitur*) che nel rapporto sarà possibile scorgere i tratti tipici di una *societas*, soccorrendo così in favore del soggetto affidante (*Ego*) l'*actio pro socio*. Se però *Ego* non si è limitato a effettuare una mera consegna del *puer docendus* (*vel nutriendus*), ma ha anche provveduto a trasferirne (integralmente) la proprietà, varranno le stesse considerazioni già espresse in precedenza. Ed è così che, nell'impossibilità (sottintesa) di esperire l'*actio pro socio*, il giurista adrianeo prospettava il ricorso a un'*actio in factum* (*in factum putat actionem Iulianus dandam*), nel testo qualificata *praescriptis verbis*,[54] con una soluzione che, per quanto non affermato espressamente, doveva ritenersi naturalmente applicabile anche all'ipotesi iniziale dell'*insula aedificanda*.

Il lungo ragionamento serviva al giurista per concludere che anche nel caso dell'*aedificatio insulae* si sarebbe venuto a configurare un rapporto societario se, anziché procedere a un (integrale) trasferimento di proprietà, le parti si fossero piuttosto limitate a una condivisione dell'area da edificare (*ut communicaretur vel ipsa*) o del prezzo ricavato dalla sua vendita una volta edificata (*ut communicaretur* […] *vel pretium*),[55] o ancora a un trasferimento solo parziale dell'*area* su cui edificare.[56]

---

sempre per l'attribuzione a Ulpiano vd., in tempi più recenti, J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad* cit., 132.

[54] In proposito v. *infra* § seg.

[55] Al riguardo vd. però quanto avremo modo di osservare nel § seg.

[56] Che gli ultimi due periodi appartengano a Ulpiano è sostenuto da P. VOCI, *La dottrina* cit., 269.

1.1. Prime valutazioni su struttura narrativa e genuinità del testo. Logica solutiva di tipo paradigmatico. *Actio in factum* (*id est p.v.*): *formula in factum concepta* o *actio in factum* (*civilis*)? Lo stato della questione.

Questo il brano ulpianeo. Se non è irragionevole credere, come è stato sostenuto da Gallo, che l'originale discorso giulianeo sia andato incontro a un intervento di sunteggiatura, magari ad opera di Ulpiano prima ancora che da parte dei commissari giustinianei,[57] non ci sono però elementi specifici che avvalorino l'ipotesi portata avanti dallo studioso, secondo la quale i compilatori avrebbero soppresso la parte del brano in cui Giuliano sarebbe stato chiamato a valutare, con esito negativo, la sussistenza di eventuali analogie della fattispecie con uno specifico tipo contrattuale. Operazione che, a seguito dell'intervenuta codificazione edittale, si sarebbe resa necessaria al fine di stabilire se accordare in via utile le azioni previste nell'editto, previo adattamento mediante *praescripta verba*, o se invece suggerire il ricorso a un'*actio in factum* pretoria in senso stretto.[58]

Così come, per altro verso, non vi sono elementi che più in generale debbano indurre a ritenerlo di fattura bizantina.[59] Tale certamente non può considerarsi l'impiego della locuzione '*areae meae dominium dedero*' ('*puerum tui domini fecero*'), la quale, se certamente inusuale e apparentemente superflua tenuto conto del significato tecnico che il verbo *dare* finì per assumere nel pieno dell'epoca classica, già di per sé indicativo di una consegna traslativa di proprietà,[60] nel caso di specie sembra trovare un'adeguata giustificazione nell'esigenza di tenere il più possibile differenziate le ipotesi contemplate, da quelle in cui al contrario veniva a realizzarsi una semplice consegna della *res*. Basterebbe pensare, da questo punto di vista, a Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.20,[61] in cui è certo da

[57] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 195 nt. 41, per il quale l'originaria scrittura giulianea sarebbe «passata attraverso due filtri: la citazione di Ulpiano […] e l'utilizzazione dei giustinianei».

[58] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 196 e ivi nt. 43.

[59] Per la genuinità dell'intero brano, fatta eccezione ovviamente per l'inciso *id est praescriptis verbis* (dato l'orientamento generale dell'autore sul tema dei contratti innominati) vd. già P. VOCI, *La dottrina* cit., 269 («è da ritenersi genuino in ogni sua parte»).

[60] Sul significato del verbo vd., vol. II, cap. IV § 7, nt. 407; con indicazione della letteratura meno recente, F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, 17 ss. nt. 13.

[61] Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.20 '*Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo quo, cui id fieret; aliter atque si aream*

escludere che il modo di esprimersi lì di Sabino (*si aream darem, ubi insulam aedificares*)[62] voglia alludere a una consegna traslativa dell'area da edificare.[63] Per le stesse ragioni sembrano eccessivi i sospetti avanzati sulla parte finale del brano, per via di certe e ben note riserve espresse soprattutto in passato in relazione alla possibilità di riferire già al pensiero dei giuristi classici l'elaborazione dogmatica dell'idea di trasferimento della proprietà.[64]

A una prima lettura, qualche perplessità sembrerebbe discendere sotto il profilo della linearità espositiva, se si pensa che la trattazione della fattispecie dell'*insula aedificanda* con la quale si apre il resoconto ulpianeo rimane in qualche modo in sospeso, senza che si accenni minimamente alla soluzione adottata in proposito da Giuliano. Il punto di vista del giurista verrà infatti riferito solo dopo che si sarà proceduto con l'esame del caso del *puer docendus* (o *pecus pascendum*), nelle due varianti di cui già si è detto, e peraltro in una maniera che,

---

darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur'. Sul brano vd. vol. II, cap. IV. § 2.1.

[62] Per un'attribuzione a Sabino anche della seconda parte del frammento (*aliter-proficiscitur*) vd. condivisibilmente R. FIORI, *La definizione* cit., 191 ss., il quale segnala l'appartenenza al lessico sabiniano del sostantivo '*substantia*', in contesti d'uso che evidenzierebbero una vicinanza alle prospettive teoretiche dello stoicismo (della *substantia* οὐσία o ὑπόστασις); sul brano vd. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR 62, 1959, 90 ss.; G. CERVENCA, *In tema di locatio conductio. A proposito di un recente studio*, in Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell'Univ. di Trieste 9, 1963, 9 ss.; B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., Inst. 3.147*, in RDR 3, 2003, 5 ss., con indicazioni bibliografiche.

[63] Esclude qui un passaggio di proprietà dell'area già P. ROSSI, *Locatio conductio operis irregularis*, in Studi senesi 7, 1890, 194, per il quale il proprietario dell'area avrebbe acquistato la proprietà del manufatto per accessione; così, tra gli studiosi recenti, anche R. FIORI, *La definizione* cit., 191 ss. A dispetto di quanto si ritiene solitamente in dottrina, non sembra proprio che il brano abbia a che fare col tema della compatibilità del trasferimento del dominio con la locazione. Proprio per tale ragione non crediamo si possano trarre seri argomenti per ricostruire la posizione di Sabino al riguardo. Certamente non vi sono elementi per giungere alla conclusione che sarebbe stato il giurista a fare del trasferimento del dominio un criterio discretivo tra locazione e compravendita: così invece, come si è visto, R. FIORI, *La definizione* cit., 191 ss., 202 s.

[64] Così P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 183 s., che, d'altra parte, aveva già preso posizione per l'origine glossematica della parte finale del brano (a partire dalle parole *ergo si quis*) in ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 17. Sulla più ampia questione del trasferimento della proprietà si rinvia, per un punto di vista differente rispetto a quello di de Francisci, a P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*, Milano 1952, passim; F. GALLO, *Studi sul trasferimento* cit., passim, con ampio resoconto del dibattito dottrinale dell'epoca; di recente, con limpida esposizione della questione, vd. S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 81 ss.

per certi versi e a una prima impressione, potrebbe apparire singolare, visto che l'affermazione di Giuliano, per cui nell'ipotesi di *puer docendus* avvenuto con trasferimento di proprietà (*si puerum domini tui fecero*) si sarebbe egli pronunciato nella stessa maniera del caso dell'*area aedificanda* (*idem se, quod in area, dicturum*), parrebbe non trovare precisi riscontri nella parte precedente del brano, non essendo stata ancora indicata alcuna soluzione.

L'opinione del giurista verrà infatti riportata per la prima volta nel tratto immediatamente seguente. Ciò potrebbe indurre a ipotizzare un diverso ordine espositivo, anticipando la collocazione del tratto in questione, ponendolo magari subito dopo '*desinit*' e prima di '*sed puerum docendum*' con cui si introduce, come si è detto, l'analisi della seconda fattispecie:

Iulianus libro undecimi digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse […] *neque mandatum* […] *neque societatem. Quid ergo est? In factum putat actionem Iulianum dandam, id est praescriptis verbis. Sed si puerum docendum, vel pecus pascendum tidi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur* […] *competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area, dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere ...*

Si tenga inoltre conto che un ordine espositivo ancora differente si trova documentato in

Bas. 20.4.13 (Hb. II 381 = Schelt. A III 1010): Ἐὰν δώσω σοι δεσποτείαν ἐδάφους, ἐφ᾽ ᾧ κτίσαι καὶ δοῦναί μοι μέρος τοῦ οἴκου, χώρα τῇ περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγῇ. οὐ γὰρ τῇ περὶ πράσεως, ἐπεὶ τὸ μέρος τοῦ πράγματός μου λαμβάνω[65] […] Τὰ αὐτὰ λέγομεν, κἂν παῖδα θρεπτέον[…]

Hb. II 381: Si tibi areae meae dominium dedero ea lege, ut aedificares, et partem aedificii mihi dares, locus est praescriptis verbis actioni: non enim ex empto actioni locus est, quia partem rei meae recipio […] eadem dicimus, et si puerum docendum

[65] L'intera frase 'οὐ γὰρ-μου λαμβάνω' non è presente nell'edizione di Scheltema (Schelt. A III 1010), con una circostanza che comunque non incide ai fini del presente ragionamento.

Qui la decisione di Giuliano (di accordare l'*a.p.v.*) viene addirittura anteposta al tratto '*neque emptionem-desinit*', in cui si trovano esplicitate le argomentazioni che, come si ricorderà, avevano impedito l'inquadramento della fattispecie all'interno di uno dei tre contratti tipici.

I rilievi evidenziati, unitamente al diverso tenore della fonte bizantina, non sono però tali da legittimare l'ipotesi di un intervento sulla struttura narrativa del brano, che in ogni caso sarebbe privo di seri riflessi sulla genuinità sostanziale della testimonianza. Peraltro, il richiamo da parte di Giuliano alla posizione assunta riguardo al caso dell'area ('*idem se, quod in area, dicturum*'), non deve essere inteso, come si potrebbe essere indotti a ritenere, con riferimento alla soluzione processuale (come si è detto non ancora indicata), ma a quella sostanziale di negare la configurabilità del contratto di società, con annesso profilo motivazionale: *Iulianus libro undecimi digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas* […] *neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit.*

Quanto poi alla segnalata deviazione rispetto al ῥητόν, essa sembra piuttosto trovare adeguata spiegazione nel quadro del più generale intervento di sintesi e trasformazione cui andarono incontro i brani della compilazione giustinianea da parte dei *repurgatores*, senza che occorra anche qui ipotizzare il ricorso a un materiale di diversa tradizione, secondo quanto variamente congetturato per altri casi.[66]

---

[66] Per un impiego di materiale classico da parte dei giuristi bizantini vd. I. ALIBRANDI, *Dell'utilità* (*Opere* 1) cit., 49 ss.; C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria* cit., 83 ss.; soprattutto S. RICCOBONO, *Gli scolii sinaitici. Frammento di un commentario greco all'opera di Ulpiano ad Sabinum elaborato nelle scuole d'Oriente del V secolo e riveduto dopo la compilazione di Giustiniano*, in BIDR 9, 1896, 272 ss.; ID., *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in BIDR 18, 1907, ora in *Scritti di diritto romano* 1. *Studi sulle fonti*, Palermo 1957, 399 ss.; ID., *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del "Corpus iuris civilis"*, in *Mélanges H. Fitting* 2 cit., 463 ss.; A. GUARINO, *I digesti e la summa dell'"Anonimo'*, in SDHI 5, 1939, 273 ss., ora in ID., *Pagine di diritto romano* IV, Napoli 1994, 494 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustinianea e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano 1946, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 102 ss. L'idea di una disponibilità di materiale classico da parte dei giuristi bizantini, per il tramite, magari, di elaborazioni scolastiche pregiustinianee, ha fatto presa su un ampio numero di studiosi. In proposito, ci limitiamo a segnalare, con riferimento alla materia qui affrontata, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 47 s.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio* cit., 138 s., ove si torna a ipotizzare una conoscenza, da parte di Stefano, della formula dell'*a.p.v.*; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 185 s.; J. D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para el estudio*

Senza potersi certo escludere che il differimento della soluzione sia dipeso da una precisa scelta espositiva effettuata da Giuliano (più che da Ulpiano), volta, per così dire, a determinare uno stato di tensione retorica, col proposito di tenere viva sino alla fine l'attenzione del lettore, va in realtà osservato che, a ben vedere, la trama narrativa sembra rispondere a precise esigenze argomentative che evidenziano un modo di procedere per casi paradigmatici. In sostanza, il richiamo a un caso (ritenuto evidentemente) non controverso viene utilizzato dal giurista (non senza forzature, in verità) come punto di partenza dal quale muovere per la soluzione di un caso problematico simile o comunque ritenuto tale,[67] in un percorso esplorativo potenzialmente senza fine, secondo i meccanismi propri (e già evidenziati) del ragionamento per analogia. Si tratta di circostanza non trascurabile, in quanto induce ragionevolmente a ritenere che il giurista adrianeo si trovasse qui ad operare secondo modelli argomentativi che prescindevano dall'impiego di una nozione generale di contratto, qualunque essa fosse.[68] Constatazione che naturalmente non consente di escludere il ricorso, altrove, a logiche argomentative diversamente operanti attraverso l'utilizzo, in via sillogistico-deduttiva, della generale categoria contrattuale o di sue articolazioni interne (συνάλλαγμα).

Riserve si possono semmai esprimere sul modo in cui è formulata la proposizione *ut communicaretur vel ipsa vel pretium* nella chiusa del brano, in cui il duplice uso della congiunzione '*vel*' (in funzione disgiuntiva), nell'attribuire autonomia concettuale alla *communicatio pretii*, rispetto alla *communicatio areae*,

---

del derecho romano en el pensamiento de Riccobono, in M. VARVARO (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi* (Palermo, 29-30 marzo 2019), Palermo 2020, 130. In senso critico vd. invece H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, Leipzig 1913, 36 ss.; J.M. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos 1. Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, Heidelberg 1937; e soprattutto H.J. SCHELTEMA, *De antiquae iurisprudentiae reliquiis in libris byzantinis oblectamentum*, in TR 17, 1941, 412 ss.; ID., *Les sources du droit de Justinien dans l'Empire d'Orient*, in RHD 29, 1952, 2 ss.

[67] Non si possono certo ignorare i significativi elementi di discontinuità tra le due vicende negoziali, tra le quali certo spicca il fatto che nel caso del *servum docendum*, a differenza dell'*insula aedificanda*, non essendo per ovvie ragioni pensabile un ritrasferimento parziale della *res* costituente il capitale sociale (lo schiavo), è piuttosto previsto il trasferimento della metà dei *nummi* ricavati dalla vendita del servo (*pretium inter nos communicaretur*).

[68] Diversamente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37 s., il quale pensa a una rigorosa applicazione da parte di Giuliano della logica aristoniana del sinallagma commutativo (*datio ob rem*), strutturalmente incompatibile con vicende negoziali che, al pari di quella presa qui in esame, erano piuttosto configurate secondo il differente paradigma del sinallagma associativo.

quale elemento di per sé giustificativo di una riconduzione della vicenda all'interno dello schema societario, si pone in contrasto col principio posto in premessa, in base al quale doveva escludersi una *societas* in presenza di un trasferimento integrale dei beni 'societari'. Va da sé che la sola *communicatio* del *pretium* (in assenza di contestuale *communicatio* dell'area o trasferimento parziale) non avrebbe potuto costituire agli occhi di Giuliano una deviazione (dal caso prospettatogli) tale da risolvere i rilievi da lui stesso poco prima sollevati (*nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*). Ciò non significa, però, che si debba giungere alla conclusione di un'alterazione sostanziale del brano.

Piuttosto deve credersi a una malriuscita opera riassuntiva dell'originario discorso giulianeo, in cui è del tutto legittimo ritenere che il giurista, per le sollecitazioni derivanti dal caso del *puer docendus vel nutriendus* (*puerum nutriendum, ita ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur*), si fosse premurato di precisare come, in presenza di una *communicatio* dell'area, si sarebbe rimasti nel contratto societario anche (e maggior ragione) nel caso in cui le parti avessero deciso di procedere a una vendita dell'*insula aedificata*, con successiva divisione del prezzo ricavato, diversamente dunque dalla fattispecie posta alla sua attenzione, in cui ci si era piuttosto accordati per una retrodazione parziale dell'area.

Da respingere in ogni caso l'ipotesi che l'intero tratto finale, a partire dalle parole '*ergo si*', rappresenti un glossema ripetitivo (ma si dovrebbe più propriamente dire: impreciso) di quanto «affermato precedentemente»[69] o peggio la maldestra annotazione di un ignoto glossatore postclassico disabituato a distinguere la *societas* (*consensu contracta*) dalla *communio*.[70]

Più seri sono invece i sospetti che gravano da tempo sull'inciso *id est praescriptis verbis*, con il quale si tende a porre un'identificazione con l'*actio in factum* giulianea. Se si prescinde ovviamente dal punto di vista degli autori più an-

---

[69] Così, come si è detto, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 179; in senso contrario M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 140 nt. 371, il quale ritiene non superflua «die hypothetische Feststellung des Julian».

[70] Così V. ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 4 cit., 364 s., ad avviso del quale, dietro il modo di esprimersi dell'autore della glossa (*sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium* […]) si nasconderebbe l'emersione di un nuovo modello teorico di *societas* slegato dal consenso, in grado di assorbire anche l'istituto della *communio*: con delle conclusioni che è però davvero eccessivo voler fondare sulla frase in questione, alla quale non sembra si possa proprio riconoscere il rilievo attribuitole invece dall'illustre studioso («nell'esempio finale l'elemento del consenso si volatilizza»).

tichi[71] e fatte salve rare eccezioni,[72] all'interno delle quali è stata presa in considerazione anche la poco probabile ipotesi di una precisazione ulpianea,[73] gli studiosi sono normalmente orientati a considerarlo spurio,[74] dovendosi al più discutere se ci si trovi in presenza di un'intrusione compilatoria[75] o di un semplice glossema.[76]

Ciò non impedisce però di ritenere che con quest'ultima espressione Giulia-

---

[71] Così ad es. J. CUJACIUS, *In Lib. XIII digestorum Salvii Iuliani*, in *Opera* III cit., (*Ad § Julianus L. XIII. De praescript. verb.*), 802 («recte dicebat Julianus esse actionem praescriptis verbis»); per la dottrina della prima metà dell'800 si veda ad es. K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., 341 nt. *k*.

[72] J. KRANJC, *Die actio* cit., 455, il quale avanza anche qui la congettura di una soppressione della parte in cui dovevano essere riferiti i *praescripta verba* concretamente formulati da Giuliano: con un'ipotesi formulata, però, senza alcuna valutazione della fattispecie e senza tener conto dei rilievi avanzati in dottrina sulla genuinità del brano; un'apertura («Kann […] echt sein») si rinviene anche in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141 nt. 376, su cui vd. *infra* nt. seg.; così più recentemente, in considerazione anche del frequente impiego del costrutto '*id est*' all'interno del manuale gaiano, A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 34 s., per il quale al «sintagma "*id est*"» non andrebbe attribuito «il mero significato esplicativo più comune di "cioè"», quanto quello di «"nel senso di"».

[73] In questo senso già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 271; più recentemente, non senza oscillazioni e comunque cautamente, A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 79, 85: «aggiunta, più che ulpianea, insiticia […] con l'aggiunta presumibilmente compilatoria (o dello stesso Ulpiano) *id est praescriptis verbis*»; per una possibile attribuzione a Ulpiano pure M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141 nt. 376. In proposito vd. *infra* in questo stesso §.

[74] Così («certamente non giulianeo è qui il confronto fra *actio in factum* e *praescriptis verbis*») A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 243; J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad* cit., 131 s. («síntoma evidente de la corrupción del texto»); N. HAYASHI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York etc. 1993, 183; ulteriori indicazioni alle ntt. 77-78.

[75] In quest'ottica F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 77; A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 nt. 1; J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 76; J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 87; A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 52; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 178 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 38 e ivi nt. 2; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 141 s. e ivi nt. 1; J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67 e ivi nt. 16; con cautela («presumibilmente compilatoria») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 33, 58; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 159 nt. 127; così, se non ci si lascia sviare dalla formulazione espressiva impiegata («glossema esplicativo-omologante»), R. FERCIA, *Il fieri* cit., 36; G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 80.

[76] In tal senso («ha tutta l'aria di essere una glossa») M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 737, su cui vd. *infra* nt. 78; di una «maldestra aggiunta» discute M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 271.

no intendesse riferirsi, più che a un'azione pretoria in senso stretto,[77] a un'azione civile decretale, secondo quanto anche in tempi non molto distanti è stato suggerito da Burdese, il quale nell'eventuale fattura bizantina dell'inciso '*id est praescriptis verbis*' non intravedeva un serio ostacolo all'eventualità che «Giuliano pensasse ad un'*actio in factum* da concedersi a somiglianza delle azioni previste a tutela di contratti consensuali, e quindi con *intentio* di buona fede, sulle orme di Labeone».[78]

Del resto, un impiego della locuzione nel senso ipotizzato è quasi unanimemente ammesso nella dottrina più recente,[79] la quale, com'è noto, ha da tempo abbandonato l'idea, formatasi sulla scorta di Gai 4.46, che non ammetteva azioni *in factum* che non fossero al contempo con *formula in factum concepta* («jede *actio in factum* besitzt eine *formula in factum concepta*»).[80] Si è anzi fatto

---

[77] In quest'ordine di idee vd. ad es. A. PERNICE, *Die Lehre* cit., 91; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 254 nt. 1; A. GIFFARD, *Les Maîtres de Beyrouth et l'action praescriptis verbis*, in *Mnemosyna Pappulias* cit., 143 ss. = ID., *Études* cit., 187 nt. 29; J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67 e ivi nt. 16; si orienta per un «rimedio interamente pretorio» R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37 s., che, come si è accennato, giustifica la decisione del giurista col fatto che «in questo caso non si ravvisa affatto una *datio ob rem* nel senso indicato da Aristone», 38: «E poiché nel caso in esame viene in rilievo proprio un συνάλλαγμα associativo, non sussistono i presupposti per applicare la soluzione di Aristone: l'*actio in factum* consegue, semmai, al mancato riconoscimento della fattispecie contrattuale in chiave civilistica per via del non-senso procedimentale mediante il quale le parti si sono, senza una plausibile ragione, discostate da una figura tipica economicamente equivalente»; così anche G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 81; ad un'azione *in factum* (*utilis*), ma non pretoria in senso stretto, nel senso già chiarito (cap. I § 2), pensava C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 272: («il donnait simplement une action *in factum* analogue à l'action *pro socio*»).

[78] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 33; ID., *Osservazioni* cit., 140 s.; una cauta apertura si registra anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 737 («ci si muove in ambito, si direbbe, labeoniano»), su cui vd. *supra* nt. 76.

[79] Fa eccezione M. SARGENTI, *Labeone* cit., 59; ID., *Actio civilis in factum* (2006) cit., 244 ss., il quale condanna l'ipotesi di una duplicità di significati della locuzione ('*actio in factum*') come una «brillante escogitazione», sulla quale peserebbe però l'assenza di una «concreta base testuale». Per ulteriori indicazioni vd. nt. seg.

[80] Così G. WESENER, *Utiles actiones in factum*, in *Studi E. Betti*, IV, Milano 1962, 503; dello stesso autore vd., ancor prima, ID., *Actiones ad exemplum*, in ZSS 75, 1958, 221. Negli stessi termini vd., in aggiunta a Savigny di cui si dirà *infra* in nt. 86, K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 1,[7] Marburg-Leipzig 1863, 195; A.A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum* cit., 124 nt. 5; contesta l'impiego della locuzione *a. in factum* per indicare l'*a.p.v.*, essendo quest'ultima azione civile e non pretoria, CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 92; contrario all'ipotesi che l'espressione *actio in factum* potesse indicare sia l'azione civile sia quella preto-

notare, da questo punto di vista, che nel distinguere le azioni pretorie in senso stretto da quelli civili Gaio usi l'espressione *formula in factum*, anziché *actio in factum*, con una precisa opzione terminologica, che, si è detto, sarebbe stata dettata dall'esigenza di tenere quanto più possibile distinte le due nozioni, in modo da non ingenerare l'equivoco che ad ogni *a. in factum* dovesse necessariamente corrispondere una *intentio in factum*,[81] con un'osservazione che, se non va certo sopravvalutata,[82] non può essere però nemmeno del tutto ridimensionata: salvo che non si voglia prendere in considerazione la poco verosimile ipotesi di un'o-

---

ria, A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 47, il quale si interrogava su come ciò fosse possibile «alors que les juriconsultes discutaient précisément si c'était l'action civile ou l'action *in factum* qui devait être donnée […] Comment croire qu'un même terme pût servir à exprimer les deux doctrines contraires […] ?»; sempre per la negativa P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 35 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni* 2[2] cit., 89 nt. 1 («nuovo concetto di *a. in factum*, ignoto ai classici»); PH. MEYLAN, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne 1919, 109 e ivi nt. 1 («les mots "*in factum*" se rapportent toujours en droit classique à l'*intentio* de la formule»), 128; A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, in IVRA 20, 1969, 57 s.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 206 s.; G. THIELMANN, *Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der Lex Aquilia*, in *Studi A. Biscardi* II, Milano 1982, 304; A.F. BARREIRO, *Las fuentes* cit., 42; A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt 1999, 20 ss., 43, 74 nt. 31.

[81] Così soprattutto R. SANTORO, *Il contratto* cit., 100 s. («Gaio […] ha cura di parlare appunto di *formula in factum*, non di *actio in factum*»).

[82] Non si può tacere che si tratta di interpretazione la cui reale forza probatoria viene in qualche modo ad attenuarsi se inserita nella cornice di una più ampia valutazione sul lessico compilatorio e soprattutto gaiano in tema di azioni. Da questo punto di vista non si può non considerare (ed è ben risaputo) che l'espressione *formula in factum*, impiegata da Gaio, non è mai documentata nel *Corpus iuris* e che soprattutto in Gaio non vengono mai adoperate le espressioni *actio* o *iudicium in factum* invece variamente attestate nel Digesto, soprattutto la prima, a lungo considerata una delle espressioni linguistiche predilette dai compilatori (così H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 295; H. KRÜGER, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 471; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 43 s.). Ciò significa, messi naturalmente da parte i sospetti sulla classicità della denominazione *actio in factum* (*infra* nt. seg.), non si può essere del tutto sicuri che il ricorso all'espressione *formula in factum* da parte di Gaio rispondesse a una precisa e motivata scelta lessicale, determinata proprio dall'esigenza di tenere rigorosamente separate le due prospettive. In un ordine di idee non molto differente da quello di Santoro, vd. più recentemente P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 36, il quale spiega il silenzio gaiano sulle «klageerweiternden *actiones in factum*» (e il ricorso piuttosto al concetto di *actiones utiles* come «Oberbegriff»), con l'esigenza di scongiurare tensioni interpretative rispetto alla distinzione posta in Gai 4.45 ss. tra formule *in ius* e *in factum* (*conceptae*).

rigine bizantina dell'espressione *a. in factum* giudicata eccessiva anche da buona parte della critica interpolazionistica.[83]

Si è così tornati ad abbracciare il punto di vista che (come si è visto) si era da tempo consolidato prima del rinvenimento del manoscritto gaiano[84] e che aveva provato con fatica a resistere negli anni immediatamente successivi.[85] Peraltro, lo stesso Savigny, che pure figurava tra i principali e autorevoli sostenitori della

---

[83] Così («‚actio in factum' nicht nothwendig byzantinisch ist, sondern schon bei den Klassikern vorkam») H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 295 ss., che pure aderiva all'idea di una predilezione bizantina per l'espressione *a. in factum* («Lieblingsausdruck»); negli stessi termini P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 43 ss., 45 nt. 1. Ciò ovviamente non significa che i commissari non siano in varie occasioni intervenuti a rimpiazzare originari riferimenti a *iudicia* o *fomulae in factum* con la 'loro' *actio in factum*: in questo senso vd. M. TALAMANCA, *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR 64, 1961, 255 e ivi nt. 24, che d'altra parte rivendica la classicità dell'espressione *a. in factum* per indicare l'azione decretale, ritenendo anzi questo il significato più genuino della locuzione («*Actio in factum* ha […], nella terminologia classica, il significato prevalente, se non esclusivo, di *actio decretalis*»). Emblematico da questo punto di vista potrebbe rivelarsi il confronto tra la parte conclusiva di Ulp. *l. sing. reg.* D. 44.7.25.1 ('[…] *in factum actio* dicitur qualis est exempli gratia *actio* qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit') e Gai 4.46 ('qualis est *formula* qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit') sul quale da tempo è stata richiamata l'attenzione in dottrina: in proposito vd. H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 299, ove si respinge l'ipotesi di un'interpolazione (vd. anche vol. II, cap. V nt. 217); in senso contrario H. KRÜGER, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 471; A. AUDIBERT, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in NRHD 24, 1900, 264; per un originario riferimento alla *formula* vd. G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 17 nt. 5. Sul brano di Ulpiano vd. vol. II, cap. V § 5.

[84] F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis* cit., 611 («omnes & recte conveniunt, actionem in factum, esse generalem, & comprehendere omnes actiones, quae competunt ex contractu, tam civiles quam praetorias, & omnes quae nascuntur ex delictis»); SCIPIO GENTILIS, *Disputatio de actionibus in factum. Thesis III*, in *Opera omnia in plures tomos distributa. Tomus octavus*, Neapoli 1769, 310; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 155.

[85] Così, ancora dopo il rinvenimento del *codex Veronensis*, J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 40; J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 45; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 1 cit., 362, 364 lett. *d*); F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation* cit., 252 s. nt. 17; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 333 ss.; C.F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch der Institutionen*[1] cit., 55 («In einer weiteren Bedeutung heißen aber in factum actiones alle Klagen, wofür keine bestimmten Formen […] im Edict aufgestellt waren»); F. MACKELDEY, *Lehrbuch des Römischen Rechts. Erster Band*,[13] Wien 1851, 221; J. BARON, *Pandekten*[1] cit., 182; per un uso dell'espressione *a. in factum* in contrapposizione a programma di giudizio edittale vd., con richiamo a Pap. 8 *quaest*. D. 19.5.1 pr., E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 2 cit., 146 ss.; J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 78.

identificazione tra azioni *in factum* e azioni con *formula in factum concepta*,[86] faceva comunque salvo il caso delle *actiones in factum civiles*,[87] ove con la locuzione *in factum*, com'è ben risaputo, non ci si sarebbe riferiti alla *conceptio verborum* dell'*intentio*, ma al fatto concreto all'origine della pretesa, così come descritto nella *praescriptio-demonstratio* ad essa anteposta.[88] Tra i vari autori, l'ipotesi di una duplicità di accezioni aveva fatto presa su Gustav Ernst Heimbach, il quale dedicò al tema un apposito studio che, già nel titolo (*Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, nebst einigen Bemerkungen über die actio praescriptis verbis*),[89] mirava a rivendicare la duttilità d'impiego della locuzione (*a. in factum*) da parte dei giuristi romani, provando così a mettere in discussione la veridicità dell'equivalenza tra *a. in factum* e *formula in factum* che, sulla base di Gai 4.46, sempre più si andava affermando tra gli studiosi suoi contemporanei.

Al riguardo, almeno tra gli autori più recenti, non sembrano esservi più esitazioni, per quanto non si possano certo ignorare le non poche incertezze che inevitabilmente si sarebbero venute a determinare sul piano dell'individuazione dei caratteri tipologici dell'azione concessa in concreto, rimanendo in effetti fondamentalmente imprecisata, per via dell'evidente e irrisolvibile ambiguità terminologica, la natura civile (benché decretale) o propriamente onoraria dell'azione:[90] ma ciò vale in generale e non certo per il solo Giuliano.

---

[86] F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 79 s. e ivi nt. *f* («[…] bei den civilen Klagen war stets eine juris civilis Intentio möglich […] Bei den prätorischen Klagen war Dieses nicht möglich, weil sie gar nicht auf einem jetzt schon vorhandenen Recht beruhten […] Daß alle prätorische Klagen in factum conceptae waren, sagt Gaius nicht ausdrücklich, aber wenigstens sind alle von ihm im § 46 angeführte Beispiele prätorisch und zugleich in factum conceptae»), 91 ss.

[87] F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 96 s.; negli stessi termini («[…] in factum civilis nomen formulae, quae sola in factum inter civiles, sola civilis inter in factum actiones») anche J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 80 s.

[88] F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 96 ss.; così (in aggiunta agli autori indicati *supra* in nt. 85) anche K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 163) 341 nt. *k*; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß* 2 cit., 324 s.; A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten.* 2.1 cit., 628 e ivi nt. 20.

[89] Già citato *supra* cap. I, nt. 11.

[90] Sull'ambiguità semantica dell'espressione *actio in factum* si è soffermata da tempo la dottrina: un cenno in questo senso si trova già in F.L. KELLER, *Ueber Litiscontestation* cit., 252 s. nt. 17; significativa, da questo punto di vista, appare soprattutto la ricerca appena citata di G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 285 ss.; sulla questione vd. anche C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 86 («Il y a dans ce double sens de la qualification *in factum* une cause évidente

1.2. L'ipotesi di Gallo di una manipolazione bizantina conciliativa dei diversi punti di vista di Giuliano e Ulpiano. Interferenza di logiche argomentative.

L'ipotesi che nel caso in esame la locuzione potesse concretamente alludere ad azione civile decretale, era stata in un primo momento respinta da Gallo, in considerazione del fatto che la fattispecie qui contemplata sarebbe rientrata nello schema del *do ut facias*, per il quale Giuliano avrebbe proposto il ricorso a un'*actio in factum*, come dimostrerebbe «in modo insospettabile» Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.[91]

Ciò induceva inoltre l'autore a giudicare spurio l'inciso '*id est*', ma non anche l'ablativo *praescriptis verbis* il cui impiego dovrebbe farsi invece risalire, come si è già accennato, a Ulpiano. Deve infatti ritenersi che, una volta riferita l'opinione di Giuliano, Ulpiano procedesse a una puntualizzazione critica, alla stregua di quanto aveva fatto in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Sarebbero stati i compilatori a sopprimere l'intero tratto in questione, mantenendo però l'ablativo *praescriptis verbis* e premettendovi l'inciso *id est*, al fine di ottenere una facile iden-

---

d'équivoque»); E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 2 cit., 147 nt. 25 («Welche von beiden im einzelnen Falle unter dem einfachen Namen *a. in factum* zu verstehn sei, ist wie in diesem Titel so auch anderswo oft sehr leicht und oft sehr schwer zu ersehn»): ciò anche a causa dell'alterazione del contenuto originario dei testi; M. KASER, *Zum Ius honorarium*, in *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978 = ID., *Römische Rechtsquellen* cit., 100 s.; R. SANTORO, *Aspetti* cit., 124 nt. 120; così («ist besonders problematisch der Ausdruck *actio in factum* […] Welche Bedeutung dem Ausdruck im konkreten fall zukommt, kann man nicht immer mit Sicherheit feststellen. In einigen Fällen kann man mit gutem Grund beide Möglichkeiten befürworten») pure J. KRANJC, *Die actio* cit., 446, 448, il quale proprio per tale ragione spiega la successiva aggiunta dell'aggettivo *civilis* sul piano delle varie denominazioni assunte dall'azione contrattuale atipica («Um die Unklarheiten zu vermeiden […], hat man hinter den Worten *in factum* oft das Adjectiv *civilis* hinzugefügt, das sich jedoch schon auf den Klageanspruch bezieht»), ove appare per lo meno discutibile la valutazione dello studioso circa il livello di frequenza («oft») con cui si sarebbe fatto ricorso a tale aggiunta, se si considera che l'espressione è documentata in due sole occasioni (Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1-2, Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2), in una delle quali (Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2), peraltro, è certamente da attribuirsi a mano postclassica o compilatoria: sul punto vd. vol. II, cap. IV § 3.2; così ancor prima C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 335: «[…] ward zur Unterscheidung von der prätorischen in factum actio häufig, jedoch nicht stets, durch den Zusatz civilis ausgezeichnet».

[91] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 198 s.: «Si tratta di un caso di *do ut facias*. Ed è pure un caso di *do ut facias* quello trattato nel fr. 13.1 […] La coerenza vuole che si attribuisca a Giuliano la stessa soluzione per l'altra ipotesi di *do ut facias* […] Possiamo tener fermo, nella nostra ricerca, questo elemento: il giurista adrianeo non ravvisava un contratto nella fattispecie *do ut facias*».

tificazione tra l'*actio in factum* giulianea e l'*actio praescriptis verbis* (ulpianea).[92]

Si tratta di un punto di vista che non può essere accolto.[93] A questo proposito si deve innanzi tutto considerare che l'ipotesi descritta in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, anche a limitarsi a un'analisi del profilo meramente formale della configurazione schematica (come in definitiva fa lo studioso), non offre una piena corrispondenza con quella delineata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Mentre infatti quest'ultima rientra all'interno del comune schema del *do ut facias* e in particolare all'interno di quei rapporti in cui il *facere* non risulta suscettibile di locazione (*si tale est factum quod locari non possit*: così Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2),[94] la prima al contrario presenta una maggiore articolazione, tenuto conto che l'*accipiens-Tu* non si sarebbe limitato al compimento di una semplice attività di *facere* (l'*aedificatio aedificii*), ma sarebbe stato altresì tenuto ad effettuare una *datio* (di parte dell'*area* edificata) in favore di *Ego*. Se proprio volessimo provare a riassumere schematicamente la fattispecie in esame, potremmo affermare che nel caso di specie si viene a delineare un *do ut facias et des*.[95]

Del resto, che le *species* (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*) indicate nel *tractatus* paolino di Paul. 5 *quaest.*, su cui torneremo, assumessero valore meramente indicativo, e non certo esaustivo dei complessi schemi negoziali nei quali potevano in concreto venire ad articolarsi i rapporti economico-commerciali ricadenti nell'area dell'atipicità contrattuale, era stato già prontamente evidenziato da Bartolo, il quale, muovendo dall'ampia possibilità di incastro tra i differenti moduli sinallagmatici, che partendo da schemi più semplici conduceva per 'geminazione' alla costruzione di moduli via via più articolati e complessi,[96] finiva col prospettare la categoria dei contratti atipici, per la verità

---

[92] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 198 s.; in questa direzione si era peraltro già mosso C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 271: «Probablement, Ulpien, après avoir rapporté l'opinion de Julien, la corrigeait come il fait ailleurs (L. 7. § 2, de pact. II, 14), et déclarait l'action *praescriptis verbis* suffisante. Les compilateurs auront supprimé sa critique, en la remplaçant par ces mots: *id est praescriptis verbis*»; possibilista al riguardo A. AUDIBERT, *Sur les different noms* cit., 41 nt. 3.

[93] Una critica alla ricostruzione di Gallo può trovarsi in A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 527.

[94] Sul punto vd. vol. II, cap. IV § 2, cap. V § 1.1.

[95] Così del resto già A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 629 («un cas ou le *do ut des* et le *do ut facias* sont réunis»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 270 («c'est une combination des deux *negotia do ut des* et *do ut facias*»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 178.

[96] BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*De praescriptis verbis, & in factum actionibus. Titulus V. Lex V.*) 41[9]<5>: «sunt plures species contractuum qui possunt colligi ex geminatione […] do & facio ut des, vel do, et facio ut facias, vel do, ut facias, et des, et similia».

non senza una punta d'enfasi, come una categoria sostanzialmente illimitata quanto a possibilità di combinazioni («tunc erunt infinitae species contractuum innominatorum»).[97] Di qui l'articolazione, che andò affermandosi tra i più antichi interpreti all'interno dei contratti innominati, tra *contractus simplices* (*do ut des*, *do ut facias*, etc.) e *contractus mixti* (*do ut des & facias*, *facio ut des & facias*, etc.), all'interno dei quali un rilievo paradigmatico finì con l'assumere, quale ipotesi concreta di schema di *do ut facias et des*, proprio Ulp. 30 *ad Sab*. D. 19.5.13.1.[98]

Si dirà che con l'indicata riconduzione del contratto allo schema del *do ut facias*, lo studioso torinese intendesse più probabilmente riferirsi a una valutazione dogmatica della vicenda, con riferimento alla struttura obbligatoria del rapporto contrattuale (da ritenersi appunto unilaterale, anziché bilaterale, ancorché imperfetta), piuttosto che a una mera descrizione della causa contrattuale, come potrebbe forse indirettamente evincersi da quanto l'autore afferma relativamente all'ipotesi contemplata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, ove la difformità lì denunciata rispetto al caso di *do ut facias*[99] è fatta in definitiva dipendere dalla previsione («se pure in via eventuale») di «un'obbligazione anche a carico della parte che compie la dazione», mentre «nel *do ut facias* sono previste obbligazioni soltanto a carico della parte che riceve la dazione».[100]

A prescindere dalla circostanza che andrebbe, come si è già osservato,[101] più

---

[97] BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*De praescriptis verbis, & in factum actionibus. Titulus V. Lex V.*) 41[9]<5>; negli stessi termini anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 82 («um zu seigen, wie bei der so unendlich mannichfaltigen Modification der möglichen Fälle daraus geklagt werden müsse»); C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* 2[3] cit., (§ 344), 253: «quamvis levi singularum causarum mutatione, tum etiam plurium inter se factâ conjunctione et velut mixturâ, plures etiam efficiuntur species»); per la non esaustività della classificazione paolina si è pronunciato, più di recente, anche A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche* cit., 33.

[98] W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris* cit., 311; N.H. GUNDLING, *Ausführlicher und gründlicher Discours* 3 cit., (*Libri XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis & in factum Actionibus*) 1251; J.G. LANGSDORF, *Tractatio* cit., 53 («genera comprehendunt, qui tamen admodum possunt multiplicari»); C. SALKOWSKI, *Quaestiones de iure societatis* cit., 84 («"do ut des" vel accuratius "do ut facias et des"»).

[99] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 200: «il caso fuoriesce dal *do ut facias*».

[100] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 201, su cui vd. anche *infra* nt. 334. E così del resto lo stesso studioso, là dove afferma (202) che non rientravano tra «le convenzioni sinallagmatiche […] la permuta e la fattispecie *do ut facias*, nelle quali mancava la sinallagmaticità».

[101] *Supra* cap. II § 7.

attentamente riconsiderata l'idea che più generalmente tende a inquadrare le diverse ipotesi di scambio sinallagmatico indiscriminatamente nello schema della c.d. obbligazione unilaterale,[102] la quale non tiene comunque conto, anche nella più specifica prospettiva aristoniana della prestazione c.d. costitutiva, dell'obbligazione di garanzia fatta gravare sul primo esecutore mediante l'*a. civilis incerti* (si pensi appunto al caso di Ulp. 4 *ad ed.*),[103] rimane il fatto che la vicenda riassunta nel brano ulpianeo che si sta qui analizzando non è di per sé né unilaterale, né bilaterale (anche solo imperfettamente), se proprio volessimo prendere a prestito i consueti schemi riassuntivi del profilo obbligatorio del rapporto contrattuale. Ogni considerazione sulla numerosità dei soggetti gravati da obbligazione nell'ambito di una determinata vicenda negoziale non può che dipendere in realtà, e come appare del resto ovvio, dal tipo di valutazione che dello stesso rapporto viene effettuata sul piano strutturale, in relazione al suo momento costitutivo (*obligatio re* o *consensu contracta*): valutazione che a sua volta è in diretta e stretta connessione con la qualificazione giuridica della fattispecie.

A rischio di essere ripetitivi,[104] occorre ancora una volta ribadire che la semplice circostanza che il giurista fosse chiamato a pronunciarsi in relazione a un caso per il quale si fosse verificata una consegna, magari anche traslativa di proprietà, non doveva affatto impedire che dello stesso rapporto venisse fornito un inquadramento all'interno di uno schema contrattuale organizzato secondo i meccanismi dell'*obligatio consensu contracta*.[105] Del resto, se così non fosse stato,

---

[102] Ci limitiamo qui a segnalare S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 284.

[103] In proposito vd. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio* cit., 80 s. e in particolare nt. 359, pur in una prospettiva che tende a porre una (forse troppo) netta distinzione tra 'vincolo obbligatorio' e 'vincolo di responsabilità', quali «"effetti" del contratto», nel quadro di una più generale e sottostante perimetrazione concettuale che invita a tenere separato il profilo del rapporto obbligatorio (nel quale rientrerebbero gli effetti veri e propri del contratto, ovvero il vincolo o i vincoli obbligatori) da quello del rapporto contrattuale, nel quale graviterebbero piuttosto gli 'effetti' non propriamente obbligatori, come per l'appunto i vincoli di responsabilità. Coesistenza che si verificherebbe, al di là del caso di Ulp. 4 *ad ed.* preso ad esempio anche dall'autore, per la più generale categoria dei contratti bilaterali imperfetti: così appunto Santoro: «La questione può riguardare anche le figure che la dottrina riunisce sotto la categoria dei cd. contratti bilaterali imperfetti, per la coesistenza, accanto a vincoli obbligatori, di vincoli di responsabilità, nascenti da *actiones contrariae* per pretese solo eventuali, come quelle relative a spese e danni sopportati, ad es., dal depositario e dal commodatario. Ma la stessa questione può porsi per quanti estendono la qualifica di contratto bilaterale imperfetto al mandato».

[104] *Supra* cap. II. § 7.

[105] Che «la conclusione del negozio» potesse «accompagnarsi direttamente ad una prestazio-

di fronte al trasferimento dell'area, Giuliano non si sarebbe neanche preso la briga di prendere in considerazione una riconduzione agli schemi dell'*emptio-venditio*, del *mandatum* o della *societas*. Né d'altra parte era stato l'avvenuto trasferimento di proprietà ad aver in questa occasione indotto il giurista a respingere la configurabilità di uno dei contratti appena indicati.

Anche con riferimento alla *societas*, i rilievi del giurista si concentrano sull'ampiezza del trasferimento, avendo questo comportato la totale perdita del diritto sul bene da parte del proprietario dell'area ('*nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*'), più che sul trasferimento in quanto tale.[106] Un'immediata riprova in tal senso ci viene offerta dal fatto che Giuliano non ha difficoltà ad ammettere il ricorso all'*actio pro socio*, in caso di condivisione in comproprietà (si quis areae dominium non transtulerit, se passus sit, te sic aedificare, *ut communicaretur* […] *ipsa* […] *erit societas*) o di trasferimento solo parziale dell'area (*partis areae dominium transtulerit, partis non*).

Il punto è che, nel valutare la fattispecie, l'analisi del giurista si indirizza innanzi tutto sui profili causali o regolativi del rapporto, più che su quelli costitutivi che ne rappresentano piuttosto un riflesso. Un'analisi dell'aspetto strutturale, ovvero dei meccanismi costitutivi del rapporto, poteva assumere astrattamente rilievo, invece, nell'eventualità che, esclusa la riconduzione sul piano causale o regolativo a un determinato tipo edittale, si rendesse necessario valutare la concessione di un'azione contrattuale priva di *nomen* edittale (non dunque mediante concessione di azione *ad exemplum* specifica, ovvero con *nomen contractus*). Anche in tal caso però in termini assai differenti rispetto a quelli talvolta ipotizzati in dottrina. Ad aver infatti rilievo avrebbe potuto essere l'eventuale assenza di un principio di esecuzione nella prospettiva c.d. aristoniana, essendo in questo caso richiesta (secondo quanto si è soliti ritenere) una Vorleistung ai fini dell'azionabilità della pretesa o, per meglio dire, della costituzione del rap-

---

ne», senza che per questo ne venisse compromessa la struttura consensuale è stato opportunamente evidenziato, come si è ricordato, già da G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 152 ss.

[106] Così correttamente già Bartolo («*si dominium transfertur in totum*, *erit acio praescriptis verbis: alias si dominium non transfertur in totum in partem, tunc erit societas*») in *Glossa in Digestum vetus ad Titulum V. De Praescriptis verbis et in factum actionibus* cit., (*ad L. XIII.I*), 1005; tra gli studiosi moderni vd. A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 64 («Dagegen verneint er die Societät in dem Falle, wo das g a n z e Eigentum einer Sache übertragen […] ist»); non sembra invece corrispondere al pensiero del giurista adrianeo quanto afferma G. SANTUCCI, *Il socio d'opera* cit., 11 nt. 21 («Tutto il ragionamento di Giuliano […] è imperniato sul fatto che avvenga o meno il passaggio di proprietà della *res* […] al fine di escludere o di affermare l'esistenza del contratto di *societas*»).

porto. Del tutto irrilevante sarebbe invece risultata l'eventuale attuazione dello scambio nella differente prospettiva, che recentemente si tende ad attribuire a Labeone, e più in generale ai giuristi di area proculeiana, di un riconoscimento slegato da(lla necessità di) un principio di esecuzione e diversamente calibrato sul modello dell'*obligatio consensu contracta*,[107] ove a essere semmai richiesta sarebbe stata una bilateralità del vincolo obbligatorio, ancorché solo potenziale.

Da altro punto di vista non si può poi non rilevare come Gallo continuasse a dare risalto a un elemento, come quello della sussistenza di una bilateralità oggettiva anche solo eventuale, che non avrebbe dovuto assumere alcun rilievo di fronte al mutato indirizzo di politica giurisdizionale che si sarebbe avviato con la codificazione dell'editto[108] e che, a detta dell'autore, avrebbe portato ad abbandonare l'idea di un riconoscimento legato alla sussumibilità in un modello predeterminato di contrattualità, per proporre piuttosto modi e forme di intervento che si preoccupavano di ricercare precise relazioni analogiche rispetto a singoli tipi contrattuali, tra loro non omogenei sul piano della produzione degli effetti obbligatori.[109] A seguire il pensiero dello studioso, l'intera *dissensio* tra Ulpiano e Giuliano sarebbe invece qui dipesa dalla possibilità di individuare o meno un contratto nella vicenda in questione: secondo dunque modelli argomentativi di tipo deduttivo.[110] Si è già osservato che così facendo si rischia di determinare una contaminazione tra le due logiche argomentative, in modo che la corrispondenza rispetto a uno schema prefissato di *contractus* avrebbe finito in sostanza per rappresentare una sorta di requisito preliminare, in assenza del quale non avrebbe avuto neppure senso provare ad accertare la sussistenza di un'affinità, di tipo analogico, tra le due fattispecie.

L'ipotesi non è astrattamente del tutto impraticabile, nel senso che, con una certa forzatura, anche l'elemento strutturale si potrebbe recuperare (assieme a

---

[107] Si veda, a questo proposito, A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 527, il quale, proprio prendendo le distanze dalle conclusioni del maestro torinese, osserva come nel brano non vi sia «alcun cenno a quella assenza di bilateralità, sia pure eventuale, di obbligazioni che secondo Gallo avrebbe impedito a Giuliano di individuare nel caso una fattispecie contrattuale».

[108] Che la soluzione di Giuliano risalga a un periodo successivo alla redazione dell'editto adrianeo e che anzi sia da questa condizionato è del resto espressamente sostenuto da F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 196 nt. 42. Sulla questione della data di pubblicazione dei *libri digestorum* si tenga presente quanto si è precisato *supra* cap. II § 4 e ivi nt. 166.

[109] Al riguardo vd. *supra* cap. II § 6.

[110] E così del resto F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 199: «Ulpiano riferì l'opinione espressa da Giuliano e […] la sottopose a critica, pronunciandosi per l'esistenza del contratto […]».

quello causale) all'interno di quella relazione di somiglianza che avrebbe dovuto fungere da collante tra le diverse fattispecie. È del resto ben noto che la nozione stessa di somiglianza esprime un concetto per sua natura relativo, suscettibile di diverse gradazioni.[111] Tuttavia l'ipotesi non trova riscontro nelle testimonianze a tal fine invocate e per di più si pone in contrasto col pensiero dell'autore, il quale (almeno formalmente) dichiarava abbandonato il più antico approccio labeoniano(-aristoniano),[112] a seguito della prescrizione di ricorrere allo strumento dell'analogia disposta in sede di codificazione dell'editto. Ciò avrebbe peraltro comportato un immotivato restringimento del potere di intervento pretorio, ben oltre quello ipotizzato dallo studioso, in quanto, in concreto, la sussistenza di una specifica affinità con una singola fattispecie edittalmente tutelata non si sarebbe rivelata di per sé sufficiente per ammettere il ricorso a una tutela in via civile, dovendosi in più accertare la conformità della concreta vicenda negoziale a un astratto modello contrattuale, per di più non predeterminato o predeterminabile: il che rende ancor più inverosimile l'ipotesi ricostruttiva avanzata da Gallo. Peggio ancora, condanna la riforma adrianea a una difficile se non, addirittura, impossibile attuazione: almeno in materia di contratti.

Senza contare che, sempre secondo Gallo (lo si è già detto), Giuliano non sarebbe stato neppure un fautore della dottrina contrattuale labeoniana.[113] Non si comprende pertanto quale rilievo avrebbe dovuto avere, per il giurista, l'eventuale assenza di una bilateralità obbligatoria, ancorché solo imperfetta, ai fini della concessione dell'azione contrattuale.

Ciò è assai indicativo degli sforzi ai quali era costretto l'autore per tenere in piedi la propria teoria, e ci consente di apprezzare le ragioni che probabilmente lo hanno indotto negli studi successivi a una complessiva riconsiderazione del proprio punto di vista, facendo proprie le conclusioni di Giffard, anche con riferimento alla vicenda di Ulp. 4 *ad. ed.*[114]

---

[111] In questo senso già N. BOBBIO, *L'analogia* cit., 96: «La maggiore o minore possibilità di trarre una conclusione valida dipende dall'estensione e dai limiti con cui viene assunto il concetto di somiglianza, che è un concetto di per se stesso indeterminato e per lo più indeterminabile in linea astratta e assoluta […] concetto relativo che sposta in più o in meno i suoi limiti a seconda del punto di riferimento che viene di volta in volta assunto».

[112] *Supra* cap. II § 6.

[113] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 20: «non credo che Giuliano, esponente della scuola sabiniana, abbia accolto la categoria generale del contratto elaborata dal giurista augusteo».

[114] Così F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone* cit., 28 s.: «la testimonianza considerata (scil. D. 2.14.7.2) orienta a ritenere che, anche secondo Giuliano, sorgesse l'azione per l'adempi-

In ogni caso, si deve ancora una volta sottolineare come rischi di apparire realmente riduttivo proporre un accostamento tra fattispecie sulla base di un semplice raffronto esteriore che tenga unicamente conto degli schemi contrattuali (*do ut des*, *ut facias*, e via di seguito), senza andare invece a ricercare, attraverso un'attenta valutazione delle concrete operazioni negoziali, la sussistenza di eventuali analogie o dissomiglianze,[115] come nel caso qui esaminato, troppo frettolosamente accostato a quello di Ulp. 4 *ad ed.*, senza neanche prendere in considerazione la diversa natura delle prestazioni attese nell'una e nell'altra vicenda contrattuale, rientranti rispettivamente nel *factum quae locari solet* e nel *factum quae locari non possit* di Paul. 5 *quaest.* § 2, che certo avrebbe potuto suggerire e giustificare l'adozione di diverse soluzioni da parte del giurista adrianeo.

È bene ancora una volta ripetere che le conclusioni cui perveniva l'autore venivano a contraddire proprio la prospettiva, dalla quale egli in definitiva prendeva le mosse, di una relazione tra la concessione dell'*actio in factum* pretoria e l'impossibilità di individuare un'analogia con una fattispecie contrattuale tipica. Qui in realtà la concessione dell'*actio in factum* è collegata all'affinità sul piano schematico (o se vogliamo strutturale) con la vicenda ricordata in Ulp. 4 *ad ed.*, con una logica argomentativa che si rivela non coerente con l'idea (affacciata proprio da Gallo) di un ricorso allo strumento dell'analogia con casi tipici. È semmai nell'ottica di un ragionamento d'impronta sillogistico-deduttiva, e dunque di un processo di riconduzione a uno schema prefissato di contrattualità, che si potrebbe forse tentare di sostenere un'estraneità rispetto all'area della contrattualità di determinate vicende negoziali in funzione della loro configurazione (per così dire) strutturale: ipotizzando magari una estraneità generale dello schema del *do ut facias*, indipendentemente dalle diverse configurazioni che

---

mento nei casi, trattati da Aristone, di *do ut des* e *do ut facias*. Con ogni probabilità il caposcuola sabiniano accordava, sulla scia di Aristone, un'*actio civilis incerti* di stretto diritto, basata più sull'idea del riequilibrio (sul συνάλλαγμα aristoniano) che non sulla visuale dell'accordo fondante la corrispettività»: *supra* cap. II § 6.

[115] Sul punto rinviamo a quanto osservato *supra* cap. II § 7. Si è già detto che l'autore non è certo il solo a essersi lasciato guidare da una mera valutazione schematica. Nello stesso ordine di idee si potrebbe anche ricordare, seppur con riferimento ad altre vicende, E. BETTI, *Sul valore* cit., 39, il quale finiva sostanzialmente per ricondurre sotto il medesimo schema della *datio ut reddatur* (ove a mutare era semmai solo l'oggetto della *datio*: *pecunia* o *certa res*) fattispecie del tutto differenti, come quelle trattate nel già ricordato Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10 e in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.12, arrivando così a proporre (e giustificare) per entrambe l'adozione del medesimo approccio solutivo incentrato sull'impiego dell'azione pretoria.

tale schema poteva in concreto assumere sul piano causale e regolamentare. Ma ciò è solo un esempio della non infrequente commistione di logiche argomentative in cui in più occasioni è incorso lo studioso.[116]

Anche a seguire il ragionamento dell'autore, non si spiegherebbe comunque come Giuliano potesse rifiutarsi di riconoscere contrattualmente tale fattispecie solo perché schematicamente corrispondente al *do ut facias* di Ulp. 4 *ad ed*., quando (volendo per un momento adottare gli abituali schemi riassuntivi)[117] lo stesso schema caratterizzava quantomeno il contratto di *locatio operis*.

1.3. Per un'identità solutiva tra Giuliano e Ulpiano. Ulp. 30 *ad Sab*. D. 19.5.13 pr. e il caso della *res vendenda certo pretio* con ritenzione del sovrapprezzo.

Occorre in ogni caso considerare, come si è già osservato, che la congettura di una soppressione compilatoria dei rilievi ulpianei all'impostazione giulianea, pare poco convincente, non essendovi per la verità elementi che consentano di aderire all'ipotesi di un intervento critico da parte di Ulpiano rispetto alla soluzione giulianea. L'assenza di rilievi da parte di Ulpiano, diversamente da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, non può non far pensare a una condivisione della soluzione giulianea da parte del giurista severiano,[118] e dunque a una comune linea di intervento: e ciò spiega probabilmente gli sforzi di Gallo per tenere in piedi una più ampia teoria che rischiava altrimenti di naufragare.

Che qui Giuliano concedesse l'azione pretoria e che alla stessa azione si rifacesse Ulpiano è ipotesi che, naturalmente, non può essere astrattamente esclusa,

---

[116] Così come quando si afferma (F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 204) che «nel campo delle convenzioni, il limite per la ricerca della somiglianza, rispetto alle figure riconosciute di contratti consensuali, era ravvisato da Giuliano nell'esistenza, almeno eventuale, della sinallagmaticità».

[117] Per una più precisa valutazione della questione rinviamo a quanto si osserverà vol. II, cap. IV. § 2.1.

[118] In questo senso vd. già A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., («Ulpien songe évidemment à l'action *praescriptis verbis*, et il cite Julien sans le critiquer»); E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 152 («adoptant le point de vue de Julien»); con diverse conclusioni, di sfuggita, M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 737 («la testimonianza riguarda più Giuliano che Ulpiano»); senza entrare nel merito della questione, sembra prospettare tra le righe l'ipotesi di un condizionamento giulianeo S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23*, Bari 1984, 276 nt. 134.

ma che certo appare in concreto non molto verosimile, se solo si pensa che, tra i giuristi classici, Ulpiano è senza dubbio colui che più di altri mostra di far ricorso all'azione contrattuale. Peraltro, se anche così fosse, la testimonianza finirebbe comunque per perdere buona parte del proprio valore ai fini di una ricostruzione del punto di vista del giurista adrianeo secondo gli usuali schemi antiaristoniani, visto che si tratterebbe comunque di fattispecie per la quale anche Ulpiano avrebbe dichiarato inammissibile l'impiego dell'azione civile: lo stesso Ulpiano che in Ulp. 4 *ad ed*. si sarebbe apertamente schierato in favore di Mauriciano nei panni di recensore di Giuliano. In sostanza non potrebbe certo suffragare l'immagine di giurista ostinatamente contrario ad ogni allargamento dell'area del contratto, assai in voga tra gli studiosi di un tempo.

Ciò detto, rimane preferibile l'ipotesi di un ricorso da parte di entrambi i giureconsulti all'azione contrattuale. Una tale eventualità non è certo contraddetta dal pr. dello stesso frammento, ove il giurista severiano si fa suggeritore del ricorso a un'azione, che anche in questa circostanza è qualificata come *actio in factum*: come anche si vedrà, l'ipotesi sembra uscirne anzi rafforzata. È il caso di leggere il brano:

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*.

Ulpiano si sta occupando di un caso di *res vendenda certo pretio data* con annessa facoltà dell'*accipiens* di tenere per sé l'eventuale sovrapprezzo, per il quale doveva escludersi, a detta del giurista, sia il mandato sia il contratto di società. Il primo per l'assenza di gratuità,[119] il secondo per i meccanismi di spartizione del ricavato della vendita, che rendevano incerta la partecipazione di una delle due parti agli utili di gestione.[120] Di qui la concessione dell'*a. in factum*, con un'o-

[119] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205.

[120] In questo senso vd. J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 180. Allarga la spiegazione anche al profilo dei rischi («mancanza di partecipazione di entrambe le parti ai rischi e guadagni») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56; fa appello alla «mancata partecipazione […] al rischio di gestione» M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)* cit., 823; nello stesso ordine di idee («wegen der fehlenden Verlustbeteiligung») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205; sulla questione, e sul tema del calcolo della quota spettante al socio d'opera, vd. anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 165 s. e ivi nt. 206.

perazione che puntava a valorizzare la specificità della vicenda negoziale (*quasi alio negotio gesto*).[121]

È vivamente discusso se si tratti di ipotesi di *aestimatum*[122] o di ipotesi solo affine. Non si tratta affatto di aspetto marginale. Il modo di esprimersi del giurista severiano risulta evidentemente inappropriato per riferirsi a uno strumento processuale posto a tutela di una vicenda contrattuale ormai tipizzata (*aestimatum*), rispetto al quale sarebbero venuti meno i presupposti stessi per continuare a discutere di *actio in factum* (come azione civile decretale).[123] Peraltro la stessa espressione *quasi alio negotio gesto* suonerebbe inevitabilmente come una inop-

---

[121] Sospetti sull'espressione si trovano in J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 75 s., con diagnosi interpolazionistica che colpiva l'intero tratto '*sed in factum-negotio gesto*'; un'apertura rispetto alla tesi di Naber («Il faut reconnaitre che les mots *sed in factum quasi alio negotio*, qui rompent la suite logique du raisonnement, ont été ajoutés par les compilateurs») può trovarsi in A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 45 nt. 3; bizantino il riferimento al *negotium* anche per P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 94 ss.; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 377 s.; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 168 s. In favore della genuinità dell'espressione vd. invece E. BETTI, *Sul valore* cit., 39 s. e ivi nt. 1 (p. 40), per quanto lo studioso propendesse per una più stretta relazione con l'indirizzo della scuola sabiniana, a sostegno (dunque) della concessione dell'*a. in factum* (pretoria); PH. MEYLAN, *Origine* cit., 135 s., 136 s. nt. 1; sempre per la classicità anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205; non si trovano rilievi al riguardo in E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 162 ss., in un ordine che tende però ad attribuire qui ad Ulpiano il ricorso all'azione pretoria.

[122] Così C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 264; A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 45 nt. 3; PH. MEYLAN, *Origine* cit., 127 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 94 ss.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 32 s.; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 105 s.; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 179 s.; in questi termini, in prima battuta, L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 134, 137 ss., 148 s., che, d'altra parte, non senza mestiere, ai fini del proprio ragionamento complessivo, lasciava aperta l'ipotesi di una deviazione dallo schema causale tipico (169: «[…] ciò ammesso, possiamo chiederci: trattavasi veramente di "aestimatum"?», e soprattutto p. 174, su cui vd. *infra* nt. 148); A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56 («caso sostanzialmente identico»); ID., *I contratti innominati* cit., 85, ove però si precisa come non sia qui «prevista la restituzione della cosa rimasta invenduta»; M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)* cit., 823 e ivi nt. 93 («che non si tratti nel caso di vera e propria *aestimatio* non sembra da seguire»); sempe per l'*aestimatum* vd. A. ALEMÁN MONTERREAL, *El contrato estimatorio: desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid 2002, 18 ss.; A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 66 nt. 54.

[123] Diversamente A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56, il cui richiamo all'equivalenza delle espressioni *a. in factum-a. praescriptis verbis* non è certo in grado di risolvere l'incongruenza di qualificare *in factum* un'azione per la quale fosse stato approntato un apposito programma di giudizio a livello edittale; ID., *I contratti innominati* cit., 85, ove ci si pronuncia sempre per un'identificazione dell'*a. in factum quasi alio negotio gesto* con l'*a. de aestimato*; più correttamente esclude un riferimento all'*a. de aestimato* M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205.

portuna circonlocuzione, non più giustificata di fronte all'ormai acquisita possibilità di indicare il negozio con il proprio *nomen* edittale.[124]

L'osservazione non è naturalmente sfuggita alla dottrina interpolazionistica, la quale ha così tratto significativi argomenti contro la genuinità del notissimo Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.,[125] testo chiave in tema di *aestimatum*, ove è diversamente teorizzato, come si è accennato e come vedremo,[126] l'impiego dell'azione civile, estendendo la propria critica anche a Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, in cui per la medesima fattispecie[127] il giurista severiano si pronuncia, per lo meno a determinate condizioni, in favore dell'*a.p.v.*

È il caso di leggere quest'ultimo brano:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44: *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plurisve, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis*.

Il testo è certamente rimaneggiato. Non a torto in molti hanno avanzato sospetti sull'*animus contrahendae societatis* qui malamente adoperato come criterio discriminativo.[128] A dover essere però giudicato bizantino è il solo impiego del-

---

[124] Che d'altra parte Ulpiano si stesse qui riferendo a un contesto giuridico precedente all'introduzione dell'*actio de aestimato* all'interno dell'editto è escluso da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205 nt. 155, che non a torto reputa tale ipotesi inverosimile.

[125] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 94 ss.

[126] *Infra* § 5 di questo cap.

[127] Che, al pari di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., anche qui si tratti di un caso di *res vendenda certo pretio* si ricava agevolmente dalla ricostruzione dell'accordo, anche in assenza di espressa indicazione; per l'identità delle due fattispecie, ma in un ordine di idee che propone per entrambe un inquadramento all'interno del contratto estimatorio, vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 97; sempre per l'identità, ma in una prospettiva opposta, W.W. BUCKLAND, *Aestimatum*, in *Mélanges de droit Romain dédiées à G. Cornil* 1, Paris 1926 = LQR 43, 1927, 78; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 133 («la descrizione della fattispecie è identica»); mantiene un profilo volutamente generico («ipotesi descritta in maniera simile senza espresso riferimento ad avvenuta *aestimatio*») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56; di problema simile discorre E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 163, per quanto, come vedremo, l'autore finisca per tenere distinte le due vicende, in termini che dovrebbero giustificare i diversi sbocchi solutivi attestati nei due brani (*a. in factum* pretoria in Ulp. 30 *ad Sab.*; *a.p.v.* Ulp. 31 *ad ed.*).

[128] G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 160, per il quale il brano sarebbe da questo punto di vista sintomatico dell'«Iustinianische Unmethode» di accordare particolare rilievo alla volontà delle parti; F.A. SALVADORE, *Affectio societatis*, in Riv. dir. civ. 3, 1911, 684 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥ-**

l'*a. pro socio*,[129] evidentemente in contrasto con la soluzione prospettata in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., ove la medesima azione era espressamente esclusa per le ragioni già precisate.[130] Nulla costringe invece ad estendere la diagnosi

---

ΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 99, con richiamo (appunto) a Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in ZSS 42, 1921, 284; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 154 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, 69; critiche per il ricorso alla volontà delle parti come criterio discretivo a fronte di una «identità del contenuto precettivo del negozio» si trovano anche in M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)* cit., 823 nt. 94; per la genuinità vd. gli autori indicati *infra* in nt. 130.

[129] Non sembra però che contro la genuinità della soluzione possa realmente farsi valere l'argomento per cui l'eventuale concessione dell'*a. pro socio* da parte di Ulpiano avrebbe comportato una violazione del principio di incompatibilità tra trasferimento (integrale) del dominio e contratto societario (affermato nel § 1), non essendovi nel brano elementi specifici per presupporre un preventivo (ed integrale) trasferimento della *res* oggetto del contratto: nel senso qui indicato vd. comunque E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 151 ss.; con adesione di M. TALAMANCA, v. *Società (dir. rom.)* cit., 823 nt. 94, secondo cui la «*l.* 44 contraddirebbe al principio per cui il trasferimento della proprietà della *res* oggetto del contratto è incompatibile con l'integrazione della fattispecie societaria»). Sostanzialmente sulla stessa linea A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 105: a insospettire infatti lo studioso non era il ricorso al criterio soggettivo dell'intenzionalità dei contraenti, quanto il fatto che la descrizione della vicenda evidenzierebbe qui, come in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., dei meccanismi costitutivi del rapporto contrattuale ritenuti incompatibili con lo schema dell'*obligatio consensu contracta*, tipico della *societas*, visto che, a detta dell'autore, sarebbe richiesta ai fini della formazione del contratto una consegna traslativa («Zu betonen ist, daß Klage erst mit Hingabe der res vendenda entsteht. Das sagen sowohl lex 44, wo die bloße Absicht der Hingabe mit „daturus essem" hätte ausgedrückt werden müssen, wie lex 13 pr., wo „dedissem" geschehene Hingabe bezeichnet. Damit wird aber lex 44 verdächtigt, denn die societas braucht nur Parteikonsens, um eine Klage entstehen zu lassen»). Anche in questo caso si tratta di un'interpretazione che finisce in realtà per esasperare il ricorso al verbo *dare* da parte del giurista severiano («„Dare" bezeichnet aber technisch Übergabe zu Eigentum, also ist Ulpians Argumentation in lex 44 unmöglich») e che proprio per tale ragione non può essere condivisa: in proposito vd. quanto si è già osservato in cap. II § 7.

[130] Non può ritenersi riuscito il tentativo di G. LASTIG, *Beiträge* cit., 413 nt. 1, di difendere la differente soluzione di Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, insinuando l'idea che, a differenza di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., non sarebbe qui previsto un preciso prezzo di vendita, ma solo un accordo sulle modalità di divisione di quanto ricavato dalla vendita («In fr. 13 wird ein bestimmter Preis genannt […] In fr. 44 wird kein Preis fixirt […] Letzteres kann Societät sein, denn es wird nur der Theilungsmodus des Gesammenterlöses angegeben»); esclude l'esistenza di una effettiva antinomia tra i due brani PH. MEYLAN, *Origine* cit., 118 ss., 122 s., il quale è anzi dell'avviso che la decisione di negare l'*a. pro socio* in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. dipendesse proprio da una stretta applicazione della regola di Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, dovuta appunto al fatto che non fosse stata in questo caso intenzione delle parti concludere un contratto societario: con un'ipotesi che però non trova riscontri specifici nel passo e prova a riprendere un'antica congettura risalente già ad Accursio: *Glossa in Digestum vetus ad Titulum V. De Praescriptis verbis et in factum ac-*

interpolazionistica anche all'adombrato impiego qui dell'*a.p.v.*, se non certi pregiudizi oggi superati.[131]

---

tionibus cit., (*ad L. XIII*), 1005 lett. *r*: «*Pro socio*. si non fuit animo societatis ineundae»; negli stessi termini W.W. BUCKLAND, *Aestimatum* (1927) cit., 78; per la genuinità, pur osservando l'autore (133) come il richiamo a «un'interpretazione individuale e psicologica del rapporto» sia «di marca solitamente bizantina», anche L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 148 s., il quale giustifica anch'egli la diversa soluzione col diverso atteggiarsi del profilo soggettivo («il caso rientrava nel tipo dell'"*aestimatum*", ma se c'era l'*animus*, poteva e doveva darsi l'*a. pro socio*»); non avanza sospetti sulla soluzione A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56 s.; sempre per la classicità J. HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad* cit., 35 ss., ove si insiste sulle differenze tra le due fattispecie sul piano soggettivo (*animus contrahendae societatis*) ma anche oggettivo, da imputarsi al fatto che in Ulp. 31 *ad ed.* non sarebbe previsto un prezzo minimo di vendita, quanto piuttosto una soglia di prezzo sotto la quale il venditore non avrebbe tratto alcun vantaggio economico; analogamente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 206; non solleva rilievi sull'*animus scoietatis* A. ALEMÁN MONTERREAL, *El contrato estimatorio* cit., 19; sempre nel senso di una differenza di fattispecie, da imputarsi a una diversa assunzione del rischio (a carico dell'accipiente, e in termini analoghi alla compravendita, in Ulp. 30 *ad Sab.* [*certo pretio dedissem*], a carico del *dans* in Ulp. 31 *ad ed.*), U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 228 ss.; da ultimo si impegna in una difesa della soluzione ulpianea anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 165 ss., ove si invoca a sostegno Bas. 12.1.44 (Hb. I 747 = Schelt. A II 683), senza tenere però conto che l'eventualità, prospettata dall'autore, di un'interpretazione (di fatto) oggettiva dell'*animus contrahendae societatis*, da intendersi come dazione «finalizzata ad una ripartizione degli utili ottenuti dalla vendita» comporterebbe un allontanamento dalla fattispecie presa in esame in entrambi i brani: tant'è che lo stesso studioso (167 nt. 208) finisce in concreto per prendere le distanze dalla prospettiva della ripartizione, per approdare a quella più ampia ed elastica del guadagno (s'intende per il socio d'opera). Non è chiaro il punto di vista di P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., 175 e ivi nt. 168, che, se per un verso non manca di evidenziare l'«evidente contraddizione» con Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., per altro sembra dare implicitamente come presupposta la genuinità del brano («il proprietario di una *res* ne commissiona la vendita ad un altro soggetto, formando con lui una *societas unius rei*»), senza chiarire, però, su quali basi.

[131] Così sempre G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 160; F.A. SALVADORE, *Affectio societatis* cit., 686, che nell'*a.p.v.* vede addirittura (mettendo nel computo anche il richiamo all'"*animus contrahendae societatis*" e l'impiego del costrutto '*si - si minus*') una delle «tre stimmate caratteristiche» della mano dei compilatori; di fattura bizantina anche per P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛ-ΛΑΓΜΑ** 2 cit., 99; evidente l'influenza dell'indirizzo interpolazionistico anche nel pensiero di E. DEL CHIARO, *Le contrat de société* cit., 154 s. («l'*aestimatum*, comme tout contrat innomé, ne trouvait sa sanction que dans une action *in factum* ou une *condictio*»); implicitamente A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 104 ss.; L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 149; più di recente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 296 ss. Per la genuinità della soluzione già J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 75 s., il quale, come si è detto, semmai uncinava come compilatoria la frase '*sed in factum quasi alio negotio gesto*' presente in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., con una proposta che appare francamente inverosimile, tanto più che la presenza della frase incriminata non toglie affatto credibilità, come evidentemente riteneva lo studioso,

Che in Ulp. 30 *ad Sab.* con l'espressione *a. in factum* il giurista severiano intendesse riferirsi proprio all'azione civile (*a.p.v.*), che egli d'altra parte concedeva in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, è ipotesi perfettamente plausibile[132] e che sembra anzi avvalorata dal ricorso alla categoria del *negotium* (*quasi alio negotio gesto*),[133] la cui associazione all'*a.p.v.* ritorna frequentemente negli scritti di Ulpia-

all'ipotesi di un ricorso all'azione contrattuale atipica (*a.p.v.*) in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44; uno spunto analogo a quello di Naber sembrerebbe trovarsi in A. ALEMÁN MONTERREAL, *El contrato estimatorio* cit., 20 («la concesión en idéntico caso de una *actio in factum* y no de una *actio praescriptis verbis* es fruto de la manipulácion»); in senso critico («Le system de M. Naber est dénué de tout fondement sérieux») vd. già PH. MEYLAN, *Origine* cit., 125 ss., 131 s., che pure prende egualmente posizione per la genuinità dell'*a.p.v.* in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44. Più di recente per la classicità vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 206; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 169, il quale sembra più precisamente orientarsi per una estensione in via analogica dell'*a. pro socio*, mediante *praescripta verba*, a differenza di Ulp. 30 *ad Sab.* 19.5.13 pr., ove l'assenza di un'analogia con fattispecie contrattuali tipiche avrebbe piuttosto indotto Ulpiano a ripiegare sull'*a. in factum* pretoria, mostrando così l'autore di aderire, in sostanza, alla tesi di Gallo (in proposito vd. *supra* cap. II § 6).

[132] Per una identificazione con l'*a.p.v.*, già Stefano, in sch. Σημείωσαι a Bas. 12.1.44 (Hb. I 748 = Schelt. B II 475, con leggere varianti): 'Σημείωσαι ταῦτα. ἐν γὰρ τῷ η΄. βιβλίῳ τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. ε΄. διγ. ιγ΄. τὴν ἰν φάκτουμ δίδωσι ὁ αὐτὸς Οὐλπιανός. ἰν φάκτουμ οὐν τὴν πραεσκρίτπις βέρβις νόησον'; J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad L. XIII*) 1356 s.; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX. Tit. V. Ad l. Si tibi rem vendendam 13.*), 665: «nascitur civilis actio praescriptis verbis, quam in factum Ulpianus hic appellat». Per la dottrina del XIX si veda C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 265 ss.; più recentemente vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 56 s. («non fa che individuare in altro modo le stesse caratteristiche formulari dell'azione»); ID., *I contratti innominati* cit., 85; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205; inverosimile però la congettura, avanzata da J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 75 s., di un originario riferimento all'*a.p.v.* sostituito, non si capisce perché, dai compilatori con l'*actio in factum*; ineccepibili i rilievi in senso contrario formulati da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 95 s. e ivi nt. 5.

[133] La notazione può trovarsi in R. SAMTER, *Zu Gaius II.82*, in ZSS 28, 1907, 170 («Und ist nicht die Wendung quasi de novo negotio geradezu typisch für die Klassiker, wenn sie sich zur a. pr. v. entschließen?»); nello stesso ordine di idee L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* 1, Leipzig 1908, 147 s. e ivi nt. 38, il quale più ampiamente evidenziava la correlazione tra il *negotium* e la categoria del contratto innominato («Im weiteren Sinn bezeichnet negotium gerere den Vertrag überhaupt, mitunter jedoch mit der Nuance, dass das durch die Vorleistung des einen Kontrahenten klagbar gewordene Geschäft, das Geschäft mit „good consideration", im Gegensatz zum nudum pactum bezeichnet werden sol»); così più recentemente («Der Hinweis auf ein andersartiges Geschäft spricht […] gegen eine Klage mit einer *formula in factum concepta*») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205.

no, costituendo quasi una costante del pensiero del giurista, soprattutto quando, a livello argomentativo, occorre giustificare la concessione dell'azione contrattuale atipica.[134]

Si pensi all'appena citato Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. o ancora al notissimo Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15.

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.: […] *dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*: *est enim negotium civile gestum et quidem bona fide.*

Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15: […] *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habeat in se negotium aliquod; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*.

È vero che il dato non va di per sé assolutizzato, in quanto la categoria romana del *negotium* nella sua estrema fluidità concettuale non va necessariamente riferita a situazioni sostanziali per le quali fosse prevista la predisposizione di rimedi processuali contrattuali in senso stretto.[135] Rimane il fatto, però, che ammettere qui l'impiego dell'azione pretoria da parte di Ulpiano,[136] magari sul-

[134] Non è un caso se il riferimento al *negotium* in materia di contratti innominati venisse in non rare occasioni considerato indice di un intervento compilatorio: così ad es. G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 160, 165, che rovescia alla lettera il pensiero (nt. prec.) di Samter: «die Wendung quasi de novo negotio ist geradezu typisch für den Kompilator, wenn er sich zur *a° p v* entschließt»; («Tribonianea è invece certamente la frase "quasi alio negotio gesto"») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 96 s., con sospetti che colpiscono in egual modo Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr., Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22. Negli stessi termini F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 279 s., che invoca in proposito C. *Tanta* § 18 '*non desperamus quaedam postea emergi negotia quae adhuc legum laqueis non sunt innodata*', adducendo peraltro l'esempio di Gai. 2 *rer. cott.* D. 19.2.2.1, in cui il riferimento al *negotium* (*sed placet unum esse negotium*) non trova (in effetti) corrispondenza in Gai 3.147 (sul brano vd. vol. II, cap. IV § 2.1 e ivi ntt. 81-82): sarebbero stati per l'appunto i bizantini a costruire la categoria dei contratti innominati sulla nozione di *negotium*, sulla quale avrebbero egualmente elaborato la categoria dei quasi contratti («Der byzantinische Ausbau des klassischen Aktionensystems, seine Umwandlung in ein Kontraktssystem knüpft sich an zwei neue Kontraktsarten, Quasikontrakte und Innominatkontrakte; beide schließen an den Begriff des negotium an […] Dieselbe Bedeutung hat negotium bei den Innominatkontrakten. Daß ein negotium vorliegt, ist Grund für die Gewährung der actio praescriptis verbis»). Sulla genuinità della frase *quasi alio negotio gesto* vd., con diverse conclusioni, gli autori indicati *supra* in nt. 121.

[135] In proposito vd. vol. II, cap. V § 8.

[136] In questo senso vd., tra gli studiosi più recenti, S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 202; M.

la scia di Giuliano,[137] significherebbe cominciare a interrogarsi seriamente, e inevitabilmente, sulla genuinità delle due ultime testimonianze citate (Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr., Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15), e a questo punto anche sull'ampiezza dell'intervento bizantino in materia di contratti innominati, in termini che costituirebbero un primo e inevitabile passo verso il ritorno a impostazioni non distanti da quelle della dottrina interpolazionistica. Non è infatti verosimile che Ulpiano potesse negare l'azione contrattuale in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. e Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, rispetto dunque a una fattispecie non particolarmente problematica per quanto riguarda l'individuazione dei tratti sinallagmatici (e negoziali in senso stretto), e concederla invece in una vicenda come quella di Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15, in cui la presenza degli stessi tratti poteva e doveva ritenersi, come avremo occasione di vedere, non priva di incertezze.[138]

Si tratta di una conclusione però non necessaria, a condizione che si sia naturalmente disposti a prendere in considerazione almeno una delle seguenti possibilità. La prima: escludere una piena riconducibilità del caso qui esaminato all'interno dell'*aestimatum*. La seconda: rinunciare all'idea di un riconoscimento a livello edittale per tale contratto. Non ci sembra infatti sussistano serie alternative per mantenere in piedi l'ipotesi di un impiego in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. di un'azione civile decretale (*in factum*), adeguata alla specificità della vicenda negoziale.

Certamente non è da seguire la congettura che vorrebbe qui Ulpiano impegnato nella documentazione di un indirizzo interpretativo altrui (magari di Sabino) antecedente al riconoscimento del contratto a livello edittale.[139] Si tratta di ipotesi che non può di per sé ritenersi giustificata in base a talune ben note

---

SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 298; come si è anticipato (*supra* nt. 131), E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 169 s. Per la concessione dell'azione pretoria già A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 nt. 7; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 95 ss.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 39 PH. MEYLAN, *Origine* cit., 128 s.

[137] Così, seppur con cautela, A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 e ivi nt. 7: «Die a. in f. fand sich wohl in der sabinianischen Vorlage (Julian?)»; con più decisione («di certo sulle tracce di Giuliano») E. BETTI, *Sul valore* cit., 39.

[138] Per un'analisi della testimonianza ulpianea vd. vol. II, cap. V § 6.

[139] In quest'ordine di idee, non senza in verità oscillazioni e aperture ad ipotesi diverse, G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 171 s., che attribuisce al caposcuola sabiniano la concessione dell'*a. in factum* pretoria; non lo esclude del tutto neppure E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 169 nt. 213.

notazioni di Lenel relative ai commentari *ad Sab.* di Ulpiano,[140] e che appare per di più non coerente con il modo di esprimersi del giurista che descrive scenari solutivi a lui attuali (*placet*).[141] Che poi Ulpiano abbia riportato la decisione di Sabino senza far seguire una puntuale notazione sul diverso quadro solutivo affermatosi nell'epoca in cui egli si trovava a scrivere,[142] ritenendo sufficiente reinterpretare l'espressione *a. in factum* nel senso di *actio in factum civilis*, in modo da riferire la qualifica *in factum* alla *demonstratio* e non alla *conceptio* dell'*intentio*, anticipando così l'«eterogenesi di significati» che tale espressione (*a. in factum*) avrebbe assunto presso i Bizantini,[143] è ipotesi del tutto inverosimile e che non tiene peraltro conto dell'evidente e insanabile incongruenza che si verrebbe a determinare nel considerare *in factum* (nel senso appena chiarito) un modello processuale codificato secondo precisi schemi edittali.[144]

Né si può d'altra parte seriamente credere alla possibilità che l'azione predisposta a livello edittale per l'*aestimatum* fosse un'azione *in factum*, nel (diverso) senso di Gai 4.46, secondo una congettura variamente avanzata in passato in dottrina.[145] Una tale ipotesi appare oggi chiaramente impraticabile, e ci metterebbe soltanto nella difficile (per non dire imbarazzante) condizione di dover di spiegare per quale motivo si sarebbe dovuto approntare una tutela pretoria a li-

---

[140] O. LENEL, *Pal.* 2.1019 nt. 3 («Ulpianus in his commentariis saepissime ipsa Sabini verba videtur referre, cuius tamen mentio a compilatoribus semper fere delabatur»); P. JÖRS, v. *Domitius Ulpianus*, in RE 9, 1903, 1442 ss.; a tali conclusioni si richiama, per l'appunto, G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 171.

[141] Salvo che non si voglia vedere la mano dei bizantini dietro l'impiego del verbo secondo quanto congetturato da G. BESELER, *Beiträge* 1 cit., 134, il quale proponeva di correggere nel seguente modo: <*ille recte scripsit*> [placet] neque mandati […]. Ipotesi che, per le ragioni che saranno immediatamente evidenziate nel testo, non è presa in considerazione da Lombardi.

[142] G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 172 («nella sua opera di esposizione del *ius civile* […] Ulpiano non ha ritenuto indispensabile aggiornare la decisione del vetusto maestro»).

[143] Così appunto G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 172 ss. e ivi nt. 77.

[144] Né d'altra parte si può seriamente pensare a un intervento manipolativo. Che di fronte a due diversi indirizzi processuali i compilatori passassero sotto silenzio quello più recente e che era stato peraltro accolto all'interno della compilazione, è ipotesi che difficilmente può ritenersi ammissibile: così giustamente già PH. MEYLAN, *Origine* cit., 130. Perlomeno si sarebbero premurati di aggiungere un esplicativo *id est praescriptis verbis* allo scopo di suggerire un accostamento con l'azione contrattuale estimatoria, alla luce soprattutto della (discussa) denominazione che della stessa sembra darsi in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. (*dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*): sul brano vd. *infra* § 5.

[145] V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari 1912, 22 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 103; PH. MEYLAN, *Origine* cit., 138 s.

vello edittale, per un rapporto, per il quale, si sarebbe sino a poco prima agito attraverso l'impiego di un'azione (l'*a.p.v.*) civile e contrattuale, ancorché decretale. Se la questione allora non si pose è solo perché si muoveva dal presupposto che quest'ultima azione fosse una creazione bizantina[146] o ancora che, pur essendo classica, fosse (o, meglio, potesse essere) anch'essa un'azione *in factum*.[147]

Scartata dunque l'eventualità di una citazione documentativa, va detto che tra le due ipotesi qui prospettate, ovvero tra un'anomalia rispetto al contratto estimatorio e una mancata tipizzazione edittale dello stesso, sembra si debba privilegiare la prima, e che dunque, al di là delle apparenze, il caso affrontato in entrambi i brani presentasse solo punti di contatto con l'*aestimatum*.[148] Ciò spiegherebbe il motivo per cui Ulpiano non abbia preso in considerazione la configurabilità di tale fattispecie contrattuale, operazione alla quale diversamen-

[146] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., passim.

[147] PH. MEYLAN, *Origine* cit., 137 ss. Il punto di vista dello studioso, in effetti, è poco limpido. Nel senso che, dopo aver preso posizione per la natura pretoria dell'azione («l'action *p.v.* était une action *i. f.*, elle était prétorienne»), lo stesso non si sentiva di escludere tuttavia che potesse esistere a livello edittale una seconda azione civile (analogamente a deposito e comodato), e che, con riferimento a questa azione, potesse essere stata impiegata l'espressione (*a.*) *praescriptis verbis* («il ne s'ensuit pas forcément que l'action *p.v.* soit une action prétorienne, car il pourrait avoir existé dans l'édit deux formules d'*aestimatum*, l'une originaire et *i.f. concepta*, l'autre dérivée et *in ius concepta* […] et c'est la seconde d'entre elles seul que pourrait avoir visé l'expression *p.v.* […] La question de savoir qui en est réellement ne nous preoccupe pas ici, et il nous suffit d'avoir montré que […] l'action *p. v.* pourrait avoir été prétorienne»). In un modo o nell'altro si veniva ad appianare, agli occhi di Meylan, il contrasto tra Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. e Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, potendosi così difendere l'autenticità di entrambi i brani.

[148] Un netto rifiuto sulla riconducibilità del caso qui esaminato all'interno del contratto estimatorio si trova espresso («We can therefore eliminate as having nothing to do with our negotium: D. 19. 5. 13. pr.») in W.W. BUCKLAND, *Aestimatum* (1927) cit., 77 s.; perplessità in P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 378; più recentemente anche in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 168 s. A invitare certo al dubbio è il fatto che qui Ulpiano si mostri categorico nell'escludere la configurabilità del *mandatum* che invece figurava fra i contratti indicati in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. come 'confondibili' con l'*aestimatum*: '*fuit enim magis dubitatum, cum res estimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio* […] *an ex locato* […] *an ex conducto* […] *a n m a n d a t i* '; senza contare il riferimento al contratto societario che non figura tra i modelli contrattuali indicati in Ulp. 32 *ad ed.*: la notazione può trovarsi già in P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 378. Alla fine l'ipotesi non è scartata del tutto neppure da G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 174, che si mostra certo consapevole delle gravi complicazioni che si legano alla tesi, verso la quale egli prioritariamente si indirizza, di una reinterpretazione ulpianea della soluzione sabiniana (*a. in factum*): «Se questa costruzione sembri troppo artefatta, si potrà ripiegare su quella sopra esposta delle due azioni, di cui quella *in factum* riferita a fattispecie in parte diversa dall'*aestimatum*».

te non avrebbe potuto sottrarsi, neanche nell'eventualità di una tutela meramente pretoria, edittale o decretale che fosse. È plausibile, come è stato variamente sostenuto, che a far divergere la fattispecie sia stata l'assenza di *aestimatio* (ancorché si parli di *pretium certum*),[149] o forse anche l'eventualità che non fosse qui prevista la restituzione della *res vendenda*,[150] che, al di là della precisa configurazione giuridica,[151] costituiva un tratto caratteristico dell'istituto.

Tenuto conto che l'assenza di rilievi critici da parte di Ulpiano alla soluzione

---

[149] Così («So, too, in D. 19. 5. 19. pr. nothing is said of *aestimatio*») W.W. BUCKLAND, *Aestimatum* (1927) cit., 77 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 206; da ultimo anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 168. In senso contrario, per una svalutazione di tale argomento A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 105 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 32 nt. 5, che prende in considerazione l'ipotesi di una soppressione del riferimento all'*aestimatio* da parte dei compilatori.

[150] Così E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 168 s., con una ricostruzione della vicenda che andrebbe però parzialmente riconsiderata, almeno per quanto riguarda la possibilità che il prezzo fosse stato pagato dall'accipiente già al momento della consegna e in maniera irreversibile, in termini che avrebbero dovuto indurre a questo punto Ulpiano a inquadrare la fattispecie nella vendita: come altro definire una vicenda in cui taluno paga una somma di denaro per una *res* che non potrà egli restituire a chi gliel'ha trasferita definitivamente e su cui dunque ha ragionevolmente acquistato il dominio (perlomeno bonitario)? Così l'autore: «non si fa cenno infatti alla possibilità per l'*accipiens* di riconsegnare la *res aestimata* al *dans* […] tale opportunità sembra essere stata appositamente esclusa […] il *dans* ottiene immediatamente l'impegno a versare il prezzo […] avendo il primo già versato al secondo il *certum pretium* al momento della consegna iniziale del bene»). Del resto, a voler adottare la ricostruzione ipotizzata dallo studioso, si verrebbe a configurare una vicenda negoziale a dir poco singolare, di cui sfuggirebbe il significato economico, prima ancora che giuridico: una vendita – o comunque un trasferimento a titolo oneroso della proprietà di un bene a voler seguire il diverso indirizzo solutivo di Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16 (e di *datio rei certo pretio* discorre del resto l'autore) – con mandato a vendere una cosa (a quel punto) non più propria (con mandato da ritenersi 'nullo' per carenza di interesse: *mandatum tua gratia*). Si dovrebbe semmai pensare a un 'mandato' a vendere irreversibile dal solo lato passivo del rapporto, ma revocabile dal 'mandante' *re adhuc integra* (il che avrebbe escluso la vendita o la *datio rei certo pretio*), con la facoltà per il 'mandatario' di lucrare sulla differenza (escludendo così il mandato, ma anche la *societas* per le ragioni chiarite nel brano: *non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*).

[151] Nel senso di un'obbligazione alternativa vd. E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 139 ss., che invoca PT. 4.6.28 ove il pagamento dell'*aestimatio* è posto sullo stesso piano ('ἢ […] ἢ') della restituzione della *res* ('ἢ φέρε μοι νομίσματα ἢ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα'); in senso contrario A. ALEMÁN MONTERREAL, *El contrato estimatorio* cit., 53 ss.; ID., *Consideraciones sobre Ulpiano 32 ad edictum D. 19,3,1,1 de aestimatoria*, in *El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno. IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano* (Las Palmas de Gran Canaria 1, 2 y 3 de febrero de 2006), Las Palmas de Gran Canaria 2007, 91 ss., la quale vede piuttosto nella restituzione una mera *facultas* accordata all'accipiente per sciogliersi dall'(unico) obbligo di pagare il prezzo («obligación *cum facultate solutionis*»).

di Giuliano (nel § 1) deve far pensare a un'adesione al punto di vista del giurista adrianeo, e considerato ancora che poco prima, nello stesso contesto tematico, Ulpiano si era fatto suggeritore del ricorso a un'azione *in factum*, da ritenersi (per le ragioni chiarite) civile, ecco che allora esce rafforzata l'ipotesi che al medesimo modello processuale si stesse rifacendo anche Giuliano per il caso esaminato nel § 1 e che dunque anche il giurista adrianeo stesse proponendo l'impiego di un'azione contrattuale atipica.

Quanto poi all'inciso '*id est praescriptis verbis*' pare improbabile l'ipotesi di un intervento compilatorio, visto che non risulta agevole comprendere il motivo per cui i commissari avrebbero dovuto attendere solo il secondo riferimento all'*actio in factum* per procedere alla consueta identificazione con l'*actio praescriptis verbis*. Tanto più che così facendo sarebbe potuto insorgere il dubbio se anche la prima locuzione dovesse intendersi riferita all'*a.p.v.* o invero ad azione con *formula in factum*, come peraltro sarebbe stato più logico ritenere proprio in considerazione della mancata assimilazione a così breve distanza: per quanto, va detto, tale incertezza, scomparsa oramai da tempo l'antica procedura formulare, non avrebbe determinato inconvenienti di significativo rilievo.

Sembra pertanto preferibile pensare a una glossa rientrata nel testo, in una fase in cui il brano ulpianeo non fosse ancora andato incontro all'opera di sunteggiatura da parte dei commissari, e in cui pertanto, in considerazione della (presumibile) maggiore estensione della stesura originaria, le due ipotesi oggi affrontate nel pr. e nel § 1 non risultassero così ravvicinate da suscitare interrogativi sull'opportunità di ricorrere a una tale precisazione: tanto più che la fruizione privata dell'opera non richiedeva lo stesso livello di attenzione che accompagnava invece la realizzazione di una raccolta ufficiale, come quella di Giustiniano, che perseguiva finalità di tipo legislativo. Nulla di strano, poi, che nel rabberciare il brano i commissari non si siano avveduti dei profili di antinomia che, a quel punto, avrebbero potuto venire astrattamente a delinearsi tra le due soluzioni.

1.4. L'*actio in factum* di Giuliano come adeguamento dell'*actio pro socio* (azione *ad exemplum* di tipo specifico). Analogie e differenze rispetto all'*a. in factum civilis* di Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: la tesi di Artner.

Guardando in concreto all'azione concessa dal giurista adrianeo, tenuto conto delle analogie che la vicenda negoziale sembrerebbe in effetti presentare col contratto societario, non sarebbe azzardato pensare a un intervento adeguativo

del modello processuale dell'*actio pro socio*, secondo lo schema proprio delle c.d. 'klageerweiternden *actiones in factum*',[152] recuperando così una proposta che era particolarmente diffusa in dottrina,[153] prima che gli esiti delle ultime indagini di Pernice[154] inducessero gli studiosi a impegnarsi in una complessiva riconsiderazione della *dissensio* giulianea rispetto alle vedute aristoniane, nei termini che già conosciamo.

Occorre del resto tenere presente che Ulpiano si occupa della fattispecie nel *l.* 30 *ad Sab.*, e dunque all'interno di una *sedes materiae* in cui si trovano esaminate molte questioni riguardanti il contratto di società e il connesso istituto della *communio*.[155] Non è dunque insensato ritenere che anche Giuliano si occupasse di tale ipotesi in una più ampia trattazione dedicata alla *societas*, non risultando per contro verosimile la collocazione del brano in materia di *actio commodati* secondo quanto suggerito da Lenel[156] sulla base dell'indicazione, molto probabilmente erronea, contenuta nel brano ulpianeo ('*Iulianus libro undecimi digestorum scribit*').[157]

D'altra parte, al di là delle apparenze, non sembra si possa seriamente dubitare del fatto che Giuliano considerasse l'ipotesi qui presa in esame come un'anomalia all'interno del contratto di società: anomalia che si arrestava peraltro al

---

[152] In relazione alla distinzione che si è soliti porre tra «klageerweiternden *actiones in factum*» (caratterizzate da estensione del normale ambito applicativo di azioni edittali attraverso un adattamento del modello di riferimento, come nel caso paradigmatico delle *actiones ad exemplum legis Aquiliae*) ed «eigenständigen *actiones in factum*», in cui si assisterebbe diversamente alla predisposizione di un'azione del tutto nuova, e dunque svincolata da un modello edittale di riferimento ('völlige Klage-Neuschöpfungen') si rinvia, da ultimo, a P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 9 ss.; sulla questione, ancor prima, W. SELB, *Actiones in factum und Formeltechnik*, in G. FROTZ, W. OGRIS (a cura di), *Festschrift H. Demelius zum 80. Geburtstag. Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, Wien 1973, 223 ss., 234 s.; ID., *Formulare Analogien* (*Studi Biscardi* 3) cit., 315 ss., 325 s.; ID., *Formulare Analogien* (*Studi Sanfilippo* 5) cit., 727 ss., 759.

[153] Nel senso di un'*actio in factum proxima actioni pro socio* vd., ad es., C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 89 e ivi nt. 12.

[154] Si consideri il differente punto di vista sostenuto dallo studioso in A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 64, su cui vd. *infra* in questo stesso §.

[155] O. LENEL, *Pal.* 2.1131.

[156] O. LENEL, *Pal.* Iul. 171; opportunamente, nota l'incongruenza del dato palingenetico rispetto alle questioni agitate nel frammento («der Standort paßt allerdings nicht zum Inhalt des Fragments»), non essendovi alcun riferimento nel brano al contratto di comodato, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 363.

[157] Ipotizza un errore di scrittura da parte del copista, rispetto a un originario riferimento al *l.* 14 in materia di *actio pro socio*, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 139 nt. 363.

profilo giuridico della disciplina, per così dire, dei beni societari, ma che non toccava quello propriamente causale, del *nomen iuris*. A essere in discussione, in altri termini, non era il fatto che le parti volessero svolgere insieme, in forma societaria, un affare. Per lo meno non doveva esserlo agli occhi del giurista. Quanto ai contraenti, invece, non vi sono elementi per ritenere che vi fosse una preventiva e specifica attenzione verso la questione dell'individuazione dello schema contrattuale nel quale calare la concreta operazione negoziale realizzata, secondo quanto si è invece recentemente supposto, col richiamo peraltro a logiche argomentative che, a nostro modo di vedere, appaiono difficilmente applicabili a un'esperienza contrattuale come quella romana, che non si presta a essere riassunta nelle rigide griglie concettuali oggi fissate per il tramite delle moderne nozioni di autonomia privata, tipicità (giuridica) e meritevolezza degli interessi.[158]

A essere qui segnalata era piuttosto una deviazione sul piano dei meccanismi giuridici (*ius*),[159] i quali non erano comunque ritenuti tali da incidere sulla funzione che le parti andavano in concreto a perseguire sul piano economico attraverso l'indicata operazione commerciale,[160] ma neppure sui processi formativi del contratto, quasi che attraverso il qui previsto trasferimento della proprietà, si venisse a configurare, nelle intenzioni dei contraenti, la volontà di realizzare una *societas re contracta*, ignota al diritto romano.[161]

---

[158] Un certo irrigidimento su posizioni dogmatiche moderne si riscontra, crediamo, nella recente analisi di R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37 s. («in altri termini, il tipo edittale è, in linea di principio, indisponibile, nel senso che l'autonomia privata non può, modificandolo, snaturarne i contenuti essenziali; per converso, per dar vita ad una figura atipica, che non abbia i caratteri di una mera alterazione arbitraria di un tipo edittale economicamente equivalente, che si risolverebbe in un'operazione priva di senso, occorre una seria giustificazione in concreto»); sempre nel segno di un'esigenza di raccordo tra certezza del diritto e autonomia negoziale, vd., da ultimo, anche P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 123 s., per il quale, come si è accennato, «un uso abnorme dell'autonomia negoziale» si sarebbe tradotto in una «lesione del principio della certezza del diritto, sotto il duplice profilo, formale e sostanziale».

[159] Così nella sostanza, ma con significative divergenze sia sul versante dell'individuazione dei punti di deviazione, che su quello della soluzione processuale adottata da Giuliano, anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37, su cui vd. *infra* ntt. 161, 165.

[160] A un profilo funzionale identitario pensa anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37.

[161] Così invece R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37 («la fattispecie tipica non si integra per un arbitrario discostamento procedimentale rispetto al suo modello formativo, che è puramente consensuale»); diversamente P. VOCI, *La dottrina* cit., 216 nt. 2, per il quale la natura consensuale del contratto sarebbe qui confermata dal modo di esprimersi del giurista («c'è un *pati…ut*: così è descritto l'accordo iniziale su lo scambio delle prestazioni»).

In effetti, se si riduce l'intero discorso di Giuliano alla sua struttura essenziale, sarà possibile apprezzare come l'analisi del giurista finisca in definitiva per concentrarsi sui diversi meccanismi attuativi messi a disposizione delle parti per l'esercizio in forma societaria di un'intrapresa economica,[162] precisando in particolare entro quali limiti e in che misura si potesse ammettere la c.d. *societas quoad sortem*.[163] Per quella c.d. *quoad usum*, come si è visto, non vi erano profili problematici: la consegna non traslativa dell'*area*, così come il semplice affidamento del *puer docendus* erano pacificamente fatti rientrare all'interno dello schema societario. Era per quella *ad sortem* che occorreva piuttosto stabilire sino a che punto fenomeni traslativi del dominio da parte di uno dei soci potessero ritenersi compatibili con la struttura del contratto. Di qui appunto la distinzione tra trasferimento integrale, parziale e infine 'comunicativo', rispetto ai quali un'incoerenza con i caratteri del contratto societario era fissata solo per il primo (trasferimento integrale): incoerenza che non intaccava però, come si è detto, la funzione economica che si veniva concretamente a perseguire.

In sostanza, si trattava di ipotesi che richiedeva o poteva comunque essere agevolmente risolta attraverso una *demonstratio* adeguata *in factum*, più che mediante un'*actio in factum concepta*. Ci troviamo di fronte a un approccio argomentativo di tipo evidentemente analogista, con esito sostanzialmente assimi-

---

[162] Sulla questione e in particolare sulla possibilità dei contraenti di regolare in forme differenti i propri interessi sfruttando al meglio le larghe maglie offerte dalla struttura minimale del modello societario, con gli ampi margini di autonomia che ne conseguivano, vd. M. TALAMANCA, *Costruzione* cit., 26, 332 nt. 108, con riferimento, di sfuggita, a Ulp. 30 *ad Sab*. D. 19.5.13.1; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera* cit., 6 ss., con letteratura.

[163] Sulla distinzione tradizionale tra i due modelli societari (*quoad sortem*; *quoad usum*), in ragione del fatto che si mettesse a disposizione per il perseguimento del fine sociale, rispettivamente, la proprietà o il semplice uso delle cose conferite, vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XV cit., (§ 961), 372 («nachdem die Beiträge von Sachen entweder bloß dem Gebrauche nach, oder auch selbst dem Eigenthume nach gemeinschaftlich sind»); propone piuttosto di distinguere tra *quoad dominium*, *quoad sortem*, *quoad usum*, P. CORNIOLEY, *De 'la communicatio rerum' dans la societas omnium bonorum*, in W.G. BEKKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD (a cura di), *Sein und Werden. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, 505 e ivi nt. 49; per un impiego in senso lato della nozione di *societas quoad sortem*, per la quale sarebbe sufficiente l'attribuzione della disponibilità giuridica del bene, ancorché in assenza di una effettiva comproprietà, vd. anche M. TALAMANCA, *Costruzione* cit., 26 s., 331 nt. 103; sulla questione vd. pure G. SANTUCCI, *Il socio d'opera* cit., 24 s., 46 s.; più recentemente E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 165 s. nt. 206.

lativo, e dunque con invarianza sul piano del *nomen actionis*.[164] La precisazione (circa l'avvenuto trasferimento della *res*) sarebbe in definitiva servita a modificare i presupposti di integrazione (non certo di perfezionamento) del contratto,[165] in modo da superare le riserve che sarebbero potute emergere in sede di giudizio nel considerare *societas* un rapporto che aveva dato luogo a un integrale, ancorché momentaneo, trasferimento del bene 'societario', col risultato finale di rendere possibile un'estensione del normale ambito applicativo dell'azione edittale di riferimento (*a. pro socio*).

Sempre da questo punto di vista, è bene notare che l'area era destinata a ritornare, ancorché parzialmente, nella disponibilità del 'socio', iniziale proprietario. Ciò significa che, al termine dell'intera vicenda negoziale, si sarebbe venuta a determinare una situazione nella sostanza non dissimile rispetto a quella che si sarebbe configurata nel caso in cui, sin dall'inizio, il proprietario avesse effettuato un trasferimento parziale dell'area, con l'accordo di ricevere in cambio la costruzione di un'*insula* sulla parte di cui aveva mantenuto la proprietà. Ipotesi per la quale sappiamo che Giuliano non intravedeva ostacoli alla configurazione di una *societas*, come si ricava (lo si è gia evidenziato) dal ragionamento conclusivo:

[…] *si quis areae dominium non transtulerit* […] *erit societas. Idemque, et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus est*.

Ciò potrebbe appunto giustificare e rendere ancor più verosimile la decisione del giurista di concedere l'azione contrattuale, anche se opportunamente modificata (*in factum*). Ed è certo interessante notare come a non molto differenti conclusioni fosse giunto anche Pernice,[166] in un noto studio sul contratto

[164] In proposito vd. *supra* cap. II § 7; G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 18 ss. Pur in una prospettiva di tipo analogista, pensa a una più blanda similitudine sostanziale e dunque processuale con i tipi contrattuali indicati nel brano J. CUJACIUS, *Ad lib. XI digestorum Salvii Juliani Recitationes solemnes. Ad §. Julianus L. XIII. De praescript. verb.*, in *Opera* III cit., 802: «actionem praescriptis verbis, quae dari solet ex contractu, qui nomine vacat, et similitudinem tamen aliquam habet cum his, qui nomine praediti sunt».

[165] Senza che appunto venisse messa in discussione la natura consensuale della vicenda negoziale qui posta in essere, secondo quanto invece suggerisce, come si è detto, R. FERCIA, *Il fieri* cit., 37.

[166] Così («Für den wirtschaftlichen Effect macht es gar nichts aus, ob ich das Eigentum an der Sache nur halb übertrage oder gleich ganz und später zur Hälfte wieder erhalte. Aber juristisch ist die Auffassung eine wesentlich verschiedene: im letzteren Falle erscheint die vorzuneh-

societario romano, apparso anch'esso sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* solo pochi anni prima che lo studioso si lasciasse conquistare dall'idea di un sistematico ricorso all'azione pretoria da parte di Giuliano; idea che, come si è visto, avrebbe per lungo tempo dominato il dibattito storiografico, riscuotendo ancora oggi discreto credito in dottrina.

Alla luce di tali considerazioni, non pare condivisibile il punto di vista di recente espresso da Artner, il quale, pur sembrando propendere in un primo momento per l'*actio pro socio*, quale Musterklage su cui congegnare il concreto programma di giudizio contenuto nell'*actio* (*in factum*) *praescriptis verbis*,[167] e ritenendo d'altra parte la *societas* il contratto (verosimilmente) più vicino all'ipotesi qui considerata,[168] ha finito però per prospettare una connessione con il punto di vista labeoniano che troviamo espresso nel notissimo Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1.[169] Connessione che nelle intenzioni dell'autore dovrebbe anche spiegare il motivo che avrebbe indotto Giuliano a discutere di *actio in factum* (sottinteso *civilis*),[170] piuttosto che di *a. praescriptis verbis*.

Si tratta di una proposta che lascia però dubbiosi, se solo si considera che, sempre secondo Artner, l'*actio in factum civilis* concessa in quell'occasione da Labeone avrebbe costituito un modello distinto rispetto all'*agere praescriptis verbis*, per quanto ad esso imparentato: ciò perché si sarebbe proceduto non attraverso un adeguamento della *demonstratio* tipica (come per l'*a.p.v.*), ma mediante la predisposizione di una *demonstratio* del tutto nuova, in grado di assicurare dunque più ampi margini di intervento sul piano della *conceptio verborum*.[171] *Demonstratio* che, nel caso specifico esaminato all'interno del brano pa-

---

mende Arbeit als modus, die Rückübertragung als causa; es ist also a. praescriptis verbis begründet») A. PERNICE, *Zur römischen Gesellschaftsverträge* cit., 64, con l'osservazione non meno significativa per cui «Mit dieser Anschauung steht Julian nicht allein; sie ist offenbar die im spätklassischen Rechte allgemeine».

[167] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141: «ist nicht unwahrscheinlich, daß er das von ihm vorgeschlagene Rechtsmittel nach dem Muster der in diesen Fällen anwendbaren Klagen, insbesondere der *actio pro socio*, gestalten wollte».

[168] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 140: «Vielleicht sthet die Absprache […] nach Ansicht des Julian diesem Geschäftstypus am nächsten».

[169] Così («Julian scheint damit von Labeo in D. 19.5.1.1 aufgebrachten Gedanken aufzunehmen und weiterzuentwickeln») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141.

[170] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141.

[171] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 89: «Der Unterschied zwischen *agere praescriptis verbis* und *actio in factum civilis* besteht bei Labeo also darin, daß durch *praescripta verba* eine vorhandene *demonstratio* verändert und den Bedürfnissen des konkreten Begehrens angepaßt

pinianeo, sarebbe stata ricavata dalla «Kombination aus zwei typisierten *demonstrationes*»,[172] con un'ipotesi che induceva in quell'occasione l'autore a suggerire la seguente formula:

QUOD A^S A^S DE N^O N^O NAVEM CONDUXIT AUT N^O N^O MERCES VEHENDAS LOCAVIT, Q. D. R. A., QUIDQUID OB EAM REM N^M N^M A^O A^O DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA etc.[173]

Non è il caso qui di soffermarsi sulla proposta di differenziazione avanzata dallo studioso tedesco, la quale, almeno nei termini in cui è formulata, suscita qualche perplessità, soprattutto per il fatto che essa non sembra tenere adeguatamente conto della circostanza che altrove le fonti, di fronte al medesimo caso di incertezza in ordine alla qualificazione della fattispecie, suggeriscono piuttosto il ricorso ad azione diversamente ed espressamente qualificata come *praescriptis verbis*: si pensi, per tutti, al caso dell'*aestimatum*. Ciò che conta piuttosto e maggiormente evidenziare è che, nell'ipotesi affrontata in Ulp. 30 *ad Sab.*, i rilievi di Giuliano in ordine all'individuazione dello strumento processuale da accordare non sono da mettere in relazione a una presunta idoneità della fattispecie a essere suscettibile di inquadramento in una pluralità di schemi negoziali, come nel caso appunto esaminato da Labeone in Pap. 8 *quaest.*, e come vorrebbe far intendere Artner.[174]

Essi al contrario discendono dal fatto che l'operazione negoziale posta in essere dalle parti non si lascia propriamente ricondurre, per le ragioni prima chiarite, a nessuno dei tipi negoziali edittalmente tutelati.

Il che ovviamente implica che, nel caso di specie, l'impiego di una formula combinatoria, del tipo prima indicato, si sarebbe rivelato del tutto inappropriato, visto che nessuno degli schemi negoziali richiamati si sarebbe dimostrato in grado di assicurare una corretta qualificazione alla fattispecie, con conseguente

---

wird; die *actio in factum civilis* dagegen bildet eine neue *demonstratio* und gewährt damit den an der Formelabfassung beteiligten Juristen größere Freiheiten».

[172] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 89 e ivi nt. 112, ove non si esclude che la fusione delle due *demonstrationes* tipiche potesse aver luogo (piuttosto) in una (vera e propria) *praescriptio*.

[173] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 88.

[174] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141: «Die Unsicherheit der Qualifikation einer bestimmten Abrede soll nicht zu Lasten ihrer Klagbarkeit gehen, wenn sie als Mischtatbestand aus mehreren in Frage kommenden Verträgen, die mit *bonae fidei iudicium* ausgestattet sind, erscheint».

adeguata regolamentazione del rapporto. Si leggano i due brani nella parte che qui interessa.

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1: Iulianus libro undecimi digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, *neque* emptionem esse [...] *neque* mandatum [...] *neque* societatem.

Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: Domino mercium in magistrum navis, *si sit incertum,* utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit […]

E del resto la sensazione è che l'invocata analogia con Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1 si riduca in concreto alla semplice circostanza che, in entrambe le ipotesi, la descrizione della *res de qua agitur* sarebbe avvenuta tramite la predisposizione di una nuova e apposita clausola, piuttosto che attraverso il semplice adattamento (mediante *praescripta verba*) della *demonstratio* di uno specifico programma di giudizio.[175]

In definitiva Giuliano avrebbe concesso l'*actio civilis in factum* labeoniana, la quale finisce per assumere sempre più la valenza di azione contrattuale generale sussidiaria rispetto all'*a.p.v.* Non dunque una semplice estensione di azione di buona fede edittale (previo adattamento alla peculiarità del caso), ma strumento costruito sul più ampio modello delle azioni di buona fede,[176] da impiegarsi nell'impossibilità di procedere a una semplice rimodulazione del programma di giudizio previsto per il caso edittale analogo, in rispondenza a schemi logico-argomentativi di tipo deduttivo, che come tali avrebbe dovuto essere (diversamente) orientati alla valorizzazione e all'impiego di categorie di carattere generale: in sostanza, la tutela avrebbe finito per risultare subordinata a una riconducibilità dei casi singoli all'interno di preordinati modelli concettuali.

Eventualità che non sembra però coerente con l'impostazione complessiva dell'argomentazione giulianea, che, col richiamo a una vicenda contrattuale si-

[175] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141: «Wie in D. 19.5.1.1 werden nicht eigentlich *praescripta verba* zur Modifikation einer bestimmten *demonstratio* eingesetzt, sondern eine eigene Klausel, die diese Funktion übernimmt, gebildet».

[176] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141 («[…] nach dem Muster der in diesen Fällen anwendbaren Klagen […] Eine *intentio incerta* mit *bonae fidei*-Klausel ist allen in Frage kommenden Rechtsmitteln ebenso gemeinsam wie die Beschreibung des Rechtsverhältnisses in einer *demonstratio*»).

mile, segue gli schemi logici propri dell'argomentare per analogia, basati sul raffronto tra *species*, più che sulla riconduzione di *species* all'interno di un *genus*.

Per concludere, va detto che da altro punto di vista il brano offre interessanti spunti per tornare a riflettere con maggiore attenzione sull'effettiva latitudine della c.d. prospettiva anomalista sabiniana,[177] tenuto conto che la fattispecie in questione sembrerebbe offrire profili problematici per un'assimilazione piena (formale) con la *societas*, sensibilmente ridotti rispetto a quelli che si venivano invece a profilare nell'ambito della permuta, i quali avrebbero dovuto più significativamente sconsigliare, per ragioni di logica sostanziale, ma anche e soprattutto processuale,[178] una sua riconduzione all'interno dello schema dell'*emptio venditio*.

2. Afr. 8 *quaest*. D. 19.5.24. Tra *pecunia credita* e *mandatum pecuniae credendae* con prestazione di tributo.

Neppure nel senso voluto dalla dottrina tradizionale sembra potersi invocare Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24. È il caso di andare a leggere la testimonianza.

D. 19.5.24 (Afr. 8 *quaest.*): *Titius Sempronio triginta dedit, pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius esset, id est ex sorte decederet; aut si et sortem, et usuras summa tributorum excessiset, id, quod amplius esset, Titius Sempronio praestaret, neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegis-*

[177] Per un suo ridimensionamento si era pronunciato, del resto, già A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 s.; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 253 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 571 nt. 6; diversamente A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 110; sulla questione ci limitiano qui a segnalare, con diverse conclusioni, M. SCHANZ, *Die Analogisten* cit., 309 ss.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 33 s.; L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano. Repertorio di strumenti per una lettura ideologica*, Torino 1975, 136 ss.; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981, 20 s., 254 s.; P. STEIN, *Le scuole* cit., 6 s.; per una panoramica generale sul punto vd. G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 59 s. e ivi ntt. 132-133.

[178] Basti riflettere sulla difficoltà di stabilire quale delle due azioni scaturenti dal rapporto (*a. empti*, *a. venditi*) si dovesse di volta in volta concedere ad attore e convenuto, essendo entrambi al tempo stesso compratore e venditore: in proposito vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 54 nt. 172.

set, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi posset? Respondit, pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi; verum in proposito videndum, ne non tam foenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset. Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine praestare debuisse. Quare[179] *tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim quum illud quoque convenisset ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet; quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat.*

Il brano è ricavato dai *quaestionum libri IX* di Africano, opera concepita, secondo quanto già intuito da Accursio,[180] e prima ancora dallo stesso Doroteo,[181] come una sorta di raccolta antologica dei pareri rilasciati da Salvio Giuliano ai propri *auditores* (fra questi, si sa, vi era con ogni verosimiglianza lo stesso Africano, come peraltro si vorrebbe evincere da Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3.4)[182] sia in

[179] QUAE nel testo della *littera Florentina*: così TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti. Volumen I*, Berolini 1898, 579 nt. 2 (l. 37).

[180] Con riferimento, ad es., ad Afr. 5 *quaest.* D. 33.8.16, vd. *Infortiatum seu Pandectarum iuris civilis. Tomus secundus, ex pandectis Florentinis*, Aureliae cIↃ. IↃc. XXV (1625), *Digestorum l. XXXIII De peculio legato. Tit. VIII. Ad l. XVI Africanus libro quinto quaestionum*, 1263 s. lett. *f* («*Respondit*. Iulianus magister meus. ACCURS.»), lett. *l.* («*Negavit*. sc. Iulianus magister meus»); al riguardo vd. J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus I. Ad L. Cum falsum 46. D. de acquir. haered.*, in *Opera* IV cit., 11; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 177 nt. 26; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico* cit., 24 nt. 140.

[181] Sch. Τίόν τις a Bas. 48.3.23 (Hb. IV 635 s. = Schelt. B VII 2833) 'ἀπεκρίνατο Ἰουλιανός'; sch. Ὅτε ὁ παρακληθεὶς a Bas. 48.4.49 (Hb. IV 683 = Schelt. B VII 2885) 'εἶπεν Ἰουλιανός'; sch. Στατουλίβερ κελευσθεὶς a Bas. 48.5.16 (Hb. IV 700 = Schelt. B VII 2901 s.) 'λέγει Ἰουλιανός ὡς ἀναφέρει αὐτὸν ὁ Ἀφρικανός'. In proposito vd. H. BUHL, *Africans Quaestionen und ihr Verhältniss zu Julian*, in ZSS 2, 1881, 197 s.; ID., *Salvius Iulianus* 1 cit., 80 e ivi nt. 1; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 177 nt. 26; F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'* cit., 296 nt. 24.

[182] Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3.4 '*Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? et Iulianus Sexto Caecilio Africano respondit locum esse praeiudicio*'. Su Sesto Cecilio Africano vd. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 177 ss.; W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890, 66 ss.; R. ORESTANO, v. *Africano Sesto Cecilio,* in Noviss. dig. it. 1, Torino 1957, 392, con bibliografia; A.M. HONORÉ, *Julian's Circle*, in TR 32, 1964, 9 ss.; P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D. 35.2.88 pr.)*, in IVRA 22, 1971, 127 ss.; A. WACKE, *D. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in

ordine a casi ipotetici da questi ultimi sollevati in ambito didattico (*quaestiones*), sia ancora in relazione a casi concreti portati all'attenzione del giurista da parte di privati, come nell'ipotesi per l'appunto presa in considerazione nel nostro frammento.[183]

Che anche in questa sede il pensiero riferitoci sia da attribuire al giurista adrianeo deve ritenersi provato dal passaggio alla forma infinitiva retta da '*respondit*', il cui soggetto è per l'appunto da identificare nel *conditor edicti*.[184] Non

---

ANRW II 15, Berlin-New York 1976, 458 ss.; F. CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 86 ss.; L. RODRÍGUEZ-ENNES, *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, in IVRA 50, 1999, 129 ss.; T. GIARO, *Afrikan und die reductio ad absurdum*, in J. D. HARKE (a cura di), *Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin 2011, 1 ss.

[183] In questo senso vd. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 195 s.; anche se in misura sensibilmente ridotta, sono contenuti anche pareri rilasciati dallo stesso Africano, come è provato dal ricorso in taluni casi alla prima persona singolare '*respondi*' (D. 23.4.23; 24.3.34; 30.108.2; 42.2.7) in luogo della terza persona singolare '*respondit*' (in proposito vd. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 195 nt. 27), senza contare le ipotesi in cui egli prendeva le distanze dal proprio maestro: si pensi a Afr. 8 *quaest.* D.19.2.33, su cui vd. A. WACKE, *D. 19, 2, 33* cit., 455 ss.; H. ANKUM, *Afrikan Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in ZSS 97, 1980, 157 ss. Per quanto riguarda la datazione dell'opera, ritenuta successiva alla codificazione dell'editto (in questo senso D. 37.5.18, in cui si fa riferimento ad una *nova clausola Iuliani*), vd. H. FITTING, *Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basel 1860, 15, il quale, argomentando da D. 38.17.2.8 e dall'appena richiamato D. 24.3.34 (messo a raffronto con D. 24.3.2.2), sembrerebbe porre come termini di riferimento l'emenazione del *S.C. Tertullianum* e la stesura del *l.* 48 *dig.* di Giuliano, per quanto poi in concreto l'autore pensasse (più genericamente) a un'età a cavaliere tra (la fine del)l'epoca adrianea e quella di Antonino Pio; in senso contrario P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 196, a detta del quale il materiale giulianeo sarebbe stato raccolto subito dopo la morte del giurista adrianeo («erst nach Julians Tode»); sempre sulla datazione vd. A.M. HONORÉ, *Julian's Circle* cit., 18 e ivi nt. 76, che propende per una pubblicazione succcessiva al 155; A. WACKE, *D. 19, 2, 33* cit., 460; H. ANKUM, *Afrikan Dig. 19.2.33* cit., 157: «nach der julianischen Ediktsredaktion (um 135 n. Chr.) und vordem Ende der Regierungszeit des Ant. Pius (161 n. Chr.)». In relazione alla possibilità che i commissari giustinianei si siano avvalsi di un'edizione più tarda vd. W. KALB, *Roms Juristen* cit., 67. Sull'eventualità che l'opera costituisca una sintesi postclassica dei *digesta* di Giuliano e delle *epistulae* di Africano vd. favorevolmente F. SCHULZ, *History of Roman legal Science*, Oxford 1946, 230 s.; in senso contrario vd. già L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*,[3] rist., Palermo 1952, 245 nt. 4 («poco credibile e del resto indimostrabile»); P. CERAMI, *Considerazioni* cit., 129 s. e ivi nt. 6; possibilista T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 34 ss., 78 ss. Ulteriori indicazioni in F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale* cit., 296 nt. 24.

[184] Così H. BUHL, *Africans Quaestionen* cit., 194 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 177 nt. 26; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 185; E. BETTI, *Sul valore* cit., 38 («certo

sembrano pertanto condivisibili le perplessità recentemente avanzate in dottrina[185] in ordine alla paternità della soluzione: non certamente in relazione alla decisione di accordare, come vedremo un'*actio in factum praescriptis verbis*.

La fattispecie descritta risulta estremamente articolata[186] e ancora una volta non suscettibile di preciso inquadramento all'interno dei tradizionali schemi sinallagmatici, così come li conosciamo dal *tractatus* paolino di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.[187] *Titius* consegna una somma di denaro a *Sempronius*, il quale si impegna a pagare il *tributum* dovuto da *Titius*, facendo ricorso agli interessi maturati sul capitale, da computarsi nella misura del 6%. Pagato il tributo, *Sempronius* avrebbe dovuto restituire, in aggiunta al capitale, la somma di interessi eventualmente rimasta. Nel caso in cui l'importo dell'imposta si fosse rivelato maggiore rispetto a quello degli interessi così computati, *Sempronius* avrebbe dovuto attingere al capitale, deducendo la somma così prelevata da quella che andava restituita a conclusione dell'intera operazione negoziale. Da parte sua *Titius* si impegnava a tenere indenne *Sempronius*, rifondandogli quanto esborsato, nell'eventualità che l'insufficienza del capitale lo avesse costretto ad aggiungere di tasca propria la somma necessaria per far fronte al pagamento del *tributum*.

Sembrerebbe, inoltre, che nelle intenzioni delle parti *Sempronius* ricevesse la somma di denaro per impiegarla in attività feneratizie per conto di *Titius*: per cui la misura concordata del 6% era da considerarsi il tasso di interessi a cui avrebbe dovuto dare a prestito il capitale, più che la misura di interessi che *Sempronius* si impegnava a pagare per la somma di denaro da lui ricevuta in prestito.

---

da Giuliano»); più di recente A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141; ID., *I contratti innominati* cit., 79; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 189 nt. 25, 198; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134; («verosimilmente») A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 33 nt. 17; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 38.

[185] M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 272 s. («sempre incerto se Africano parli in prima persona o riporti le opinioni del suo maestro»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 214 nt. 42.

[186] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 200 («complessa convenzione»); egualmente («Komplizierte Abrede») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 132; non diversamente, di «macchinoso accordo» discute T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 210; da ultimo denuncia la complessità della vicenda negoziale J. PLATSCHEK, *Das Edikt de pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München 2013, 138.

[187] In questo senso vd. già P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 187; più di recente anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 200 ss.; ritiene invece si tratti di un normale caso di *facio ut des* R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 535 nt. 176. Sul tormentato brano paolino vd. vol. II, cap. IV §§ 2.1-3, nonché cap. V § 1.1.

Al di là di ulteriori considerazioni di ordine lessicale,[188] nel senso qui indicato pare soprattutto deporre il riferimento alla possibilità di *Sempronius* di trattenere gli interessi maturati oltre l'aliquota convenuta del 6 %. Si tratta infatti di precisazione che mal si accorda con l'ipotesi di un semplice prestito di consumo, considerato che, in tal caso, ogni decisione, su forme e modi di un impiego della somma di denaro ricevuta a titolo di mutuo in eventuali operazioni feneratizie, sarebbe spettata unicamente al mutuatario, ormai proprietario della somma di denaro, senza che si potesse anche solo ipotizzare la necessità di un assenso o di un'apposita autorizzazione a tal fine da parte del mutuante.[189] Si tratta naturalmente di un aspetto non marginale, in grado di incidere significativamente, come si potrà facilmente comprendere, sulla qualificazione della fattispecie.

Occorre infine tenere presente che le parti non si erano date cura di ricorrere a una *stipulatio* nella quale riversare il contenuto complessivo[190] dell'accordo o anche del solo patto usurario ('*neque de ea re ulla stipulatio interposita est*').[191]

A rivolgersi a Salvio Giuliano era *Titius* (*Titius consulebat*), il quale chiedeva chiarimenti in relazione alle modalità con cui ottenere la somma di interessi rimasta nella disponibilità di Sempronio una volta che questi aveva provveduto al pagamento del *tributum*. Se ne deduce che nel caso specifico l'entità dell'impo-

---

[188] Per un prestito per conto di *Titius* sembra deporre l'espressione '*ex reditu eius*', che fa appunto pensare a una messa a profitto da parte di *Sempronius* del capitale ricevuto da Tizio, al quale fa da contraltare, sempre espressivamente, il tratto '*si Sempronius eam pecuniam* […] *vacuam habuisset*', ove viene esclusa la responsabilità di *Sempronius* in caso di impiego infruttuso del capitale non derivante da suo comportamento doloso: in questo stesso ordine di idee vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 133 nt. 324 («*reditus* heißt auch an anderer Stelle Kapitalertrag: Scaev. D. 34, 4, 30 pr. „*reditus* […] *id est usuras semisses*"; Afr. D. 35, 2, 88, 3»). Alle stesse conclusioni sembra condurre anche l'impiego del verbo '*redigere*', nel significato di 'ottenere', 'riscuotere', 'incassare', 'raccogliere': F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*[3] cit., v. '*redigo*'; A. FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon. Editio altera locupletior. Tomus tertius*, Patavii 1805.

[189] Analoghe considerazioni possono rinvenirsi, seppur con riferimento a Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.6 (su cui vd. *infra* in questo stesso §), in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Funfzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1813, (§ 955 V.) 293: «die Anweisung der höhern Zinsen zum Gewinn für den Mandatar zwecklos gewesen seyn würde, wenn der Contract nicht mehr als ein Mandat, sondern blos als ein Darlehn hätte angesehen werden sollen. Dem Auftrage gemäß restituirt also der Mandatar nur die ihm vorgeschriebenen Procente; hat er hingegen das Geld zu höhern Zinsen anlegen können, so sind diese ein Gewinn für ihn».

[190] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 nt. 27 («per tutto ciò»).

[191] K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2594.

sta era risultata inferiore rispetto all'importo delle *usurae* computate nella misura del 6%.[192]

Questione pregiudiziale che si poneva all'attenzione del giurista era ovviamente quella di procedere a una precisa qualificazione della fattispecie intercorsa tra le parti. Va da sé che un inquadramento della vicenda negoziale negli schemi propri del mutuo avrebbe assunto il significato di negare al richiedente il diritto di pretendere il pagamento degli interessi ('*pecuniae quidem creditae usuras* […] *non deberi*'),[193] essendo, in tal caso l'azionabilità della pretesa rigorosamente subordinata all'adozione di un'apposita *stipulatio usurarum*.[194]

A questo punto Giuliano si chiedeva (*videndum ne*)[195] se per caso l'operazione posta in essere dalle parti non andasse più propriamente ricondotta all'interno del contratto di mandato (*quasi mandatum*).[196] Qualificazione che, in considerazione della natura di buona fede dell'azione da questo scaturente, avrebbe diversamente consentito a *Titius* di ottenere la corresponsione degli

---

[192] In questo senso già O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 141.

[193] K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2595; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134 e ivi nt. 333; così anche J. PLATSCHEK, *Das Edikt de pecunia constituta* cit., 139, ove si avanza però la congettura, in verità poco probabile, di una dipendenza del genitivo *pecuniae creditae* da un sottinteso *actione*, anziché da *usuras* («er kann bei Julian […] als Bezeichnung der Klage verstanden werden»).

[194] Sulla normale inazionabilità del patto usuraio nell'ambito del rapporto di mutuo (esplicitamente affermato in Paul. Sent. 2.14.1 '*si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit nullius est momenti*'; negli stessi termini Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10.4) vd. V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto" nel diritto romano*, Roma 1937; per gli studi più recenti ci si limita a segnalare M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén 1999, 153 ss.; per una panoramica generale, A. PETRUCCI, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni* cit., 113 ss.

[195] Sull'impiego della locuzione '*videndum ne*' da parte di Giuliano vd. Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5 '*respondit videndum, ne* [....]'; ma anche Paul. 73 *ad ed.* D. 46.5.2.2 '*Iulianus scribit* [...] *et videndum ait*'. Nella stessa ottica va valutato, al di là della differenza lessicale, Afr. 7 *quaest.* D. 44.7.23 '*consultus respondit* […] *alioquin dicendum* [...] *et hoc rectius dicitur* [...] *non committi poenam respondit*', in cui l'inciso '*et hoc rectius dicitur*', quale evidente apprezzamento da parte di Africano rispetto alla soluzione indicata nel tratto introdotto da '*alioquin dicendum*', ne dimostra la paternità giulianea. Per il costrutto '*respondit-dicendum*' vd. Afr. 8 *quaest.* D. 17.1.34 pr. '*respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione creditam fieri posse*'; Afr. 9 *quaest.* D. 40.5.49 '*orcinum fieri libertum respondit* [...] *aeque dicendum orcinum fieri*'; sulla scia di P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*,[3] Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 128 nt. 16, segnala l'uso giulianeo della locuzione '*videndum ne*' M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134 nt. 335.

[196] Sull'interpretazione dell'espressione *quasi mandatum* vd. *infra* § 2.4 e nt. 318

interessi, nonostante il mancato ricorso al negozio stipulatorio.[197]

Anche questa soluzione non era però priva di inconvenienti: primo fra tutti il carattere essenzialmente gratuito di tale figura contrattuale.[198] Nel caso porta-

[197] Sul regime dei *iudicia bonae fidei* vd. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.5: in proposito vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 67 ss.

[198] Per la gratuità, rimane fondamentale Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.1.4 '*Mandatum nisi gratuitum nullum est*: *nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*'. Sul brano vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 114; S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 195 s., ove si ipotizza che il richiamo alle origini del contratto servisse al giurista severiano per «marcare la risalenza e la rigidità del principio di gratuità a fronte di una prassi che andava orientandosi diversamente»; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*. *Corso di diritto romano*, Milano 2008, 63 s.; ID., *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità*, in TSDP 3, 2010, 32 s.; G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in AUPA 49, 2016, 251. Sempre di Paolo va però considerato Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.26.8, ove sembrerebbe ammettersi, nella chiusa, l'esercizio dell'azione per il pagamento di una *merces*: *Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est: Mela ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit*. Si tratta però di testimonianza che presenta perlomeno un disordine sul piano logico-discorsivo, tenuto conto che la frase finale (incriminata) non può che ricollegarsi, seppur in termini oppositivi (*sed si*), alla questione posta in apertura del brano: di qui l'ipotesi avanzata in dottrina di un errore di trascrizione, che avrebbe finito per invertire la collocazione del tratto '*Sed si-rogatus sit*', rispetto alla parte (oggi centrale) della testimonianza in cui si riferisce il pensiero di Mela (*mox quasi-coeperit servus*): in questo senso, con cautela, F. DUMONT, *La gratuité* cit., 31; o ancora l'ipotesi della caduta accidentale di una frase tra *coeperit servus* e *sed si iussu*: così J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 184 s. Per l'interpolazione della parte conclusiva ('*tunc enim-rogatus sit*) vd., seppur con cautela («dürfte interpolirt sein»), F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in ZSS 10, 1889, 306; S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10.3.14 [Paul. 3 ad Plaut.])*, in AUPA 3-4, 1917, 344 ss.: («cibaria consecuturum […] mercedem autem pro arte non consecuturum»); mette in dubbio la soluzione («non è […] credibile») anche R. MARTINI, *Il mandato*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 642 nt. 16; respinge l'ipotesi di un'interpolazione A. WATSON, *Contract of Mandate in roman Law*, Oxford 1961, 106 ss., per il quale il brano contemplerebbe in realtà due distinte fattispecie, nessuna delle quali porrebbe in discussione il principio di gratuità. Nella prima, il mandato si sarebbe limitato all'acquisto dello schiavo e sarebbe stato il fabbro di sua iniziativa a provvedere alla sua formazione. Nella seconda, invece, il fabbro si sarebbe impegnato nella formazione professionale dello schiavo su sopraggiunta richiesta da parte dello stesso mandante e con l'intesa che egli sarebbe stato per questo ricompensato. Sarebbe in relazione a quest'ultima ipotesi che verrebbe presa in considerazione la possibilità del pagamento di una *merces*, con un rapporto per il quale si sarebbe agito con l'*a. locati*, nel caso in cui l'importo della

to all'attenzione del giurista, *Sempronius* si sarebbe infatti trovato nella condizione di conseguire, se non certamente un corrispettivo, quantomeno un vantaggio patrimoniale, potendo trattenere per sé gli interessi eventualmente percepiti oltre l'aliquota pattuita del 6% (*nisi quod ultra semissem consecuturus esset*),[199] con una possibilità, che, a detta di taluni studiosi, avrebbe costituito forse la ragione o (perlomeno) una delle ragioni che avrebbero indotto *Sempronius* ad assumere l'impegno verso *Titius*.[200]

A questa prima difficoltà di natura prettamente dogmatica se ne aggiungeva un'altra di natura, per così dire, valutativa. Si tratta di considerazioni che di per sé non avrebbero potuto o, meglio ancora, dovuto incidere sul piano della qualificazione della fattispecie, e che avrebbero dovuto piuttosto costituirne il rifles-

---

merces fosse stato fissato sin dall'inizio (o per meglio dire al momento stesso della sopraggiunta e accettata richiesta del mandante), con l'*a. in factum* (Mela) o con l'*a.p.v.* (Paolo), nell'ipotesi opposta; si sarebbe trattato di un caso eccezionale dovuto alla specificità della prestazione concordata secondo F. DUMONT, Rec. a A. WATSON, *Contract of Mandate in roman Law*, in IVRA 8, 1962, 344 s.; da ultima pensa a una manipolazione della soluzione originaria, per il tramite di una volontaria alterazione della struttura narrativa del brano da parte dei compilatori, con conclusioni che in qualche modo riprendono il nucleo della tesi di Watson (e in parte di Dumont), G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in *Studi in onore di A. Metro*, vol. 1, Milano 2009, 507 ss.; ID., *Dalla gratuità* cit., 56 ss., per la quale la vicenda dell'istruzione dello schiavo, a fronte del pagamento di una *merces*, sarebbe stata oggetto di un'autonoma convenzione, parallela al mandato, configurabile in termini di *locatio conductio* e che, proprio perché autonoma, non avrebbe compromesso la natura gratuita del contratto; così, ma in un ordine ricostruttivo che, come si è visto, privilegiava l'ipotesi di un guasto testuale e che al più avanzava sospetti sul solo tratto finale *nisi si–rogatus sit*, J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 185.

[199] Così già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L. 24*) 682; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 97; R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus secundus*, Parisiis 1818, *Titulus V de praescriptis verbis, et in factum actionibus. Articulus I. §. 1. IX*, 231 nt. 6; J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 284; O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 141; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 185 s. («la sua prestazione non sarebbe più gratuita»); più recentemente K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 200 nt. 56; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 135, il quale è però dell'avviso che agli occhi di Giuliano non dovesse apparire del tutto univoco se l'accordo prevedesse effettivamente tale eventualità, secondo quanto invece risulta da Bas. 20.4.24 (Hb. II 383 = Schelt. A. III 1013) '[…] οὐκ ἔστι κατὰ χάριν· εἴ τι γὰρ ὑπὲρ τὴν ἡμιεκατοστὴν λάβῃς, κερδανεῖς'.

[200] Così («Die öconomische Grundlage») O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 141; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 185; con cautela anche K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 135.

so, ma che ciò nonostante sembra abbiano assunto un ruolo non marginale nel processo di formazione del responso giulianeo:[201] secondo taluni addirittura decisivo.[202]

Il parere di Giuliano pare infatti fortemente condizionato dall'esigenza di rinvenire la soluzione più adeguata anche sotto il profilo del regime giuridico da applicare. E a questo riguardo il giurista non poteva sottrarsi dall'osservare che, con l'inquadramento della fattispecie all'interno del contratto di mandato, si sarebbe corso il rischio (qui, in effetti, puramente teorico)[203] di non poter addirittura pretendere la restituzione dello stesso capitale (*Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse*), qualora questo fosse andato perduto per causa non imputabile a un comportamento doloso di *Sempronius*[204] (*si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset*).[205] Così, almeno,

---

[201] Per una valorizzazione di tali aspetti sul piano del processo decisionale, rispetto ai rilievi sul versante della gratuità («Die Abrede der Parteien läßt sich also unter das normale Muster des Mandat subsumieren, ausgenommen allerdings der Haftungsmaßtab») vd. K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598 ss., per quanto in definitiva lo studioso finisca per imputare la mancata concessione dell'*actio mandati*, alla quale si ricorre invece in Iul.-Afr. 8 *quaest.* D. 17.1.34 pr., alla circostanza che nel caso qui esaminato le parti avrebbero dato vita a un contratto misto tra mandato e mutuo («einen Mischtatbestand zwischen Auftrag und Darlehen»): in proposito vd. *infra* nt. 317.

[202] Così K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598: «Wir haben allen Anlaß, das Argument des Haftungsmaßstabes in D. 19.5.24 als für die Zweifel Julians maßgebend anzusehen»; («tragend») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 e ivi nt. 348, ove si ritiene significativo, in tal senso, il ricorso alla congiunzione '*sed*', la quale starebbe a sottolineare che la decisione del giurista si basava fondamentalmente sulle successive considerazioni svolte in ordine alla responsabilità del mandatario («die anderen Zweifeln am Vorliegen eines *mandatum* spielen eine Nebenrolle»); diversamente, ritiene decisivi i dubbi sulla gratuità del negozio N. HAYASHI, *Der Auftrag* cit., 184.

[203] *Infra* §§ 2.3 e 2.4

[204] Così anche K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 s. Per l'interpretazione qui suggerita vd., più nel dettaglio, *infra* § 2.3.

[205] Dubbi sull'inciso '*vel vacuam habuisset*' si trovano in K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2601, il quale si interroga se la paternità dell'esempio '*vacuam habere pecuniam*' vada attribuita ad Africano, anziché a Giuliano, se non addirittura a una mano successiva, tenuto conto che il periodo principale fa unicamente riferimento alla mancata restituzione della *sors* (*ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse*). Si tratta di osservazione certo corretta, perlomeno se si dovesse ritenere che la frase *vel vacuam habuisset* si riferisca all'ipotesi di capitale non produttivo di interessi e dunque infruttifero (così ad es. Scaev. 1 *resp.* D. 16.3.28 '*ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias*'): in questo senso già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*ad L. XXIV*) 1374 s.: «si Secu-

in base a quella che ci sembra l'interpretazione più attendibile del brano, che nel tratto in questione non è certo di facile lettura, anche da un punto di vista squisitamente sintattico-grammaticale.[206]

Ecco che, alla luce dell'insieme di tali valutazioni (*quare*), Giuliano avrebbe finito per ritenere più sicuro (*tutius esse*)[207] agire *praescriptis verbis in fac-*

---

ndus eam pecuniam sine dolo vel culpa vacuam habuerit, id est otiosam et sterilem (vacua pecunia est, quae non parit usuras)», senza però avvedersi dell'incogruenza che una tale interpretazione determina; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 186 («infruttifero»), negli stessi termini («keinen Zinsentrag») e anche qui senza alcun rilievo M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 e ivi nt. 352. Non c'è dubbio che, ad accettare una siffatta interpretazione, l'inciso finirebbe per risultare incoerente con l'esito processuale preso in considerazione dal giurista nel tratto '*sed ne-creditae fuisse*', dato che non si può certo ritenere che *Titius* non potesse chiedere indietro il capitale nel caso in cui *Sempronius* non fosse stato in grado di farlo fruttare, non avendo egli ottenuto (senza dolo) la corresponsione degli interessi dal mutuatario. Di questo si sta in effetti qui discutendo e non, più in generale, della questione dell'individuazione del contraente sul quale far gravare il *periculum* (così invece P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 186, che proprio per questa ragione non coglie alcuna incoerenza nel testo). È però pure possibile che l'espressione sia qui piuttosto adoperata per indicare l'esito negativo dell'intera operazione creditizia, con un'interpretazione che sembra tutto sommato coerente con quanto si afferma nel tratto immediatamente precedente e che è in grado di attribuire un significato più concreto alla frase: *si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo* […] *amisisset*). Ed in effetti, a ben riflettere, erano due le ipotesi che potevano dar luogo alla mancata restituzione della *sors* a *Titius*: la prima, è che *Sempronius* avesse, lui, perso materialmente la somma di denaro mentre questa si trovava nella sua disponibilità (si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel *amisisset*); la seconda è piuttosto che la somma non gli fosse stata restituita dal mutuatario al termine del prestito (*vacuam habuisset*). In entrambi i casi, starebbe qui precisando Giuliano, *Sempronius* non sarebbe stato ritenuto responsabile in assenza di un suo comportamento doloso. Non sembra si possa invece seguire la proposta interpretativa formulata da H. LEOTARDUS, *Liber Singularis De Usuris, & contractibus usurariis coërcendis. Editio tertia*, Lugduni 1662, (*Quaestio XVI. De omni utilitate, & emolumento ex mutuo sorti imputando vel restituendo*. 9) 69, che nella frase *vacuam habuisset* vedeva piuttosto un riferimento all'ipotesi di *pecunia otiosa* in senso stretto, ovvero alla più specifica eventualità che *Sempronius* non avesse trovato nessuno a cui dare in prestito la somma di denaro ricevuta da *Titius* («[…] vacuam habuerit, quia non invenerit idonea nomina, aut alia ratione sine eius dolo non potuit negotiari, & exercere pecuniam»): anche in questo caso non si comprende per quale motivo si sarebbe dovuto negare a *Titius* il diritto di pretendere la restituzione del capitale che fosse rimasto infruttuosamente nelle mani di Sempronio.

[206] In proposito vd. *infra* § 2.3. Per gli aspetti sintattico-grammaticali e sul ricorso qui al periodo ipotetico dell'irrealtà vd. K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598 nt. 36: «Das Verständnis des *sed*-Satzes (*sed ne ipsius quidem sorti*s – *praestare debuisse*) als Irrealis steht mit der Syntaxis der lateinischen Sprache zweifelsohne im Einklang. Der Akkusativ mit dem Infinitiv *petitionem*…*fuisse* ist durch die '*oratio obliqua*' bedingt und kann ebenfalls als Irrealis übersetzt werden»).

[207] Ci troveremmo quindi di fronte a una di quelle applicazioni dell'*a.p.v.* che gli interpreti

tum.[208] Tanto più che (*praesertim*) la pattuizione (*illud quoque convenisset*) in virtù della quale l'importo versato oltre la misura degli interessi convenuti avrebbe dovuto essere scomputato dalla sorte (*ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti dederet*) appariva[209] (perlomeno agli occhi del giurista)[210] difficilmente conciliabile con il regime della *pecunia credita*.[211] In-

più antichi erano soliti chiamare '*utiles*' per tenerle distinte da quelle definite al contrario '*necessariae*', per le quali l'*actio praescriptis verbis* costituiva l'unico rimedio processuale esperibile; in proposito vd. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L. 1 pr.*) 644; J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas* 1 cit., (*Titulus V. De praescriptis verbis* cit) 846; adesivamente, C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 157.

[208] Non c'è motivo per mettere in dubbio che la denominazione del programma di giudizio qui adoperata debba essere fatta risalire a Giuliano. Esitazioni al riguardo si trovano invece in A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 33 nt. 17 («La denominazione utilizzata da Africano, e forse prima di lui da Giuliano»).

[209] Non pare proprio si possa ritenere che il pronome *quod* debba essere direttamente riferito alla vicenda negoziale osservata nella sua interezza, anziché alla specifica pattuizione richiamata nel tratto immediatamente precedente ('*cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet*: *quod ipsum* […] *excedat*'), con una proposta interpretativa che finisce per forzare, oltre ogni ragionevole misura, lo sviluppo logico-discorsivo del brano. Nel senso qui contestato vd. tuttavia CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 93 nt. 8, su cui vd. *infra* nt. 220; in termini non molto dissimili F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 194 («il caso […] oltrepassa *ipsum ius et causam* del mutuo di denaro»); da ultimo T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 211 s., il quale suggerisce espressamente di interpretare il '*quod*' nel senso di 'affare', analogamente al significato del sostantivo '*res*' in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: «Si afferma che l'affare (in tal senso è impiegato *quod*) oltrepassa *ipsum ius et causam* […]»; adesivamente G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit. 134; uno spunto in tale direzione può già trovarsi in J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., 355: «ius crediti hoc est ut tantumdem reddatur. Jus et causa contractus de quo agitur haec est, ut quandoque minus reddatur vel nihil». Per un diretto riferimento del *quod* alla pattuizione di scomputo (*illud quoque convenisset*) vd., in aggiunta agli autori indicati *infra* in nt. 211, K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596: su cui *infra* ntt. 212, 220.

[210] Per una restituzione in misura ridotta vd. tuttavia Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11.1 '*Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*', con adesione del giurista severiano (*Proculus ait, et recte,*) all'opinione di Proculo: sul brano vd. E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 236; G. SACCONI, *«Conventio» e «mutuum»*, in Index 15, 1987, 426, 434 s. nt. 8; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 157; A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020, 55 s., ove, alla luce del modo di esprimersi di Proculo (*non amplius te ipso iure debere quam novem*), si esclude una operatività del patto *ope exceptionis*; per la possibile esistenza di un diverso indirizzo piuttosto orientato a dare rilevanza all'accordo in via di sola eccezione vd. M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G. S. Maridakis* I, Athenis 1963, 178 s.; N. BENKE, *Eigentums-*

conciliabilità che veniva riassunta da Giuliano in una formulazione espressiva '*ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat*',[212] in cui risulta non poco problematico stabilire il senso esatto del riferimento alle nozioni di *ius*[213] e *causa*,[214] per quanto appare difficile ipotizzare una identificazione della '*causa*' con la nozione di funzione negoziale, secondo quanto si è anche recentemente congetturato in dottrina,[215] nella prospettiva, peraltro, di un più specifico richiamo al concetto aristoniano di *causa*, maturato però al di fuori di una effettiva adesione alla teorica nella quale tale concetto era stato elaborato.[216]

---

erwerb cit., 232 nt. 268. Non affronta la questione specifica, occupandosi solo della seconda parte della testimonianza in relazione al tema dell'azionabilità dei *pacta adiecta in continenti*, A. DE ROBERTIS, *La interpretazione del Corpus iuris in Oriente e in Occidente. Approccio comparativo alle posizioni ermenutiche degli scoliasti bizantini e della Glossa di Accursio*, Napoli 1954, 58 ss.

[211] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 142; negli stessi termini, ma in un ordine di idee che si mostra critico rispetto all'argomento utilizzato nel brano (*infra* nt. 221), C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 322 («Africain en donne un second: C'est que l'emprunteur rend toujours exactement la quantité reçue, tandis que Sempronius, autorisé à imputer subsidiairement sur le capital les sommes payées à titre de tribut, rendra peut-être moins qu'il n'a reçu»).

[212] Così anche J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 283 s. Sospetti sulla frase si trovano in G. BESELER, *Beiträge* 6 cit., 380; in favore della genuinità invece K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596, per il quale si potrebbe semmai porre il problema se debba interpretarsi (ma si tratterebbe in effetti solo di «Nuancen»): «eben das (nämlich: eine soche Abrede) überschreite das *ius* (*civile*) und das Rechtsinstitut Darlehen» o invero, intendendo *ius* e *causa* come endiadi «eben das überschreite die rechtliche Natur des Darlehens». Genuino anche secondo T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 211 e ivi nt. 35.

[213] Che l'espressione '*ipsum ius*' sia qui indicativa del duplice profilo della «configurazione e disciplina» del contratto, riferendosi dunque sia al piano dei meccanismi perfezionativi che a quello degli «effetti (delle specifiche obbligazioni e azioni prodotte)», è quanto ritiene F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 s. e ivi nt. 27, 194; non diversamente, legge un'allusione al «regime giuridico, nell'insieme considerato» T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 211 s., il quale respinge la proposta di K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596 e ivi nt. 25, di leggere la locuzione in termini di endiadi, come «die rechtliche Natur».

[214] Per un riferimento al regime processuale della *pecunia credita* vd. J. PLATSCHEK, *Das Edikt de pecunia constituta* cit., 138, il quale traduce: «Das aber bewege sich nicht mehr im Recht und im Verfarhen *pecuniae creditae*».

[215] In questo senso T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 212 s., per il quale dunque nell'*excedere causam* sarebbe «implicito […] un raffronto tra la causa in concreto che le parti hanno inteso realizzare e la funzione edittalmente tipizzata della *pecunia credita*»: che poi sarebbe lo stesso di 'tipo contrattuale'.

[216] T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 212: «Africano avrebbe qui presente la nozione aristoniana di *causa*: acquisizione di un concetto [...] a prescindere dalla teorica in relazione alla quale quel medesimo concetto era stato elaborato [...] quindi indipendentemente anche dalle

Anche a voler sorvolare sul fatto che la stessa associazione lessicale (*ius et causa*; *ius causaque*) ricorre in contesti d'uso per i quali risulta oggettivamente impraticabile l'ipotesi di una connessione con la tematica della *causa* aristoniana,[217] si deve in ogni caso considerare che l'espressione *pecunia credita* sembrerebbe qui riferirsi, più che al contratto di mutuo, alla somma di denaro data a titolo di mutuo. In altri termini, ciò su cui intendeva probabilmente richiamare l'attenzione Giuliano[218] era l'incoerenza della pattuizione di scomputo dal capitale di quanto pagato in eccedenza con il regime stesso (*ipsum*[219] *ius*)[220] e con la

soluzioni». In sostanza, Africano utilizzerebbe la nozione di *causa,* suggerendo al posto dell'*actio civilis incerti* «quale più efficace tutela formulare, l'*actio in factum praescriptis verbis*».

[217] Si tratta, com'è noto, di formulazione non inusuale sul piano della tecnica legislativa di età tardorepubblicana, al punto da rappresentare una sorta di formulazione stereotipa, in associazione ai sostantivi *res*, *lex* ('*siremps res lex ius causaque*'): si vedano ad es. *L. Narbonensis* 21 'lex ius causaque esto quae Flamini Augustali ex hac lege facto erit'; *L. Quinctia de aquaeductibus* 29.8 'Adversus eum siremps lex ius causaque omnium rerum omnibusque esto'; *L. Rubria de Gallia Cisalpina* 21.10 'siremps res lex ius causaque omnibus omnium rerum esto, 22 'siremps lex res ius causaque omnibus omnium rerum esto'.

[218] Come si è visto (*supra* nt. 211), sembra piuttosto propendere per un'attribuzione dell'argomentazione in questione ad Africano C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 322.

[219] Per una connessione dell'aggettivo '*ipsum*' con *ius*, anziché con *quod*, vd. condivisibilmente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 194; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 211; evidenzia l'ammissibilità di entrambe le ipotesi K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596 nt. 25. Trattasi comunque di questione sostanzialmente non incisiva sul significato complessivo della frase, il cui senso appare ben chiaro, anche a leggere '*quod ipsum*' ('*la qual stessa cosa*' – l'aver cioè convenuto che […] – eccede […]): per una sostanziale irrilevanza vd. correttamente già T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 211. In linea teorica non si potrebbe poi neppure escludere (per quanto non molto probabile) un'interpretazione ancora differente, del tipo: '*la qual stessa disposizione* ('*quod ipsum ius*') non rispetta neanche (*et*= anche: e dunque *eccede anche*) la *causa* della *pecunia credita*', attribuendo a *quod* funzione aggettivale e non pronominale.

[220] Poco convincente l'ipotesi di una identificazione dello *ius* con lo *ius civile* avanzata da CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 93 nt. 8, con una proposta che nelle intenzioni dell'autore avrebbe dovuto evidenziare l'incoerenza di ricorrere ad un'azione dello *ius civile* (*a.p.v.*) per una vicenda dichiarata ad esso estranea (« […] ressort encore évidemment des derniers mots de la loi: *quod ipsum jus* [c. a. d. le droit civil] *excedat*; puisque la convention excédait le droit civil, le jurisconsulte parlait donc d'une action prétorienne»), senza però considerare che le riflessioni del giurista non riguardavano certo l'accordo negoziale nel suo complesso, come molto abilmente lasciava intendere lo studioso francese, ma (come si è detto) la sola e più specifica pattuizione con la quale erano state individuate le modalità di restituzione del capitale: in proposito vd. *supra* nt. 209. Sempre per un riferimento allo *ius civile*, in un'ottica però non interpolazionistica, vd. più recentemente anche K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596: «überschreite das *ius* (*civile*)». È appena il caso di osservare che le ipotesi in cui è attestato un impiego del verbo *excedere*,

condizione (*causa*) – o se vogliamo: con 'la condizione giuridica' – della *pecunia credita* (materialmente intesa quale *sors*), che imponeva, a dare ascolto a quanto sostiene qui il giurista, che essa andasse restituita esattamente nello stesso ammontare.[221]

Incompatibilità che, a voler ulteriormente sviluppare il rilievo critico sollevato dal giurista adrianeo, si sarebbe in effetti manifestata con maggiore evidenza con riferimento alla clausola con la quale *Sempronius* si impegnava a integrare di tasca propria la somma necessaria per il pagamento del tributo, nell'ipotesi in cui le risorse messegli a disposizione da *Titius*, anche a voler considerare gli interessi, non si fossero rivelate sufficienti.

In tal caso, non solo *Sempronius* non sarebbe stato tenuto a restituire alcunché,[222] ma avrebbe addirittura avuto diritto alla restituzione di quanto esborsa-

---

in associazione allo *ius*, sono davvero isolate. Si tratta più precisamente di C. 9.15.1.2 (Valent. et Valens, a. 365 = CTh. 9.13.1) in relazione all'adozione di misure punitive adottate dal *pater familias* ritenute esorbitanti (appunto eccessive) rispetto al potere correttivo spettantegli ('*si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit*'); e di Iav. 4 *epist.* D. 35.2.61, ove si affronta la questione del rispetto dei limiti posti dalla *lex Falcidia* ('*legata non fuerant excessura ius legis Falcidiae*').

[221] Del diverso punto di vista di Proculo e Ulpiano già si è detto *supra* nt. 210. Per un ridimensionamento di tale rilievo, per l'ipotesi di pagamento del tributo entro le risorse di interessi e capitale, vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 322 («J'avoue que ce motif ainsi formulé me touche assez peu. Le *mutuum* ne saurait perdre son caractère, parce qu'il aurait été convenu que l'emprunteur paierait tout ou partie de la somme due entre les mains des créanciers du prêteur […] ce motif me paraîtrait tout-à-fait insuffisant pour exclure l'application des règles du *mutuum*»). Più in generale per una corrispondenza tra quanto dato e quanto preteso, in termini che però non affrontano la questione di una restituzione in misura ridotta e in cui si ribadisce semmai il principio opposto (e pacifico) dell'inammissibilità di una restituzione in eccedenza (fissato anche in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11.1), vd. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.17 pr. '*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*'. In proposito vd. U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio* cit., 140; G. SACCONI, *«Conventio»* cit., 435 nt. 9; A. W. STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen 2017, 7 s., 135 s., 179. Sulla scorta dell'appena citato Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11.1 '*Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*', si interroga sulla possibilità che vi fossero giuristi diversamente disposti ad ammettere anche una restituzione in eccedenza L. LANTELLA, *Manuali e topoi. Per una ipotesi di sperimentazione didattica*, in F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO (a cura di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusnaturalistico*, Torino 2018, 172 s., che sembra però propendere per la soluzione negativa («Sembra improbabile, ma quel '*putat*' fa pensare»); lo esclude A. SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema* cit., 56.

[222] L'osservazione può già trovarsi in J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., 355, citato *supra* nt. 209; A. FABER, *Rationalia in tertiam*

to, con una soluzione del tutto inconciliabile con il contratto di mutuo e per di più incoercibile attraverso gli ordinari rimedi processuali posti a sua tutela,[223] senza contare che l'obbligo di pagare il tributo in misura maggiore rispetto a quanto ricevuto non si prestava a essere ricondotto all'interno dello schema dell'*obligatio re contracta*,[224] certamente non per la quota eccedente.

2.1. Rilievi in dottrina sulla genuinità del brano. Gradenwitz e l'ipotesi di un originario impiego dell'*actio mandati*.

Com'è noto, in passato il brano era stato sottoposto a severa critica, soprattutto da parte della dottrina interpolazionistica, la quale era stata agevolata dall'andamento discontinuo che indubbiamente il testo presenta.

I sospetti degli studiosi si erano in particolare indirizzati verso la locuzione '*praescriptis verbis in factum actio*(*nem*)'.[225] Per lungo tempo si era anzi ritenuto

partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L 24*) 682: «potest in hac specie fieri, non solum, ut minus, sed etiam, ut nihil reddi oporteat»; più recentemente vd. K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2600; implicitamente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137 nt. 354.

[223] In proposito e sull'inammissibilità di un *iudicium contrarium* nell'ambito dei rapporti creditizi vd. già F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 508 s. e ivi nt. *d*, con analisi di casi teorici che avrebbero potuto richiedere un siffatto rimedio processuale; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio* cit., 140 s.

[224] Lo nota («il est impossible de dire qu'elle se soit formée *re*») già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 322, il quale d'altra parte denuncia l'estraneità di una tale obbligazione rispetto al contenuto del contratto di mutuo («c'est là une obligation qui incontestablement dépasse les limites du *mutuum*»).

[225] In questo senso vd., in aggiunta agli autori che saranno via via richiamati nel testo e nella nt. seg., CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 92 s. e ivi nt. 8; J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 81 («praescriptis verbis in factum actionem, dummodo haec genuina sint, nam potuit Africanus honorariam in factum actionem cogitare, quam deinde illo suo *praescriptis verbis* interpolator, per me licet, in civilem converterit»); J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 88; A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 40 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 s. nt. 2; P. VOCI, *La dottrina* cit., 255 s. Riserve che naturalmente non si registrano tra gli autori più antichi, i quali, come si è evidenziato (vd. cap. I, § 1), non avevano motivo di dubitare che Giuliano stesse (anche) qui concedendo l'*a.p.v.*, non essendosi ancora fatta strada l'idea di una sua ferma opposizione alle vedute labeoniano-aristoniane. In questo senso ci limitiamo a segnalare A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L. 24*) 682; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 136 nt. 13. Per la genuinità, a ridosso della pubblicazione del lavoro di Accarias, ancora A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 624.

che tale espressione costituisse una vera e propria contraddizione in termini,[226] al pari della più nota locuzione *a. civilis in factum*.

Il primo ad avanzare dubbi sulla genuinità della soluzione fu Accarias, al quale parve improbabile che Africano, discepolo di Giuliano, potesse aver adottato una soluzione in aperto contrasto con l'insegnamento del proprio maestro, il quale, sempre secondo l'autore, «très probablement n'admettait pas l'action *praescriptis verbis*».[227] Tanto più che, all'epoca in cui Africano si trovava a scrivere, ancora un ampio settore della giurisprudenza avrebbe continuato a mantenere un atteggiamento di estrema prudenza in relazione all'esperibilità dell'azione contrattuale generale (*a.p.v.*), in presenza di ipotesi variamente riconducibili al contratto di mandato. Esitazioni di cui sarebbero rimaste visibili tracce nel ben più tardo Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.4.[228]

A essere qui concessa non sarebbe stata però l'*a. in factum* (*utilis*) giulianea, né tanto meno l'*a. in factum* pretoria, entrambe accomunate dalla formulazione di Gai 4.46. Piuttosto Africano avrebbe suggerito, dimostrando comunque un non trascurabile margine di autonomia rispetto alle vedute del proprio maestro, il ricorso ad azione *in factum civilis*, in stretta connessione col modello dell'*actio mandati*: anch'essa dunque con *intentio in ius concepta ex fide bona*.[229] Non occorre qui ripetere quanto tale ipotesi ricostruttiva costituisse una significativa deviazione rispetto alla linea interpretativa lungo la quale si era mosso lo studioso francese nel corso dell'intera ricerca. A guidare verso un approdo così inaspettato fu probabilmente il bisogno (solo apparente in realtà)[230] di indirizzarsi verso un modello di giudizio di buona fede: l'unico in grado di assicurare, secondo l'autore, la corresponsione degli interessi pattuiti.[231] Andava comunque esclusa l'eventualità di un intervento correttivo sull'impianto formulare dell'*a.*

---

[226] Così A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 nt. 1, su cui vd. *infra* nt. 233; E. BETTI, *Sul valore* cit., 38 s. («contraddizione in termini»); giudica un vero e proprio solecismo l'associazione tra *a. in factum* e *praescripta verba* J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67; riserve al riguardo si trovano espresse di recente anche in R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40, su cui vd. *infra* nt. 337.

[227] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 324.

[228] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 324.

[229] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 324.

[230] Al riguardo vd. *infra* § 2.5 di questo cap.

[231] Così appunto («soit qu'Africain se référât à une simple action *in factum*, soit qu'il eût en vue l'action *praescriptis verbis*, à coup sûr il entandait donner une action de bonne foi») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 324 s.

certae creditae pecuniae, trattandosi del resto di vicenda negoziale priva di significativi punti di contatto col mutuo.[232]

È con Pernice piuttosto che verrà messa in discussione, in termini non solo formali ma anche sostanziali, l'idea di un ricorso qui all'azione contrattuale da parte di Giuliano(-Africano), con una presa di posizione molto netta, che, al di là però di certi rilievi verso la coerenza logica dell'espressione '*actio in factum praescriptis verbis*',[233] non era in grado, né in realtà si preoccupava, di addurre alcun serio argomento se non quello (apodittico) di un programmatico ricorso giulianeo all'azione pretoria,[234] in rigida aderenza all'impostazione metodologica della scuola sabiniana. Non ci si deve dunque sorprendere se lo studioso tedesco non ritenne necessario impegnarsi, neanche sommariamente, in un esame della vicenda affrontata nel brano di Africano.

Sicuramente ben più approfondita è la critica che fu in seguito mossa al testo da Gradenwitz. L'idea di fondo dell'autore era che nel caso di specie Giuliano avesse proposto il ricorso all'*actio mandati*. A giudizio dello studioso, infatti, l'ambigua affermazione '*nisi quod ultra semissem consecuturs esset*',[235] da taluni considerata ancor oggi «uno degli indici dell'oscurità» stilistico-espressiva di Africano[236] se non addirittura una glossa rientrata nel testo,[237] non andava affatto inteso come indizio di un ripensamento da parte del giurista in ordine alla qualificazione della fattispecie in termini di mandato, da doversi imputare alla constatata assenza di gratuità del rapporto. In questo senso, e dunque in favore

---

[232] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 325: («Cette analogie n'est pas que superficielle»).

[233] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 nt. 1: «unlogische Wendung […] *pr. v. in f.* ist widersinnig: das Thätsachliche an der Klage sind eben die *praescripta verba*».

[234] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 nt. 1: «Julian gibt sonst a. in factum».

[235] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 142 («diese mehrdeutigen Worte»).

[236] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 nt. 26, su cui vd. però *infra* nt. seg.; più in generale sulla fama di giurista dallo stile difficile, addirittura oscuro, che accompagna Africano sin dai tempi dei glossatori, nel cui ambiente maturò l'idea, presto tramutatasi in detto, per cui '*Africani lex, id est difficilis*', vd. S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano: compendio dei corsi di storia e di esegesi del diritto romano*, Milano 1949, 70, ove si prova piuttosto a spiegare le difficoltà interpretative legate all'opera di Africano attraverso l'ipotesi di interventi compilatori che sarebbero venuti «a turbare la struttura e la concatenazione degli argomenti, rendendo la dimostrazione a volte monca ed altre volte contraddittoria ed anche incomprensibile»; F. CASAVOLA, *Gellio, Favorino* cit., 96.

[237] Così come vedremo Lenel; di recente, sembrerebbe non escludere del tutto l'ipotesi di un'origine glossematica F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 nt. 26; non muove diversamente rilievi M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 135.

di una possibile applicazione dell'*actio mandati*, avrebbe peraltro deposto, sempre secondo Gradenwitz, Gai. 2 *cott.* D. 17.1.2.4.[238]

Perché la testimonianza riacquistasse la perduta linearità logico-espositiva occorreva invece disfarsi dell'insiticio tratto '*quare-dari*', il quale veniva a spezzare l'apparato argomentativo addotto da Africano con l'intento di escludere la configurabilità del contratto di mutuo. Al passaggio '*sed ne-debuisse*' doveva quindi fare immediatamente seguito la chiusa del frammento '*praesertim-excedat*'.[239] Per l'origine compilatoria della frase '*Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*' avrebbe del resto deposto la singolare affinità espressiva con l'egualmente sospetto Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.4 (*tutius erit* […] *praescriptis verbis dari actionem*).[240]

L'insegnamento di Gradenwitz era destinato a incontrare negli anni a seguire vari consensi.[241] Fra i maggiori riconoscimenti va senz'altro ricordato quello tributatogli in Italia da de Francisci, il quale si limitò sostanzialmente a richiamare le conclusioni già raggiunte dal collega tedesco, condividendo in pieno i sospetti sul tratto '*quare-dari*', prontamente bollato come «inserzione barocca».[242]

Se proprio si vuole rinvenire un elemento di novità nelle indagini dello studioso italiano, questo è da ricercare nella possibilità, non presa in considerazione da Gradenwitz, che Giuliano, dopo essersi pronunciato per l'impiego dell'*a. mandati*, avesse egualmente preso in considerazione l'impiego, ancorché in via residuale, di quell'*a. in factum* di cui egli era notoriamente partigiano.[243]

---

[238] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 142; sul frammento vd. *infra* nel testo di questo stesso §.

[239] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 141: Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine praestare debuisse, [*Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*] praesertim quum illud quoque convenisset ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet; quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat.

[240] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 143; adesivamente P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 187. Sul brano paolino vd. vol. II, cap. IV §§ 2 e 2.2.

[241] Fra questi, oltre agli autori citati *infra* nel testo, vd. anche V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto"* cit., 134 ss.

[242] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 186 s.

[243] Così appunto P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 187, il quale però escludeva che una simile valutazione potesse essere contenuta nel «punto in cui si leggono le parole *quare-*

Almeno nelle sue linee essenziali, il punto di vista di Gradenwitz veniva fatto proprio all'inizio degli anni trenta anche da Lenel,[244] la cui diagnosi interpolativa, peraltro, non si arrestava al solo tratto '*quare-dari*', ma andava non di meno a colpire l'inciso '*nisi quod-esset*',[245] da Gradenwitz giudicato invece genuino.

Com'è noto, l'ipotesi che la soluzione indicata nel testo non sia attribuibile a Giuliano era stata recentemente rilanciata da Sargenti, il quale aveva creduto di potersi liberare della testimonianza di Africano, insistendo sull'«aperto contrasto» tra la soluzione qui prospettata e la posizione al contrario «documentata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2».[246] Né sono mancati rilievi in studi ancor più vicini ai giorni nostri.[247] Riserve sulla genuinità sono state espresse anche e in particolare da Riccardo Fercia, che pure è tra quanti hanno preso le distanze dall'ipotesi di un'opposizione giulianea alle logiche contrattuali aristoniane. Ed è proprio anzi nell'ottica di un'adesione da parte del giurista adrianeo alla dottrina del sinallagma aristoniano, inteso come rapporto commutativo in senso stretto, che l'autore vorrebbe qui applicata l'azione pretoria.[248]

Ciò ritenuto, va detto che nessuna delle ricostruzioni proposte dagli studiosi citati può essere accolta. E del resto bisogna riconoscere che anche Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24 sembra aver ampiamente beneficiato di quella tendenza conservativa, da tempo in atto nella scienza romanistica.[249]

Non è certo il caso di soffermarsi sull'ipotesi di correzione testuale avanzata da Accarias. A questo proposito è davvero sufficiente limitarsi a osservare che la soppressione della dicitura *praescriptis verbis* veniva a fondarsi sull'unico rilievo che ad Africano, in quanto discepolo di Giuliano, sarebbe mancata l'autorevolezza necessaria per smentire il proprio maestro, propugnatore del solo ricorso

---

dari»; verosimile un riferimento all'*a. in factum* anche secondo P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 377.

[244] O. LENEL, *Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS 51, 1931, 40 e ivi nt. 1 («Ungeschickt formulierte Glosse?»).

[245] O. LENEL, *Afrikans Quästionen* cit., 40; in questo senso, seppur con cautela, anche V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto"* cit., 135 s.

[246] M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 272 s.

[247] Così ad es. C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 158 nt. 127. Ulteriori indicazioni *infra* in nt. 332.

[248] R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40: «non emerge nemmeno una *datio ob rem* sottostante ad un συνάλλαγμα di scambio rigorosamente commutativo […] Giuliano – se è a lui che, come credo, va ascritta la soluzione – non tradisce affatto la soluzione aristoniana, ma la applica rigorosamente: il trasferimento patrimoniale – la *datio pecuniae* – v'è stato; difetta radicalmente una funzione commutativa».

[249] In proposito vd. *infra* § 2.5.

all'*actio in factum*. Non occorre insistere sul fatto che ragionando in questi termini si finisce col dare per presupposto ciò che andrebbe piuttosto dimostrato. Senza contare, poi, che si trattava in ogni caso di diagnosi non incisiva sulla natura del rimedio accordato da Africano-Giuliano, visto che ci saremmo trovati pur sempre in presenza, come si è già accennato, di programma di giudizio dotato di *intentio in ius ex fide bona*, specificamente modellato sull'*actio mandati*.

Considerazioni indubbiamente non dissimili possono ripetersi con riferimento alla posizione allora assunta da Pernice e sostanzialmente ripresa da Sargenti, visto che in effetti entrambi gli autori hanno invocato a sostegno del proprio punto di vista Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2, finendo con l'attribuire alla soluzione qui prospettata una valenza generale non altrimenti dimostrata, con un rilievo che sembra potersi estendere anche ad autori ancora più recenti.[250] Neppure si può d'altra parte aderire alle conclusioni di Fercia, le quali si basano, almeno dal punto di vista sostanziale delle dottrine in gioco, su una interpretazione, crediamo, troppo stringente del sinallagma aristoniano: ma di ciò ci occuperemo più specificamente più in là.[251]

2.2. Valutazione della tesi di Gradenwitz: il rilievo della gratuità del mandato nella decisione di Giuliano.

Certamente più articolato è il discorso che occorre invece sviluppare con riferimento alla tesi di Gradenwitz, anche perché essa tocca direttamente la ricostruzione della fattispecie esaminata nel brano di Africano.

Questi, come si ricorderà, era dell'avviso che il diritto del 'mandatario' a percepire gli eventuali interessi maturati nella misura superiore al 6% non costituisse un elemento preclusivo ai fini della configurabilità di un contratto di mandato.

A questo proposito lo studioso adduceva

D. 17.1.2.4 (Gai. 2 *cott.*): *Tua et mea si, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur*.

---

[250] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 158 nt. 127. Per altri riferimenti si rinvia ancora una volta alla nt. 332.

[251] Al riguardo vd. vol. II, cap. V §§ 3 e ss. Per quanto riguarda gli ulteriori aspetti della tesi dello studioso vd. *infra* § 2.5.

Il brano è tratto da un passaggio del secondo libro delle *res cottidianae* di Gaio,[252] in cui il giurista, con chiaro intento didattico, era impegnato in un tentativo di inquadramento sistematico delle varie tipologie che il contratto di mandato poteva assumere avendo riguardo all'interesse dei contraenti: *aliena*, *mea*, *mea et aliena*, *tua et mea*, *tua et aliena gratia*, rimanendo escluso il contratto concluso nell'interesse del solo 'mandatario' (*tua gratia*), il quale, al di là delle intenzioni delle parti, era da ritenersi, più propriamente, un semplice consiglio, e come tale assolutamente non idoneo a determinare la costituzione di un vincolo obbligatorio tra i soggetti coinvolti: *magis consilium est quam mandatum*.[253]

A esemplificazione della *species* '*tua et mea gratia*' (a interesse c.d. misto),[254]

---

[252] Sulle *res cottidianae* o *libri aureorum*, vd., per l'origine postclassica, V. ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res Cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1 cit., 495 ss., ove, com'è noto, è avanzata l'ipotesi dell'esistenza di due distinte stesure; punto di vista confermato in ID., *Il mandato* cit., 120; sempre nel senso di una rielaborazione del manuale gaiano vd. anche A. GUARINO, *Alle origini del mandatum credendi*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 653 s.; J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio* cit., 157; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid 1996, 211 ss. Per la classicità ci limitiamo a segnalare G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 15; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali* cit., 490 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, Torino 1996, 48 s.; con ampia indicazione della letteratura G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. I, Napoli 1999, 203 ss.; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 464 s.; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2004, 30 s. nt. 73 (ove ulteriori ragguagli bibliografici); L. GAROFALO, *Contratto* cit., 377 s.

[253] Così Gai. 2 *cott.* D. 17.1.2.6, su cui vd., con rilievi sulla genuinità («è certamente un elaborato postclassico»), V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 119 ss.; C. SANFILIPPO, Rec. a V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, in IVRA 1, 1950, 492; A. LAST, *Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, der Empfehlung und der Auskunft,* in AUPA 15, 1936, 237 ss.; (sempre nel senso di una manipolazione postclassica) A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1952, 222 s.; A. GUARINO, *Alle origini del mandatum credendi* cit., 653 ss.; J.H. MICHEL, *Gaius et le mandat, mea, tua ou aliena gratia*, in RIDA 44, 1997, 295 ss.; R. CARDILLI, *Il 'periculum' e le 'usure' nei giudizi di buona fede*, in *L'usura ieri e oggi*, Bari 1997, 11 ss.; A. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca e interessi nell'esperienza romana*, in *L'usura ieri e oggi* cit., 61 ss.; S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 227 s.

[254] Sulla questione della classicità del mandato a interesse c.d. misto vd., nel senso di una elaborazione scolastica maturata in epoca postclassica, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 119 s.; W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers*, *des Dritten und des Beauftragten*, in BIDR 78, 1975, 237, con svalutazione del rilievo sul piano dogmatico («ohne rechtliche Bedeutung»); R. MARTINI, *Il mandato* cit., 642 s.; diversamente A. GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli 1982, 121 ss., 125; J.H. MICHEL, *Gaius et le mandat* cit., 296 ss.

Gaio riportava l'ipotesi, per l'appunto richiamata da Gradenwitz, in cui il mandante avesse dato incarico al mandatario di concedere a mutuo una somma di denaro dello stesso mandante per conto di quest'ultimo ('*in rem meam mutuaretur*'), con l'intesa, però, che il mandatario potesse trattenere integralmente gli interessi a lui corrisposti dal terzo-mutuatario.

Deve riconoscersi che il brano di Gaio prova che, almeno per il giurista antoniniano, la percezione degli interessi da parte del mandatario non rappresentasse un limite insuperabile alla configurazione di un contratto di mandato. Il dato è ancor più significativo se si considera che, a differenza (per lo meno) di Gai. 2 *cott.* D. 17.1.2.4, nella fattispecie agitata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24 la percezione di interessi si presenta addirittura soltanto eventuale,[255] per quanto in concreto di non difficile realizzazione.[256]

Benché il brano contribuisca a rendere verosimile l'ipotesi portata avanti da Gradenwitz, non è però decisivo per dichiarare insiticio l'intero tratto '*quare-verbis*', tanto più che, anche ad attenerci alle informazioni contenute nel brano, Giuliano non avrebbe categoricamente escluso la configurabilità di un contratto di mandato,[257] ma si sarebbe piuttosto limitato a ritenere preferibile, in quanto più sicuro (*tutius*),[258] il ricorso all'*agere praescriptis verbis*,[259] questo perché, nonostante il diverso punto di vista (in seguito) adottato da Gaio, si deve ammettere la possibilità che in seno alla giurisprudenza si fosse delineato (per non dire forse più correttamente: mantenuto) un orientamento volto a valutare in maniera estremamente rigorosa la sussistenza del requisito della gratuità, non arrestandosi dunque a una verifica negativa circa l'assenza di un preciso corrispettivo (*merces*), ma richiedendo, in positivo, che l'operazione negoziale non compor-

[255] Così, ma in termini che sembrano francamente accentuare il profilo di incertezza, già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 323 («il est fort douteux que Sempronius trouve un placement supérieur à six pour cent»).

[256] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 141: «dass *Sempronius* oft mehr als 6% zu gewinnen im Stande ist»; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 200 nt. 56: «tasso, piuttosto basso in rapporto all'epoca».

[257] Considera la soluzione giulianea astrattamente non incompatibile con una qualificazione della fattispecie in termini di mandato M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137.

[258] Nell'ambito, è bene ripeterlo, di una valutazione complessiva della vicenda, nei suoi vari aspetti, compreso il tema, come avremo subito modo di vedere (§ seg.), dei criteri regolativi della responsabilità.

[259] K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2595 e ivi nt. 65; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137, il quale ritiene appunto più sicuro il ricorso all'*a.p.v.* per prevenire il rischio di una diversa qualificazione del rapporto da parte del giudice.

tasse, in ogni caso, alcuna utilità di natura patrimoniale per il mandatario, anche se non necessariamente correlata, sotto il profilo sinallagmatico, alla prestazione incombente su quest'ultimo.

Circostanza almeno implicitamente ammessa già da Cuiacio, che di Gradenwitz può essere considerato in qualche modo precursore. Questi, se da un lato escludeva in linea di principio che il vantaggio patrimoniale del 'mandatario' costituisse un corrispettivo in senso tecnico (*merces*) tale da impedire l'inquadramento nel mandato – l'incertezza sull'*an* e di conseguenza sul *quantum* l'avrebbero piuttosto avvicinato a un *honor*, come tale non incompatibile con il profilo causale dell'istituto –,[260] dall'altro non si sottraeva dal lodare l'accortezza di Giuliano nel proporre di agire *praescriptis verbis in factum*: se non altro per il sicuro pregio di troncare sul nascere ogni possibile ragione di contrasto («tollendae omnis controversiae causa»).[261]

D'altra parte, una residua traccia di questo atteggiamento potrebbe essere già rinvenuta in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10.3, brano al quale si richiamava peraltro Accarias al fine di escludere la configurabilità del mandato in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, in cui è fatto obbligo al procuratore, che abbia dato a interessi una somma del '*dominus negotii*', di restituire le *usurae* così percepite (*debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit*),[262] attraverso una serie di valutazioni, alcune delle quali espresse con un'intonazione chiaramente generalizzante (*bonae fide hoc congruit*), che mostrano di considerare la percezione di interessi come un evento comunque di per sé lucrativo («*quantumcumque emolumentum sensit* […] *lucrum sentiat*»).

---

[260] J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., (*Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*) 356: «Unum est tantum, quo quis fretus contendere possit hunc contractum non esse mandatum, quod convenerit […] ut si gravioribus usuris quam semissibus pecuniam exerceret, id compendi faceret Sempronius quod excederet usuras semisses: quod abhorret a natura mandati […] Contra vero dicam lucrum huiusmodi non adeo esse certum ut tolerari non possit hoc colore quod sit incertum et pendeat ex casu […] sicut salarium toleratur hoc colore quod sit honor non merces […] licet particula conventionis quaedam paulum recedat a jure et causa mandati».

[261] J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., 356.

[262] La testimonianza, e in particolare il tratto successivo '*quod-convenietur*', è richiamata anche da A. PETRUCCI, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni* cit., 121 s. nt. 20, il quale però è più interessato, data la materia affrontata, al rilievo che il brano assumerebbe ai fini della differenziazione tra le nozioni di '*uti pecunia in re sua*' e di '*conversio pecuniae in usus suos*'; sul brano vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 264 s.

Ancor più eloquente si rivela il già ricordato Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.,[263] in cui, con riferimento all'ipotesi di *res certo pretio vendenda data* con annessa facoltà dell'*accipiens* di trattenere per sé l'eventuale sovrapprezzo ricavato dalla vendita, Ulpiano escludeva espressamente la configurabilità di un contratto di mandato, proprio in considerazione della natura non gratuita rivestita dall'operazione (*quia et mandata gratuita esse debent*). È agevole osservare che, al pari della fattispecie discussa in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, anche nel caso affrontato dal giurista severiano, il lucro che veniva a profilarsi per il mandatario assumeva carattere meramente eventuale. Non vi era infatti alcuna certezza che egli sarebbe stato in grado di vendere la merce affidatagli a un prezzo maggiore rispetto a quello concordato: o quantomeno possiamo affermare che le probabilità che ciò si verificasse non differivano sostanzialmente da quelle che aveva *Sempronius* di dare a mutuo la somma ricevuta da *Titius* a un saggio di interessi superiore al 6%.

Ciò porta a ritenere che, in riferimento all'ipotesi affrontata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, la soluzione di Ulpiano sarebbe stata, con ogni verosimiglianza, quella di negare il ricorso all'*actio mandati*, al di là di quanto diversamente testimoniato nel discusso Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6 pr., ove invece sembrerebbe prospettarsi l'esercizio dell'*actio mandati* per ottenere l'*honorarium* pattuito.[264]

---

[263] Un richiamo al brano si trova già in K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2596 s.: «Durch die Abrede darf dem "Beauftragten" nicht ein Entgelt oder die Möglichkeit eines Entgeltes […] eingeräumt werden»; nel senso di una relazione tra l'esclusione del *mandatum* e la ventilata possibilità di un vantaggio patrimoniale vd. anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 205 («Ein *mandatum* scheitert an der wegen der Gewinnerzielungsmöglichkeit fehlenden Unentgeltlichkeit des Geschäfts»).

[264] Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6 pr. *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*. Sospetti sulla soluzione si trovano in V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 117 s., per il quale la soluzione adottata nel brano costituirebbe l'esito di un rabberciamento postclassico o giustinianeo, che avrebbe finito per riferire al processo formulare una possibilità che sarebbe stata eccezionalmente riconosciuta nell'ambito del solo processo cognitorio. A detta dello studioso andrebbe escluso un allontanamento di Ulpiano dal punto di vista del maestro Papiniano espresso in Pap. 3 *resp*. D. 17.1.7, e ribadito in C. 4.35.1 (Sev. et Ant., s. d.): al riguardo vd. *infra* nt. 309; negli stessi termini E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 287 ss. Per la genuinità del brano vd. invece F. DUMONT, *La gratuité* cit., 319 e ivi nt. 31; S. TAFARO, *Regula* cit., 278. In favore della compatibilità tra *honorarium* e gratuità del mandato sembrerebbe prendere posizione anche R. MARTINI, *Il mandato* cit., 642 nt. 16, ove non si manca però di evidenziare il carattere problematico della decisione («testo pur difficile»); così più recentemente, nel segno di una distinzione tra *merces* e *honor*, da intendersi come semplice «remunerazione data a titolo di gratitudine», anche G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, 239 ss. («non ostava all'applicazione dell'*actio mandati*»); ID., *Brevi rifles-*

Alla luce di queste prime valutazioni, si potrebbe già ragionevolmente sostenere che all'origine della posizione giulianea riferitaci da Africano vi fosse (anche) l'esigenza di tenere in qualche modo conto di questo rigoroso orientamento, al quale ancora sul finire dell'età severiana avrebbe prestato la propria adesione Ulpiano.

Ma c'è forse di più. Tenendo conto dei pur scarsi dati testuali a nostra disposizione, non sarebbe del tutto azzardato ritenere che, a fronte (e forse anche a dispetto) di quella che oggi parrebbe una posizione di mera prudenza (*tutius*), si nascondesse piuttosto una condivisione dell'indirizzo rigorista da parte di Giuliano, e che dunque anche il giurista adrianeo avesse manifestato perplessità in relazione alla riconduzione nell'ambito del mandato di operazioni negoziali in grado di assicurare un possibile ritorno economico per il 'mandatario': anche se questo dovesse rivelarsi solo eventuale o non fosse comunque inteso nei rigorosi termini di corrispettivo per l'incarico svolto o da svolgere. Vera questa ipotesi, i dubbi in questione non sarebbero altro che i dubbi dello stesso Giuliano, ammesso che si debba attribuire al giurista adrianeo l'impiego dell'avverbio *tutius*.[265]

---

sioni cit., 495 s.; ID., *Dalla gratuità* cit., 33 ss.; sul brano ulpianeo e sempre nel senso della genuinità vd. A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 110 s., il quale tiene tuttavia a precisare come si sarebbe trattato di ricompensa elargita *ex gratia* al di fuori del mandato (di qui appunto la precisazione: *intervenit*), per quanto ad esso riferibile. Dubbi sul fatto che Ulpiano stesse qui ammettendo il ricorso all'*a. mandati* per il pagamento dell'*honor* si trovano in G. PROVERA, v. *Mandato (negozio giuridico)*, in Enc. dir. 24, Milano 1975, 314 s., per il quale il giurista si sarebbe piuttosto limitato a segnalare come la promessa di un *honorarium* non costituisse un elemento «incompatibile con la struttura del contratto»; negli stessi termini A. BÜRGE, *Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes* cit., 320, per il quale, appunto, Ulpiano avrebbe semplicemente inteso sottolineare come la previsione di un *honorarium* non avrebbe pregiudicato l'esercizio dell'*a. mandati* (*contraria*) per far valere le ordinarie pretese derivanti dal rapporto in favore del mandatario, secondo un principio che si troverebbe egualmente affermato nella parte conclusiva di Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10.9, ove a liberare il mandante dall'obbligo del rimborso delle spese non sarebbe tanto la previsione di un *salarium*, quanto la conclusione di apposita convenzione in tal senso ('nisi si salariarius fuit *et hoc convenit*, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario'); allo stesso modo, esclude un impiego dell'*actio mandati* da parte di Ulpiano per il pagamento dell'*honor* anche S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 203 ss. L'azionabilità di una tale pretesa sarebbe stata infatti ammessa a partire del III sec. d.C. solo nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, innanzi al *praeses provinciae* o ad apposito *praetor* (Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1). Ciò su cui avrebbe piuttosto inteso soffermarsi Ulpiano sarebbe stata la compatibilità dell'*honorarium* con lo statuto dogmatico del contratto di mandato («la circostanza dell'avvenuto intervento dell'*honor* non altera il rapporto, che continua a essere disciplinato come mandato»).

[265] Sospetti in I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, in Giornale di giurisprudenza teorico-

In questo senso sembrerebbe potersi addurre

D. 17.1.6.6 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Apud Iulianum libro tertio decimo*[266] *digestorum quaeritur, si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris foenerare potuisset, ipse lucraretur, in creditam*[267] *pecuniam videtur, inquit, accepisse* […].

Il caso qui esaminato presenta profili di minore complessità rispetto a quello riferitoci da Africano.[268] L'operazione realizzata non va oltre l'aspetto meramente creditizio (in Afr. 8 *quaest.* invece *Sempronius* era altresì tenuto alla *solutio tributi* per conto di *Titius*), e anche a questo proposito se ne distanzia sotto più punti di vista. Innanzitutto, l'esistenza di un preciso e pregresso rapporto tra le parti: l'*accipiens* è esplicitamente qualificato come *procurator* del mutuante-mandante, mentre in Afr. 8 *quaest.* non ci sono indizi che costringano a ricondurre il negozio all'interno di un rapporto di rappresentanza, per quanto ciò non possa essere categoricamente escluso.[269] In secondo luogo, la presenza di una apposita clausola volta ad addossare il pericolo dell'operazione economica in

pratica 1, 1870 = *Opere* 1 cit., 176 e ivi nt. 1; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 187; B. BIONDI, *Contratto* cit., 123 nt. 3; S. TONDO, *In tema di constitutum debiti*, in Labeo 4, 1958, 214; per la genuinità vd. K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2603; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137.

[266] Da correggersi in *quarto decimo*, secondo O. LENEL, *Pal.* Iul. 223; così anche W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 217 nt. 71; A. BURDESE, *Mandatum* cit., 225.

[267] Leggono '*creditum*' A. BURDESE, *Mandatum* cit., 225; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sezioni: I, II, e III*, Roma 1958, 231.

[268] Sul brano vd. A. BURDESE, *Mandatum* cit., 225; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 231; A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 47 s.; ID., *Mandate and the Boundaries of Roman contract*, in BIDR 94-95, 1991-1992, 41 ss.; P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano 1971, 91 ss.; W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 217 s.; R. PESARESI, *Labeone e l'eccesso di mandato*, in IAH 11, 2019, 19 nt. 4.

[269] Pensa, per l'appunto, a un *procurator* M. KASER, RPR I,[2] § 62 V 2; tenendo, conto anche di una possibile connessione palingenetica con D. 17.1.34 pr. (così O. LENEL, *Pal.* Afric. 92-93), seppur con cautela («vielleicht ist S ein *procurator* oder soll S für diese Angelegenheit zum *procurator* bestellet werden»), ritiene percorribile una tale ipotesi interpretativa anche K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593, ove si considera, però, egualmente plausibile che si trattasse piuttosto di un prestito da destinare al finanziamento di un semplice affare; con un punto di vista sostanzialmente ripreso da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 135 s.: «Vielleicht handelte *S* als *procurator* des *T*, wahrscheinlicher aber ist […] ein darlehensähnliches Geschäft»; pensa diversamente a un *argentarius* N. HAYASHI, *Der Auftrag* cit., 184.

capo al *procurator*.[270] In comune vi è però la possibilità, qui peraltro puntualmente esplicitata, di lucrare sugli interessi eventualmente percepiti oltre la misura convenuta in favore del *dominus*: '*si pluris foenerare potuisset, ipse lucraretur*'.

Ebbene va notato che Giuliano, a detta di Ulpiano (*inquit*),[271] si sarebbe pronunciato per l'inquadramento della fattispecie nel contratto di mutuo[272] (*in*

---

[270] Così va certo intesa l'espressione '(*foenerare*) *periculo suo*': in questo senso A. BURDESE, *Mandatum* cit., 255. In proposito vd. *infra* nt. 272.

[271] Per una corrispondenza del punto di vista dei due giuristi vd. W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 217.

[272] Così A. BURDESE, *Mandatum* cit., 255. Diversamente («daß aber deswegen das Mandat nicht in ein Darlehn übergehe, sondern die actio mandati Statt finde») C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XV cit., (§ 955 V.) 292, con un punto di vista che si scontra però apertamente con il chiaro tenore della testimonianza, ove la possibilità di un impiego (alternativo) dell'*a. mandati* viene presa in considerazione solo per la diversa ipotesi, introdotta nella chiusa del brano (*infra* nt. 274), di incarico attribuito nell'ambito di un più ampio rapporto gestionale, in termini espressivi che peraltro dimostrano come il ricorso all'*a. mandati* costituisse un implemento di tutela rispetto all'ipotesi precedente (plane si […] mandati *quoque* eum teneri), per la quale non doveva esservi dunque alternativa all'utilizzo dell'*a. certae creditae pecuniae*. Nello stesso equivoco parrebbe essere caduto in tempi a noi più vicini E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 231, nell'ambito peraltro di un'interpretazione complessiva del brano che evidenzia (ancor più) significativi fraintendimenti della fattispecie concreta affrontata da Giuliano, anche per quanto riguarda l'individuazione del soggetto che avrebbe assunto su di sé il rischio, che non può che essere il *procurator*-mutuante, se non ci si lascia ovviamente sviare dalla ripetizione dell'aggettivo *suus*, il cui impiego non può che riferirsi la prima volta al *dominus* (si dominus iusserit procuratorem *suum* certam pecuniam sumere), la seconda al *procurator* (et foenerare periculo *suo*). E così del resto sembra intendere inizialmente il testo Betti («dandogli istruzione di dare in prestito delle somme di denaro, ed assumere su di sé il rischio dell'operazione»), salvo poi precisare: «È evidente […] che il dominus, ove il mutuatario non restituisca la somma ricevuta in prestito, sarà tenuto con l'a. mandati a rifondere la somma al mutuante», con un'affermazione che finisce per addossare, come si vede, il rischio in capo al *dominus*-mandante, come peraltro è poi espressamente affermato dall'autore: «l'assunzione del rischio […] della quale peraltro il mandate ha fatto esplicito cenno, si collega al fatto che in via primaria è in giuoco l'interesse dello stesso mandante». Peraltro dal brano emerge con chiarezza che il denaro, al centro della vicenda negoziale qui descritta, apparteneva al *dominus* (certam pecuniam *sumere*): in questo senso vd. A. BURDESE, *Mandatum* cit., 223 ss. Non si comprende allora il motivo per cui il *dominus* avrebbe dovuto tenere indenne il proprio *procurator* in caso di mancata restituzione del capitale, non avendo quest'ultimo subito alcun pregiudizio patrimoniale, trattandosi di *pecunia* non sua ma, come si è detto, del *dominus* stesso. Quanto alla riconduzione del rapporto tra *dominus* e *procurator* al contratto di mandato, è appena il caso di osservare che essa urta irrimediabilmente con quanto si legge nel testo, là dove si afferma che la *pecunia* presa dal *procurator* (dalle risorse del *dominus*) deve considerarsi presa a titolo di mutuo: in creditam pecuniam *videtur*. Sul fatto che il giurista

creditam pecuniam videtur),[273] non prendendo neppure in considerazione una sua riconducibilità all'interno dello schema del mandato.[274] Il brano certo non consente di stabilire con precisione da cosa sia concretamente dipesa la soluzione giulianea. A voler escludere altre ipotesi interpretative,[275] rimane pur sempre un margine di incertezza se il giurista si sia lasciato per l'appunto influenzare dalla presenza di un *emolumentum*, anche se solo eventuale (*si pluris foenerare potuisset*), o se piuttosto abbia operato sotto il condizionamento dell'assunzione del rischio (economico) da parte del *procurator*:[276] as-

---

si riferisca alla *pecunia* presa dal *procurator* dalle risorse del *dominus*, più che a quella impiegata, dal *procurator* stesso, nell'operazione feneratizia conclusa su indicazione del *dominus*, è fuor di dubbio. Sulla natura creditizia di quest'ultima operazione non potevano infatti sussistere incertezze, mentre noi sappiamo che il giurista si trova qui a risolvere un caso di dubbia interpretazione (in creditam pecuniam *videtur*). E l'unica vicenda che poteva offrire profili problematici sul piano della qualificazione giuridica era la prima, ovvero quella intercorsa tra *dominus* e *procurator*, la quale, al di là delle apparenze (dominus *iusserit* procuratorem suum), doveva essere (per l'appunto) considerata (*videtur*) un mutuo. Non appare pertanto congruo l'inquadramento del rapporto all'interno del mandato, così come prospettato da Betti.

[273] Con cautela, secondo W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 217: «Der Jurist sprach sich hier in vorsichtiger Form (*videtur!*)».

[274] La prospettiva del *mandatum* emerge, come si è appena accennato, nella parte finale del frammento, in relazione alla diversa ipotesi di incarico rientrante nell'ambito di una più generale procura *omnium negotorium*: Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.6 '*plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque eum teneri, quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit*'. Si tratta peraltro di tratto sulla cui genuinità sono stati avanzati vari sospetti: così («evidente sovrapposizione di seconda mano») E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, in *Studi di diritto romano. Volume terzo. Le obbligazioni*, Milano 1936, 519 nt. 2; sempre per una diagnosi interpolazionistica V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 76 nt. 3; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947, 127 s., ove ulteriori indicazioni bibliografiche. Per la genuinità A. WATSON, *Contract of mandat* cit., 47 s., il quale pensa piuttosto a una sunteggiatura; P. ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 93 s.; W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 218.

[275] Pone, poco convincentemente, una relazione con i meccanismi costitutivi del rapporto che trarrebbero origine da uno *iussum* del *dominus* («nicht um das *mandatum*, sondern um das von ihm unterschiedliche *iussum* ging») W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 217 s., il quale osserva come di *mandatum* si discuta solo nella parte conclusiva della testimonianza, il cui pensiero, a detta dello studioso, andrebbe sempre riferito a Giuliano (*inquit*). Sulla relazione semantica tra *iubere* e *mandare* vd. G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini* cit., 60 ss.; ID., *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato* cit., 486 s., ove si suggerisce al contrario una stretta affinità concettuale; nello stesso ordine di idee vd. P.P. ONIDA, *In tema di natura del mandatum*, in D@S-Tradizione romana 13, 2015, 1 ss.

[276] In questo senso parrebbe R. PESARESI, *Labeone e l'eccesso di mandato* cit., 19 e ivi nt. 4. Per quanto si tratti di aspetto secondario, è bene in ogni caso osservare come non ci siano ele-

sunzione che però altrove le fonti sembrerebbero ritenere praticabile.[277]

Nel silenzio del testo, non è allora poi così irragionevole ritenere che a determinare l'esclusione del mandato possa essere stata proprio la facoltà accordata al *procurator* di trattenere gli interessi eccedenti la misura convenuta, o che comunque questa possa avervi significativamente contribuito.[278] Da questo pun-

---

menti per ritenere che le due questioni fossero (negozialmente) connesse, nel senso che la facoltà di percepire gli interessi eccedenti la misura concordata costituisse una misura compensativa dell'accentuato profilo di rischio: così, ad es., C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XV cit., 292. Si tratta di interpretazione che si basa sull'attribuizione di un valore consecutivo all'espressione '*ita ut*' (così che), alla quale si deve piuttosto assegnare valore descrittivo dell'operazione creditizia e più precisamente delle modalità del *foenerare*, come appare del resto evidente proprio dalla lettura dell'intero passaggio, non potendosi certo sostenere che tra le 'conseguenze' dell'assunzione del pericolo vi fosse la previsione di un tasso prestabilito di interessi (*foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat* […]). Senza tradire il pensiero di Giuliano, si potrebbe anche dire: dominus *ita* iusserit *foenerare* […] ut. È appena il caso poi di osservare che tra *dumtaxat* e *si pluris* deve essere caduto qualcosa: probabilmente la congiunzione *et*, in modo da ricollegare all'*ut* iniziale l'apodosi del periodo ipotetico *ipse lucraretur* che nella versione compilatoria rimane sospeso in aria.

[277] Così almeno in Ner. 7 *memb.* D. 17.1.39: *Et Aristoni, et Celso patri placuit, posse rem hac condicione deponi, mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit, qui depositum vel mandatum suscepit; quod et mihi verum esse videtur*, in cui il giurista proculeiano ci mette al corrente di un indirizzo variamente condiviso, facente capo ad Aristone e a Celso padre, e da lui stesso seguito (*quod et mihi verum esse videtur*), in base al quale si considerava ammissibile un'assunzione del *periculum* da parte sia del depositario che del mandatario: *placuit posse rem hac conditione* […] *mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit, qui* […] *mandatum suscepit*. Indirizzo rispetto al quale non ci sono testimonianze di un contrasto di scuola. Si deve osservare che il brano è stato per lo più trascurato da quanti si sono più recentemente occupati di mandato, forse anche per via dei sospetti che da tempo sono stati avanzati in dottrina su un originario riferimento all'istituto della *fiducia*: così, con cautela, A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 139 nt. 2; E. ALBERTARIO, *Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto*, in BIDR 25, 1912, 26 s., ove si ipotizza peraltro una manipolazione della soluzione mediante la «soppressione di un *non*, che ne avrebbe capovolto il significato»; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 384 nt. 55, 386. In senso contrario, esclude un'alterazione A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 68 s.; così anche H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, 153 ss., con rassegna bibliografica. Il brano è appena richiamato in G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini* cit., 83.

[278] Lo esclude («Dieses Argument ist unbegründet»), ma senza specifici argomenti, W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 218 nt. 76. Né in senso contrario vale obiettare che il riconoscimento di tale facoltà non doveva costituire un limite insuperabile, tant'è che poco dopo è lo stesso Giuliano a precisare che se il negozio fosse stato realizzato nell'ambito di una *administratio omnium bonorum*, si sarebbe potuto agire in alternativa anche con l'*actio mandati* (Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.6: *Plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati*

to di vista potrebbe rivelarsi non casuale, sul versante lessicale, il ricorso da parte di Giuliano al verbo *lucraretur*, che sembrerebbe in effetti far pensare a un'attenta scelta terminologica, diretta a imprimere una precisa caratterizzazione economica alla facoltà qui accordata al mutuatario, le cui possibili conseguenze sul piano della configurazione dogmatica della vicenda negoziale in termini di mandato difficilmente avrebbero potuto essere ignorate dal giurista adrianeo. Così del resto interpretava il brano Stefano nello sch. Ἐν τούτοις a Bas. 14.1.6.6.[279]

L'ipotesi qui presa in considerazione potrebbe trovare conforto dalla lettura di

D. 17.1.36.1 (Iav. 7 *ex Cass.*): *Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi, et aliarum partium nomine commode negotium gessisti, et vilius emeris, pro tua parte tantum praestatur, quanti interest tua, dummodo intra id pretium, quod mandatur continetur. Quid enim fiet, si exiguo pretio hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abicere vel necessitate rei familiaris, vel ex alia causa cogerentur? Non etiam tu ad idem dispendium deduceris, sed ne lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet; neque enim tibi concedendum est, propter hoc venditionem impedire, quod animosiorem eius rei emptorem esse, quam tibi mandatum est, cognoveris.*

Il brano è ben noto, in quanto vi è contenuta la prima attestazione relativa al

---

quoque eum teneri, quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit.). Al di là dei dubbi, che come si è detto sussistono sulla genuinità di quest'ultima parte del brano (*supra* nt. 274), appare comunque chiaro che questa soluzione era dettata dalla circostanza che l'operazione veniva a inserirsi in un più generale rapporto gestionale (*administratio omnium negotiorum*), e che in ogni caso essa non involgeva l'aspetto sostanziale relativo all'inquadramento giuridico del rapporto, com'è provato dal fatto che per lo stesso atto gestionale si sarebbe potuto indifferentemente agire con entrambe le azioni (*mandati quoque eum teneri*), quando è evidente che un'unica operazione negoziale non poteva essere suscettibile di una duplice qualificazione sotto il profilo causale: mutuo e mandato al tempo stesso. Sulle strette affinità tra procura e mandato che avrebbero portato, già con Giuliano, a una fusione tra i due istituti si rinvia, per una panoramica generale, a R. MARTINI, *Il mandato* cit., 638 s. Sempre in proposito e per ulteriori indicazioni vd. *infra* nt. 308.

[279] Sch. Ἐν τούτοις a Bas. 14.1.6.6 (Hb. II 75 = Schelt. B II 710) Στεφάνου. Ἐν τούτοις παραβαίνεται τοῦ μανδάτου ἡ φύσις, ἐπειδὴ μὴ γρατούϊτον εἶναι δοκεῖ τὸ μανδάτον, ἔχει δὲ κέρδος ἐνταῦθα, κέρδος οὐχ ἁπλῶς, ἀλλὰ κατ᾽ ἐπιτροπὴν ἰδικὴν ἐμὴν τὸ ὑπὲρ τρίτον τῆς ἑκατοστῆς. Interpretazione respinta da W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers* cit., 218 nt. 76.

carattere di gratuità del mandato.[280] Giavoleno si stava qui occupando dell-'ipotesi di mandato d'acquisto a un prezzo prestabilito di un bene in proprietà, *pro quota*, dello stesso mandatario. Non è facile ricostruire nel dettaglio il pensiero del giurista. Lo stile faticoso e l'andamento discorsivo incerto e a tratti slegato[281] fa pensare a maldestri interventi riassuntivi.[282] Per i nostri fini è sufficiente osservare come intento del giurista fosse quello di scongiurare l'eventualità che il mandatario, profittando magari di un momento di difficoltà economica degli altri condomini (*necessitate rei familiaris, vel ex alia causa*), riuscisse ad assicurarsi le loro quote a un prezzo esiguo (*exiguo pretio*), in modo che, pur mantenendosi complessivamente entro i limiti di spesa fissati nel mandato, conseguisse di fatto un significativo apprezzamento della propria quota.[283]

Il brano purtroppo tace sulla soluzione concretamente escogitata per scongiurare il verificarsi di un tale evento: le indicazioni che si traggono al riguardo sono addirittura nebulose. La questione ci riguarda però solo marginalmente, e comunque non incide più di tanto sul rilievo che la testimonianza assume ai nostri fini. Dal tratto '*sed ne lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum man-*

---

[280] Così, tra gli studi più recenti, anche G. COPPOLA, *Dalla gratuità* cit., 29; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*,[2] Torino 2011, 514. Nello stesso senso già a F. DUMONT, *La gratuité* cit., 307 s., in un ordine di idee che tendeva però a svalutare l'ipotesi che si trattasse di principio originario del contratto, ritenendo piuttosto che la gratuità fosse l'ordinaria conseguenza del fatto che il mandato costituisse un istituto in qualche modo residuale rispetto alla *locatio conductio*, nel senso che avrebbe trovato applicazione in tutti quei casi in cui non fosse stato possibile ricorrere a quest'ultima; critico, in proposito, pur in una prospettiva che suggerisce di non generalizzare il principio di gratuità, così come la presa di posizione di Giavoleno («Nor do the jurist treat gratuitousness as a generalization: Javolenus, the earliest, certainly does not»), A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 106; sul brano vd. anche B.J. CHOE, *Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes* cit., 126 ss.

[281] Ciò vale soprattutto per il tratto finale '*neque enim-cognoveris*', che introduce una questione del tutto nuova e che nel grossolano lavoro di ricucitura finisce per assumere, ma non si capisce davvero come, una funzione esplicativa o meglio ancora giustificativa (neque *enim*) del principio precedente.

[282] Critiche in G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 69 s.; ID., *Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937, 10, ove si avanza la congettura che l'intero § costituisca una parafrasi del testo originario; rilievi si trovano anche in D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 193 e ivi nt. 18, il quale sembra salvare (sul piano sostanziale) solo la parte iniziale della testimonianza sino alle parole *quanti interest tua*, non escludendo che l'intero seguito possa costituire un glossema.

[283] S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 212 s.

datum gratuitum esse debet', del quale non vi è motivo di dubitare,[284] risulta infatti in ogni caso provato che l'idea di lucro elaborata da Giavoleno in tema di mandato andava ad abbracciare qualsiasi possibile ritorno economico a favore del mandatario,[285] anche se questo non fosse fisiologicamente riconducibile alla concreta configurazione dell'accordo a livello causale, ma fosse piuttosto dipeso da anomalie o deviazioni dallo schema tipico intervenute nella successiva fase di realizzazione.

Il dato non è privo di interesse. Se si considera che Giuliano fu diretto allievo di Giavoleno, non sarebbe poi così azzardato trarre la conclusione che, come discepolo, ne avesse recepito l'insegnamento. Naturalmente in proposito occorre essere prudenti, nel senso che sappiamo che l'interpretazione restrittiva di Giavoleno era stata abbandonata da Gaio.[286] Il che potrebbe certo far pensare a un mutamento di indirizzo sopraggiunto nel frattempo, che non sarebbe irragionevole attribuire a un autorevole esponente di scuola sabiniana come Giuliano, piuttosto che a un giurista dalla minore levatura come Gaio: e ciò potrebbe forse giustificare quell'atteggiamento prudenziale che risulta nell'attuale stesura del brano (*tutius*), a volerlo per l'appunto attribuire a Giuliano.

Alla luce però del prima richiamato Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.6, ma anche di Afr. 8 *quaest.*, l'eventualità di un'adesione giulianea al punto di vista del suo maestro rappresenta comunque qualcosa di più che una semplice possibilità teorica. In più rimane il rigoroso atteggiamento tenuto da Ulpiano, prima documentato (Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.),[287] che non può certo spiegarsi come

---

[284] Sospetti sull'intero tratto *quid- debet*, per via dell'impiego giudicato scorretto della congiunzione *cum* con l'indicativo in funzione causale, si trovano diversamente in G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 86; non muovono rilievi S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 212 s.; G. COPPOLA, *Dalla gratuità* cit., 29 ss.

[285] Per un'interpretazione rigorosa del carattere non lucrativo del contratto J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 173 s., per il quale si deve escludere che il mandatario «tire un profit quelconque de son intervention»; più recentemente («keinen Gewinn») B.J. CHOE, *Die Schulkontroverse* cit., 126; S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 212 s.; G. COPPOLA, *Brevi riflessioni* cit., 493 s. («assume […] un significato più ampio, non riguardando il ricevere un compenso determinato per l'esecuzione dell'incarico, bensì il non ottenere un qualsivoglia vantaggio nell'espletamento dell'affare»); ID., *Dalla gratuità* cit., 30 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato* cit., 514 s.

[286] Discute di «contenuto più circostanziato, relativo appunto solo alla mancanza di un corrispettivo economico, nella giurisprudenza successiva, come attesta Gaio» G. COPPOLA, *Dalla gratuità* cit., 31 s., la quale invoca a tal proposito Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22, Gai 3.162.

[287] Non ci pare pertanto che il brano possa essere addotto tra quelli che attesterebbero una rimodulazione della nozione di gratuità nella più ristretta prospettiva dell'assenza di corrispettivo economico, secondo quanto diversamente sostenuto da G. COPPOLA, *Dalla gratuità* cit., 32 nt. 47.

la tardiva riproposizione di un primitivo e poi abbandonato orientamento, dovendo più verosimilmente costituire la continuazione di un indirizzo interpretativo mai (in realtà) del tutto interrottosi.

2.3. La questione della responsabilità quale ulteriore ragione per escludere l'ipotesi di Gradenwitz di un ricorso all'*a. mandati*.

Occorre ancora aggiungere che quello sino ad ora evidenziato non sembra costituire l'unico rilievo che impedisce di accedere all'ipotesi di un originario impiego dell'*actio mandati*.

Decisiva in questo senso si rivela anche l'analisi del tratto '*Sed ne-debuisse*,' che è bene tornare a leggere:

Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine praestare debuisse.

A differenza di quanto ritenesse allora Gradenwitz,[288] il testo non sembra contenere un ulteriore motivo per escludere il contratto di mutuo (da imputarsi all'evidente incongruenza in relazione al regime di responsabilità), quanto un'ulteriore ragione che, in aggiunta a quella precedentemente espressa riguardo alla possibile assenza di gratuità dell'operazione realizzata dalle parti, avrebbe (non impedito, ma comunque) reso sconsigliabile, perlomeno in astratto, il ricorso all'*actio mandati*.[289]

Va detto che lo studioso non è stato il primo, né tanto meno l'unico, ad aver intravisto una relazione con il contratto di mutuo. Da Cuiacio[290] in poi, l'idea

---

[288] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 142.

[289] Così giustamente già K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598 ss., 2602, su cui vd., *infra* nel testo; così parrebbe anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 191 nt. 27 («si dovrebbe dire che egli a quel titolo [di mandato], non deve prestare nulla»); nel senso qui suggerito, come si è già accennato, anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 nt. 348 («Dieser Satz bezieht sich auf die *actio mandati*»); il dato non è sfuggito, nonostante le finalità chiaramente didattiche dell'opera, neppure a A. CORBINO-A. METRO, *Contrahere. Gli accordi costitutivi di "obligatio" nella riflessione giurisprudenziale romana*, Messina 1995, 146.

[290] J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., 355: «jus crediti hoc est ut periculum pecuniae respiciat ad eum qui pecuniam accepit. Jus

può ritenersi anzi sicuramente dominante.[291] Peraltro, i primi a proporre un'interpretazione di questo genere furono gli stessi autori bizantini. Significativa da questo punto di vista si rivela la lettura di

Bas. 20.4.24 (Hb. II 383 = Schelt. A. III 1013): […] οὔτε δὲ δάνειον, καθὸ καὶ τὸ κεφάλαιον ἐμοὶ κινδυνεύεται, καὶ εἰ μὴ λάβῃς τόκον, οὐδὲν ἀπαιτῶ.	Hb. II 383: nec vero mutuum est, quia sortis periculum ad me pertinet, et si usuras non perceperis, nihil a te petam.

Come si può osservare, l'argomentazione giulianea viene posta in diretta ed esplicita relazione con il contratto di mutuo (δάνειον), allo scopo di sottolineare ulteriormente la misura della distanza tra questo contratto e la vicenda negoziale cui avevano dato vita le parti.

A indurre a queste conclusioni deve essere probabilmente stato il ricorrere dell'espressione *pecunia credita* nel tratto interessato, al quale si è evidentemente voluto attribuire un'interpretazione rigorosamente tecnica.

Occorre peraltro riconoscere che lo stesso andamento della trama narrativa, dalla correlazione '*quidem* […] *ne quidem*' con riferimento rispettivamente alle *usurae* e alla *sors*, così come l'impiego in entrambe le proposizioni della forma infinitiva (retta da *respondit*), sembra in effetti voler suggerire una continuità discorsiva, in qualche modo malamente interrotta dal tratto '*verum videndum ne-consecuturus esset*'. Circostanza, questa, che ha contribuito ad alimentare l'ipotesi di una notazione di Africano, se non addirittura di una glossa rientrata nel testo,[292] con una congettura che è stata oggettivamente favorita dalle incertezze che riguardano il costrutto sintattico-grammaticale del periodo in questione, non essendovi elementi per stabilire con precisione la forma verbale ado-

contractus de quo agitur hoc est, ut respiciat ad eum qui pecuniam dedit: nam si forte eam Sempronium perdiderit sine dolo et culpa sua, non tenebitur».

[291] In questo senso, vd. A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 96 («[…] mandatum scilicet a Sempronio susceptum esse, ut pecuniam collocaret. Sic enim […] explicari potest, cur ad Titium pecuniae datae periculum spectat»); J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 284 («quod triginta illa data nequaquam Sempronii periculo sint, quod aequaliter mutui natura non patitur»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 321 s. («Sempronius ne répond ni de la perte ni de la stérilité du capital, à moins […] d'un dol […] Voilà un premier motif pur rejeter ici l'idée d'un *mutuum*»); P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 186; in tempi più recenti A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 142.

[292] *Supra* § 2.1.

perata (*videndum esse* o *est*) e di conseguenza l'autore della notazione.[293]

Si valuti appunto il brano, sopprimendo l'inciso in questione:

Respondit, pecuniae *quidem* creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi […] Sed *ne* ipsius *quidem* sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si rell.

Ma come già è stato messo bene in evidenza, il verbo *credere* in senso ampio può essere impiegato col generico significato di 'affidare',[294] sicché non vi sarebbe nulla di strano se, con tale locuzione, Giuliano avesse (qui) inteso indicare «das in Zusammenhang mit einem *mandatum* anvertraute Geld».[295] Occorre d'altra parte tenere conto del fatto che la somma di denaro consegnata a Sempronio, ancorché non a titolo di mutuo, avrebbe dovuto comunque essere data a credito per conto di Tizio: per cui, a ben vedere, per essa si sarebbe potuto parlare a buon diritto di *pecunia credita*.

Che comunque Giuliano si trovi qui (ancora) impegnato in una valutazione della riferibilità della vicenda al contratto di mandato, sembra per altro verso avvalorato dal fatto che la limitazione della responsabilità alla sola ipotesi di condotta dolosa sarebbe difficilmente comprensibile se la si dovesse riferire a un semplice rapporto creditizio.[296]

Di ciò si sono naturalmente avveduti gli studiosi, i quali hanno provato a spiegare tale antinomia, ipotizzando una deroga pattizia,[297] magari imputabile al fatto che il contratto realizzasse un interesse prevalente del 'mandante-mutuante', secondo quanto suggerito a suo tempo da Accarias.[298]

---

[293] Per un'attribuzione a Giuliano vd. *supra* § 2 nt. 195.

[294] K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2595 e ivi nt. 21, 2601.

[295] K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2601, il quale da altro punto di vista non manca di evidenziare (2595) come la stessa locuzione sia diversamente adoperata nel diverso e più stringente significato di '*pecunia mutua*' sia nel tratto '*respondit-non deberi*' sia nella chiusa '*praesertim cum-excedat*'.

[296] In proposito vd. I. 3.14.2; Ulp. 7 *disp.* D. 44.7.1.4. Sulla questione si rinvia, con letteratura, a F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* 2, Bari 1982, 641 ss.

[297] Così già J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 284; tra gli studiosi moderni, di «rischio della perdita o della mancata messa a frutto del denaro, nell'intento complessivo delle parti accollato all'accipiente» parla A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 142.

[298] Così («c'est l'intérêt de Titius qui prédomine») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 321s., ove si

Si tratta di un tentativo che non può dirsi però riuscito, anche a voler ammettere che ad avere principalmente interesse all'affare fosse, come si è detto, *Titius*.[299] Il punto è che il resoconto di Africano non presenta traccia dell'invocata pattuizione, con la quale i contraenti avrebbero inteso mitigare il regime di responsabilità dell'*accipiens*, limitandola al solo caso di comportamento doloso. Tale certamente non può ritenersi il costrutto *quando* […] *dicendum*,[300] al quale sembra doversi ragionevolmente attribuire il consueto valore normativo-prescrittivo, con cui è adoperato nel linguaggio dei giuristi (Giuliano e Africano compresi),[301] piuttosto che regolativo-negoziale, come a voler diversamente affermare: dal momento (*quando*)[302] che (tra le parti) si è stabilito che […].

Né del resto vi sono elementi specifici per pensare che i bizantini avessero

---

suggerisce di identificare il *Titius* del frammento di Africano con il proprietario di un fondo situato in una provincia imperiale, che, nell'impossibilità di provvedere personalmente al pagamento dell'imposta fondiaria, perché residente altrove, avrebbe incaricato a tal fine *Sempronius*; tra le righe M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 133 nt. 323.

[299] Si tratta in effetti di ipotesi verosimile, tenuto conto della facoltà accordata a *Sempronius* di trattenere le *usurae* percepite oltre il 6%: si è già avuto modo di osservare come la previsione appare poco coerente con la prospettiva di un prestito a interessi diretto a finanziare un affare, anche singolo, dello stesso Sempronio; diversamente K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593, il quale, seppur in via meramente ipotetica, non esclude che a nutrire un prevalente interesse alla conclusione dell'affare potesse essere piuttosto Sempronio, potendosi a tal proposito congetturare che la consegna della somma di denaro fosse destinata ad essere impiegata nella gestione di una sua attività o anche di un isolato ed occasionale affare: a questo proposito lo studioso non manca di far notare come il termine '*reditus*' si presti a indicare non solo gli interessi da capitale (Zinsen), ma qualunque profitto derivante da attività di tipo economico-imprenditoriale, secondo un uso che si riscontra, ad es., in Mod. 6 *resp.* D. 26.7.32.2, ove designa il 'reddito' fondiario; per un'allusione invece al ritorno da operazioni creditizie (*usurae*) vd., come si è già osservato (*supra* nt. 188), M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 133 nt. 324.

[300] Rilievi formali contro l'espressione («quando dicendum ist unmöglich. Dicendum esset? Quando!») si trovano in O. LENEL, *Afrikans Quästionen* cit., 40 nt. 2; prendendo spunto da Lenel, considera sottinteso '*esset*' M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 nt. 350.

[301] Per il primo si vedano Iul. 3 *dig.* D. 3.5.29, Iul. 29 *dig.* D. 28.2.13 pr., Iul. *l. s. de amb*. D. 28.6.31.1, Iul. *l. s. de amb*. D. 34.5.13 pr.-1, Iul. 35 *dig.* D. 36.2.16.2. Per Africano, in aggiunta al brano qui esaminato, si considerino Afr. 8 *quaest.* D. 12.1.41, Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.19.5, Afr. 8 *quaest*. D. 17.1.34 pr., Afr. 8 *quaest*. D. 19.1.30 pr., Afr. 8 *quaest.* D. 28.5.48 pr., Afr. 2 *quaest*. D. 29.7.15, Afr. 5 *quaest*. D. 30.108.3, Afr. 9 *quaest*. D. 40.5.49, Afr. 7 *quaest.* D. 41.2.40.1, Afr. 7 *quaest.* D. 44.7.23, Afr. 7 *quaest.* D. 46.1.21.3, Afr. 7 *quaest.* D. 46.3.38 pr., Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62.2, Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62.5.

[302] Per un'interpretazione di '*quando*' nel senso di '*quia*' vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 nt. 349.

particolare interesse a cancellare ogni riferimento a tale pattuizione, considerato che si sarebbe anzi trattato di un aspetto essenziale della vicenda negoziale, indispensabile per una corretta comprensione della soluzione giulianea.

Per contro sappiamo che al solo dolo, anche per via della gratuità della vicenda contrattuale,[303] era invece (perlomeno) ordinariamente[304] limitata la re-

[303] Sulla possibilità che all'adozione di tale regime (di responsabilità) possa anche aver contribuito la natura infamante dell'*actio mandati*, vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Il Mandato* cit., 190, il quale, riferendosi all'*infamia*, giudicava «non facilmente ammissibile che questa sanzione […] venisse applicata a persone cui non si potesse imputare un volontario e deliberato inadempimento». Com'è noto, rimane discusso in dottrina se ad essere infamante fosse la sola *actio directa* o anche quella contraria spettante al mandatario, secondo quanto parrebbe ricavarsi da Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.6.5, che si pone però in netta contraddizione con Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.6.7 '*Contrario iudicio damnatus non erit infamis*', oltre che con Iul. 1 *ad ed.* D. 3.2.1 '*non contrario iudicio*' (sulla inattendibilità dell'*inscriptio* (1 *ad ed.*) vd. già O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS 2, 1881, 58: «[…] unmöglichen Zusatz „libro primo ad edictum" – Julian hat bekanntlich keinen Edictcommentar geschrieben –»; con altre conclusioni A. GUARINO, *Salvius Iulianus* cit., 69 ss.). Sulla questione e contro il carattere infamante dell'*a. mandati contraria* si rinvia alla minuziosa analisi di B. ALBANESE, *Iudicium contrarium e ignominia nel mandato*, in IVRA 21, 1970, 1 ss., con ampia discussione di fonti e letteratura; al riguardo vd. E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli 2017, 9 ss.; sempre in proposito e per una valutazione delle fonti bizantine in tema di *a. mandati contraria* intentata dal fideiussore vd. S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustinianeo*, Torino 2018, 105 ss.

[304] Per un possibile rilievo anche di comportamenti semplicemente imprudenti, vd. Cic., *Pro Rosc. Amer.* 38-39, 111 '*in privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui questus aut commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores admisissi dedecus existimabant* […]': difende il valore della testimonianza in tal senso A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 199 ss., con discussione delle principali posizioni dottrinali di segno contrario; così in sostanza anche M. KASER, RPR I,[2] 509 s. e ivi nt. 51, 579 e ivi nt. 72, per quanto lo studioso escludesse, almeno per l'età tardo-repubblicana e del primo Principato, un rilievo della *culpa* in quanto tale, pensando piuttosto a un sapiente lavoro interpretativo della giurisprudenza, che, attraverso una dilatazione della nozione di *dolus*, avrebbe finito per estendere la responsabilità del mandatario a quelle condotte che, seppur semplicemente negligenti, potessero tuttavia ritenersi (egualmente) lesive della *fides* che stava alla base del rapporto: sarebbe stata semmai la giurisprudenza successiva a suggerire, anche se solo sporadicamente, un espresso allargamento della responsabilità del mandatario al diverso criterio della *culpa*; sempre nel senso di una estensione della nozione di dolo vd. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 193 s., in un ordine di idee che appare per il resto assai distante dal punto di vista del collega tedesco (in proposito vd. nt. seg.); in senso contrario S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 84 ss., 249 s., il quale, proprio alla luce della testimonianza di Cicerone, ipotizza che in origine la responsabilità nascente dal contratto «fosse legata ad una forte pretesa di diligenza nei confronti del mandatario»: sulla posizione dello studioso vd. anche *infra* nt. seg. Per un deciso ridimensionamento del brano vd. invece R. MARTINI, *Il mandato* cit., 648, ove si attribuisce a Cicerone un impiego atecnico dei termini '*neglegentia*' e '*culpa*' «per riferirsi più a comportamenti fattuali del mandatario […] che non ad atteggiamenti soggettivi cui com-

sponsabilità del mandatario, con una soluzione che si era saldamente mantenuta per l'intera epoca classica.[305] Così come, al medesimo criterio, ancora in tarda

misurare la sua responsabilità». Sulla testimonianza di Cicerone vd. anche G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini* cit., 317 e ivi nt. 475, ove è affrontata, però, la diversa questione di una possibile configurazione, in origine, della responsabilità del mandatario come responsabilità da fatto illecito ('[…] *mandati constitutum est iudicium, non minus turpe, quam furti*').

[305] V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*,[2] Napoli 1933, 41 s.; ID., *Il Mandato* cit., 188 ss.; E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in ZSS 59, 1939, 434 ss., 443 ss., ove in più si ipotizza un'evoluzione che avrebbe portato da una concezione originaria preclassica di dolo come frode (*dolus-malus*) a un'accezione più ampia come volontaria inesecuzione del contratto (dolo puro e semplice): scettico sul punto V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 194 s.; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale* 2 cit., 739 ss.; W. LITEWSKI, *La responsabilité du mandataire*, in Index 12, 1983-1984, 106 ss., 127 ss., con attribuzione a Diocleziano delle prime estensioni alla *culpa*; R. MARTINI, *Il mandato* cit., 647 s. e ivi nt. 44, ove si propende per l'interpolazione di Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.10, Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10 pr. e Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.22.11; aderisce in sostanza alla tesi della dottrina tradizionale (almeno per l'epoca classica) anche S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 246 ss., per quanto l'autore faccia osservare come il ricorso dei bizantini al criterio della *culpa levis* avrebbe in effetti rappresentato un ritorno alle originarie vedute ricostruttive ancora presenti in Cic., *Pro Rosc. Amer.* 38-39, 111-113 e che sarebbero state via via abbandonate col contrarsi di pari passo «del valore assorbente della più antica *fides*» che stava a fondamento dell'istituto. Prendono le distanze dalla dottrina dominante A. WATSON, *Contract of mandate* cit., 198 ss., che crede piuttosto a un criterio variabile in funzione della concreta operazione posta in essere; M. KASER, RPR I,[2] 509 s. e ivi nt. 51, 579 e ivi nt. 72, con le precisazioni di cui alla nt. prec.; G. MACCORMACK, *The Liability of the Mandatary*, in Labeo 18, 1972, 156 ss.; ID., *Culpa*, in SDHI 37, 1972, 171; G. PROVERA, v. *Mandato* cit., 317 s., ove, alla luce del dovere di buona fede che regolava il rapporto, si prende una posizione molto netta nell'escludere una limitazione della responsabilità del mandatario al solo dolo; giudica verosimile un allargamento della responsabilità alla *culpa* da parte di Ulpiano S. TAFARO, *Regula* cit., 277 ss., trattandosi, a detta dello studioso, di indirizzo che si sarebbe fatto strada presso altri giuristi di età severiana, come Papiniano e Paolo, con precedenti già in epoca antoniniana, adducendo a tal fine Afr. 8 *quaest.* D. 15.3.17 pr.: brano che, in verità, non riguarda la responsabilità del mandatario (per inadempimento del mandato), quanto quella (opposta) del mandante, dovendosi in particolare stabilire entro quali limiti fosse egli tenuto a sgravare il mandatario dai costi sopportati nell'adempimento del mandato. A essere qui in discussione non sono infatti i presupposti per l'esercizio dell'*a. mandati directa*, quanto quelli per l'impiego dell'*a. mandati contraria*: più precisamente occorreva valutare se il mandatario potesse far valere la propria pretesa al rimborso delle spese, nel caso avesse egli perduto, senza sua colpa, la somma di denaro presa in prestito per l'espletamento dell'incarico. Sempre nel senso di una responsabilità allargata alla «colpa-negligenza» vd. più recentemente H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale* cit., 150; S. DI MARIA, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti* I, Torino 2020, 91 e ivi nt. 41; un'apertura anche in C. PELLOSO, *La 'latitudine' della culpa e l'utilitas contrahentium. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche*, in Studi Urbinati 71, 2020, 616 nt. 55, su cui vd. nt. seg.

età postclassica, si richiamava Mod. 2 *diff.* Coll. 10.2.3 '*In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*',[306] in un contesto che non aveva evidentemente ancora conosciuto quel processo di aggravamento della responsabilità del mandatario che sarebbe arrivato a porre a suo carico anche il semplice inadempimento colposo, secondo un regime che troviamo con sicurezza attestato per il diritto giustinianeo nel notissimo Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23[307] e che

[306] Più in generale sull'intero squarcio ricavato dal *l.* 2 *diff.* di Modestino, oltre alla letteratura già citata, si rinvia all'attenta analisi di C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, 154 ss. Un richiamo al dolo come criterio di responsabilità del mandatario si trova anche in Ulp. 2 *disp.* D. 14.5.6; così come in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.10.12, brano di estremo interesse se si considera che vi è riportato il pensiero di Giuliano; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.8; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.9; Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29 pr.; Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.3; Ulp. 7 *disp.* D. 17.1.29.4; C. 2.12.10, 2.20.1. È pertanto ragionevole concludere, con la dottrina dominante, che l'idea di una responsabilità per *culpa* abbia cominciato a farsi strada solo in avanzata età postclassica, intorno al IV-V sec. Diversamente L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 327 nt. 41, il quale, argomentando da C. 4.35.11 (a. 293) e C. 4.35.13 (a. 294), sosteneva che un primo passo in questa direzione sarebbe stato già compiuto in epoca dioclezianea; per una svalutazione vd. però B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 4 cit., 412; E. SACHERS, *Zur Lehre* cit., 434 nt. 1, per i quali i rescritti in questione sarebbero inservibili, in quanto relativi alla responsabilità del *procurator*. Un parziale ridimensionamento della testimonianza di Modestino si coglie in C. PELLOSO, *La 'latitudine' della culpa* cit., 616 nt. 55: «mi pare plausibile […] che Modestino […] esponga in conformità alla *regula* il regime del mandato secondo ciò che è normale (ossia interesse esclusivo del mandante), senza che ciò osti a una responsabilità per *culpa* là ove l'interesse sia condiviso tra le parti».

[307] Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23 '*Contractus quidam dolum malum recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum* […]'. Sul brano e sulla questione, vd. con bibliografia, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*[2] cit., 41 s., 94 s., il quale tuttavia esclude che l'allargamento della responsabilità alla *culpa* rappresenti un'innovazione giustinianea, visto che Giustiniano si sarebbe molto più modestamente limitato ad equiparare la *culpa lata* al dolo: il criterio della *culpa* si sarebbe piuttosto affermato in epoca postclassica, sembrerebbe più «per distrazione che per deliberato proposito» (ma d'altra parte vd. 94 s. e soprattutto 95 s. nt. 3): di qui anche l'idea che Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23 rappresenti una «elaborazioncella [...] ad uso scolastico, ascrivibile al «periodo della massima decadenza degli studii», ovvero intorno al IV sec. d.C.; in una prospettiva più propriamente interpolazionistica F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* 1, Bari 1982, 33 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale* 2 cit., 740 s., per il quale i passi contenuti nella compilazione, nei quali viene richiamato il dolo come criterio di responsabilità in tema di mandato, sarebbero da intendere come «residui inerti» (741 ss.): eloquenti, da questo punto di vista, si rivelerebbero Bas. 14.1.8(.10) (Hb. II 80 = Schelt. A. II 739 s.) e sch. Σημείωσαι di Stefano a Bas. 14.1.8(.10) (Hb. II 81 = Schelt. B I 717); dello stesso autore vd. ancor prima ID., *Culpa et diligentia nella compilazione giustinianea*, in *Studi in*

parrebbe costituire l'esito di un graduale processo di avvicinamento all'istituto della procura,[308] per la quale, del resto, era da tempo ammessa la previsione di un *salarium*, seppur con pretesa da farsi valere in sede di *cognitio extra ordinem*.[309]

---

onore di E. Betti 2, Milano 1962, 249 ss.; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., passim; C.A. CANNATA, *Sul problema* cit., 47 s.; A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano* 1. *Struttura, origini, azioni*, Torino 1997, 80 ss. Sulla possibilità che all'adozione della *culpa* come criterio ufficiale di responsabilità adottato nella compilazione si sia pervenuti nell'ottica di un inasprimento della responsabilità del mandatario promosso da Giustiniano, con l'intento di porre un freno a una sempre più dilagante corruzione in ambiente bizantino, vd. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità* 2 cit., 753 s.; per la genuinità sostanziale del brano, anche per ciò che riguarda il tema della responsabilità del mandatario, vd. H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale* cit., 148 ss.

[308] Superato oggi il punto di vista di quanti giudicavano bizantino l'accostamento tra le due figure: in questo senso P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, ora in *Scritti* 3 cit., 250 ss.; con una posizione messa però da parte in ID., *Istituzioni*[10] cit., 401; E. ALBERTARIO, *Procurator* (*Studi* 3) cit., 495 ss.; F. SERRAO, *Il procurator* cit., 107 ss., al quale si rinvia per una sintetica esposizione delle principali posizioni della dottrina del tempo (Solazzi, Frese, Albertario). Diversamente pensava a un avvicinamento favorito dall'emersione della nuova figura del *procurator unius rei* V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 52 ss., ove è affrontata, con esito favorevole, l'ulteriore questione del concorso tra *a. mandati* e *a. negotiorum gestorum*, dovendosi attribuire ai bizantini il ricorso in via esclusiva alla prima (62 ss.); A. WATSON, *Contract* cit., 60; nel senso di una fusione tra i due istituti vd. R. MARTINI, *Il mandato* cit., 638 s.; per un impiego dell'*a. mandati* già a partire da Giuliano (Iul. 14 *dig.* D. 17.1.31) G. FINAZZI, *Ricerche* cit., 243 s.; così anche F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator* I. *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007, 21 ss.; un impiego dell'*a. mandati* in Iul. 14 *dig.* D. 17.1.31 era diversamente escluso da V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 75 s., che pensava qui all'*a. negotiorum gestorum*, senza per questo mettere in discussione, come si è appena visto, una più generale concorrenza delle due azioni in altri contesti. Sulla questione vd. anche G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini* cit., 263 ss.; ID., *Dalla gratuità* cit., 28 nt. 43, che preferisce discutere di «sovrapposizione tra le due figure»; di «confusione tra mandato e procura» parla da ultimo C. PELLOSO, *La 'latitudine' della culpa* cit., 616 nt. 55, con una circostanza che avrebbe ben potuto «orientare nel senso di un tendenziale aggravamento generale della responsabilità». Per un impiego sin dall'inizio dell'*a. mandati* in tema di procura vd. P. ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 87 ss., 255 ss., in un ordine di idee che tende a ridurre la figura del *procurator* a una categoria sociale più che giuridica, secondo quanto già sostenuto da S. SCHLOSSMAN, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig 1881, 89 ss.

[309] Così Pap. 3 *resp*. D. 17.1.7, con un principio che, come si è accennato, troviamo affermato, negli stessi anni, in C. 4.35.1 (Sev. et Ant., s. d.), provvedimento il cui estensore, a detta di molti, potrebbe essere stato lo stesso Papiniano: così V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 115 ss.; F. DUMONT, *La gratuité* cit., 314; G. COPPOLA, *Dalla gratuità* cit., 42 ss.

2.4. Valutazioni di sintesi sulle ragioni sostanziali che dovevano aver indotto Giuliano ad escludere l'ipotesi di un mandato.

Volendo quindi provare a mettere insieme gli elementi sino ad ora raccolti, pare di poter affermare che, dopo aver preso in considerazione il ricorso all'*actio mandati*, Giuliano, a una più attenta valutazione della fattispecie, avesse finito con l'escluderla, per il concorrere di due differenti ragioni.

Dogmatica l'una, valutativa l'altra. Da un lato, la possibile assenza di gratuità, nel senso che quantomeno poteva profilarsi l'eventualità che tale aspetto venisse sollevato, e magari con successo, da *Sempronius* una volta convenuto con l'*actio mandati*. Dall'altro, il rischio di non vedersi corrisposto, oltre agli interessi, lo stesso capitale. Rischio che nel caso specifico assumeva evidentemente una connotazione solo teorica,[310] visto che dal brano si desume chiaramente che il capitale era stato già restituito, altrimenti, prima ancora che per gli interessi, *Titius* si sarebbe preoccupato di sapere come agire per la restituzione del capitale.[311]

Il fatto che comunque Giuliano si trovi ad affrontare una «theoretischer Erörterung» non deve stupire, né certamente può essere invocato a sostegno di un'ipotesi interpolativa.[312] Al contrario si spiega facilmente se si riflette sulla natura stessa dei *libri quaestionum*, nei quali, com'è noto, la proposizione di un caso concreto doveva non raramente costituire l'occasione per passare a un esame teorico della fattispecie, astraendo dalla vicenda specifica.[313] E anzi ragionevole ritenere che un siffatto modo di procedere costituisse un passaggio per certi versi obbligato in sede epistemico-letteraria, data la consapevolezza del giurista sulle ripercussioni che le soluzioni dettate in relazione al caso concreto avrebbero potuto avere per il futuro: la soluzione è in altri termini pensata anche nel-

[310] Così, come si è detto (*supra* nt. 206), K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2594, 2598 nt. 35 *a*; negli stessi termini («ein anderer hypothetischer Gesichtspunkt») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 nt. 348; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 39 s. nt. 57.

[311] In questo senso già O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 142.

[312] Non trova nulla di sospetto nel fatto che Giuliano affrontasse le conseguenze che più ampiamente sarebbero discese da un inquadramento nell'orbità del mandato, e la loro compatibilità con il negozio voluto dalle parti, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 nt. 347.

[313] Del resto, un possibile segno del processo di tipizzazione cui andò incontro il brano giulianeo parrebbe emergere dall'indicazione stessa delle parti negoziali con nomi chiaramente generici (*Titius* e *Sempronius*): circostanza peraltro non sfuggita a K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2592, il quale discorre in proposito di «Blanckettnamen».

l'ottica di una sua applicabilità al di là del caso di specie che l'ha originata. E d'altra parte, come anche di recente è stato ricordato, Giuliano e Africano sono «fra i giuristi nelle cui opere si presenta più accentuato il processo di astrazione e di standardizzazione dei casi».[314]

Con il rilievo contenuto nel tratto '*sed ne-debuisse*' Giuliano intendeva dunque mettere in guardia da un ulteriore rischio nel quale si sarebbe potuto potenzialmente incorrere agendo con l'*actio mandati*.[315]

Da altro punto di vista, non si deve neppure sottovalutare che, nell'adottare la propria decisione, il giurista era quasi inevitabilmente tenuto a prendere in considerazione i diversi e peraltro contrapposti interessi delle parti, nel senso che la soluzione prospettata doveva risultare in grado di proporsi come una ragionevole sintesi degli stessi. Per rimanere alla fattispecie qui esaminata, appare infatti evidente che le maggiori pressioni verso una identificazione con il mandato dovevano provenire da *Titius*, il quale si sarebbe così visto riconoscere la facoltà di ottenere la corresponsione degli interessi pattuiti, senza peraltro doversi preoccupare eccessivamente della questione relativa alla responsabilità, tenuto conto che, come si è detto, nel caso di specie l'operazione era sicuramente andata a buon fine.

Da parte opposta la qualificazione del contratto in termini di mutuo si sarebbe rilevata decisamente più conveniente per *Sempronius*, il quale sarebbe stato in tal modo esonerato dall'obbligo di restituire gli interessi pattuiti, non avendo peraltro nulla da temere per l'aggravio della responsabilità rispetto al mandato, visto che si sarebbe comunque trattato di questione meramente teorica, avendo egli regolarmente provveduto alla restituzione del capitale.

Da qui il delicato compito del giurista, il quale era chiamato a elaborare una soluzione che sapesse tener conto dei diversi e contrapposti interessi in gioco. La soluzione più valida da questo punto di vista era quella di ritenere prevalenti le anomalie del caso, anziché procedere forzatamente a una assimilazione con uno[316] o più tipi edittali.[317] Ed ecco che allora la decisione di ricorrere a un'a-

---

[314] Così L. VACCA, *Sulla rilevanza dei precedenti nel diritto giurisprudenziale romano*, in ID., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, Padova 2006, 96.

[315] Giusta l'osservazione di K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593, per cui Giuliano avrebbe ritenuto inadeguata una responsabilità limitata al solo dolo («Julian ein Einstehenmüssen des S nur für *dolus*, nicht für angemessen erachtet»); così anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137.

[316] Se, come si è osservato, la riconduzione della fattispecie allo schema del mandato doveva risultare estremamente problematica, al punto da renderla sconsigliabile, andava a maggior ra-

zione da accordare per il caso concreto (*in factum*), torna ad apparire del tutto logica, e anzi come l'unica prospettabile.

Per quanto occorra essere in proposito molto cauti, va detto che per una esclusione della configurabilità di un semplice contratto di mandato parrebbe deporre, da un punto di vista prettamente formale, anche l'impiego dell'avverbio '*quasi*', il quale, almeno in questo contesto d'uso, sembrerebbe alludere a un avvicinamento di fattispecie che, benché accomunate per taluni aspetti, appaio-

---

gione escluso un inquadramento all'interno del contratto di locazione, e più precisamente come ipotesi di *locatio operis*. Perché fosse configurabile un contratto di locazione occorreva qualcosa di più di un semplice arricchimento. Si richiedeva infatti un vero e proprio corrispettivo, peraltro certo. Qui invece, non solo il lucro non era considerabile in termini di corrispettività, ma per di più appariva incerto e addirittura variabile nel suo ammontare: in questo senso, come si è visto (*supra* nt. 260), già J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., (*Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*) 356. Si trattava di aspetto che doveva risultare decisamente incompatibile con la regola attestatata in Gai 3.142 ('*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur, nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*') e Pap. 10 *quaest.* D. 24.1.52 pr. ('*quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest*'), seguita dalla scuola sabiniana, e dunque non irragionevolmente dallo stesso Giuliano, in ossequio alla quale '*nisi merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*': sulla questione si rinvia a V. FIORI, *La definizione* cit., 241 ss. In quest'ordine di idee si potrebbe comprendere perché non sia stata presa in considerazione l'ipotesi di una qualificazione secondo lo schema locatorio. Per una relazione tra la mancata configurazione di una *locatio-conductio* e la mancata corresponsione di una somma di denaro a titolo di mercede («nec id actum est inter partes, ut mercedis loco pro opera pecunia constituatur»), in aggiunta al fatto che si trattasse qui di opere non locative («enim tale est factum, quod locari neque possit neque soleat»), vd. già A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 97.

[317] Guardando in effetti al modo in cui è formulato il quesito rivolto al giurista (*Titius consulebat* […] *qua actione ab eo consequi posset*), si potrebbe astrattamente ipotizzare, non senza cautela, che, da parte (per lo meno) del richiedente, vi fosse il convincimento di aver dato vita a due distinte operazioni giuridiche, anche se ovviamente intimamente collegate: un'attività feneratizia, sulla quale si era venuta innestando una *delegatio solvendi*, dalle quali, dunque, avrebbero potuto scaturire, almeno potenzialmente, due distinte azioni. Di qui l'esigenza di sapere con *quale* azione agire. Se diversamente in *Titius* fosse stata prevalente la sensazione di aver dato vita a un'unica operazione contrattuale (mutuo o mandato che fosse), egli avrebbe più propriamente chiesto se fosse possibile pretendere il pagamento degli interessi, anziché con quale azione. A un'operazione negoziale mista, a metà strada tra mutuo e mandato, pensa, come si è accennato (nt. 201), K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2600: «[…] es sich in D. 19.5.24 um einen Mischtatbestand zwischen Auftrag und Darlehen handelt […] Gerade bei gemischten Verträgen, in denen Elemente verschiedener anerkannter Kontrakte enthalten sind, ist das Gewähren einer *actio praescriptis verbis* typisch. Anders verhielt es sich in D. 17.1.34 pr. In diesem Falle waren nach Auffassung Julians Darlehenselemente nicht geben, weil es an dem Grundtatbestand *ex meo tuum fieri* fehlte».

no tuttavia destinate a rimanere distinte.[318] Se Giuliano (Africano) avesse inteso pronunciarsi per la riconducibilità del caso in esame al contratto di mandato avrebbe probabilmente più semplicemente affermato '*mandatum inter eos contractum* (*intellegi debeat*)', e non anche, come invece si legge nel brano, '*quasi mandatum inter eos contractum*'. Senza che occorra ipotizzare interventi di sintesi sul brano,[319] e a prescindere dal fatto che ovviamente non ogni impiego dell'avverbio debba essere necessariamente inquadrato nella logica delle c.d. 'Quasikonstrutionen',[320] rimane il fatto che tale utilizzo si mostra qui scarsamente

[318] Coglie un riferimento al profilo della somiglianza piuttosto che a quello dell'identità F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 s. nt. 27; così anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134 e ivi nt. 337, il quale traduce «ein Art von Auftrag», non condividendo l'interpretazione di '*quasi*' nel senso di 'als', essendo altrimenti incomprensibile perché non si usi '*quasi*' anche con riferimento all'ipotesi della *foenerata pecunia*. Ci troveremmo in presenza, dunque, dell'abituale tecnica impiegata per descrivere una deviazione da un caso tipico («um eine Abweichung von einem Regelfall auszudrücken»), che per certi versi costituirebbe un'anticipazione dei dubbi che sarebbero stati successivamente espressi da Giuliano circa il ricorso all'*a. mandati*. Sull'impiego dell'avverbio per indicare un accostamento di tipo analogico, vd. già O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opuscolorum* cit., 359, il quale richiama peraltro proprio il nostro brano: «fecerunt ut conventionem innominatam cum eo contractu nominato, cui simillima erat, addita particula *quasi*, haud raro comparare fuerint». Diversamente K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2601, per il quale '*quasi*' andrebbe qui interpretato nel senso «als» più che di «gleichsam, sozusagen» («Klarzustellen bleibt noch, daß Julian hier ein mandatum erörtert, nicht eine Art von Mandat, eine Analogie zu einem Mandat»).

[319] Così invece F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 190 s. nt. 27, il quale è dell'avviso che nella stesura attuale il *quasi* non abbia «seguito nel discorso successivo», visto che le uniche differenze che emergerebbero tra il negozio qui compiuto e il mandato riguarderebbero il solo piano degli effetti, mentre è da ritenere che nella stesura originale l'avverbio alludesse a differenze «sul piano della fattispecie», non più apprezzabili per via del rabberciamento subito dal testo.

[320] Sulla questione e in relazione alle diverse logiche argomentative di cui sarebbero espressione (analogia, assimilazione per finzione), vd., con varietà di punti di vista, H. SUMMER MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London 1861, 333; S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico* cit., (*Appendice III. Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio «quasi»*) 697 ss.; ID., *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, in *Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini*, Milano 1946, 17 ss., 54 ss.; M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen 1962, 59 nt. 45; W. KERBER, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Wurzburg 1970, 116; con accurate indicazioni bibliografiche, G. WESENER, *Zur Denkform des 'Quasi' in der Römischen Jurisprudenz*, in *Studi Donatuti* 3, Milano 1973, 1387 ss.; più recentemente K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi* 1, Milano 1982, 245 ss.; ID., *Vom 'quasi' im römischen zum 'als ob' im modernen Recht*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P.

compatibile con l'ipotesi di un'originaria applicazione dell'*actio mandati*, e sembra piuttosto costituire un'anticipazione della decisione, che sarà solo successivamente indicata, di *agire praescriptis verbis in factum*.[321]

Peraltro, se si dovesse seguire sino in fondo la proposta allora avanzata da Gradenwitz, e se dunque Giuliano avesse effettivamente preso posizione in favore dell'*actio mandati*, andrebbe chiarito perché mai i compilatori avrebbero dovuto inventarsi di sana pianta la questione agitata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, avendo gli studi interpolazionistici oramai insegnato che l'intervento dei commissari si limitava normalmente a rabberciamenti del testo, o brevi introduzioni, ma mai si traduceva in una integrale falsificazione.[322] Così come ancora, ci sarebbe da chiedersi per quale ragione i Bizantini, soppressa l'originaria indicazione dell'*actio mandati*, avrebbero dovuto prendersi la briga di escogitare l'in-

---

MEINKE (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 117 ss., 120 ss.; (in una prospettiva che tende ad un ridimensionamento della distinzione tra analogia e finzione) R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli 1983, 24 ss.; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'* cit., 220; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 144 nt. 219; B. KUPISCH, *Der Gedanke des 'als ob'. Zur wirschaftlichen Betrachtungsweise bei der Anweisung, romanistisch und zivilistisch*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINCKE (a cura di), *Rechtsgeschichte* cit., 431 ss.; C. MASI DORIA, *Per l'interpretazione di «quasi magistratus» in D. 1.16.7.2 (Ulp. 2 de off. proc.)*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano 2007, 242 ss. Certamente eccessiva la posizione di E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 323 s., che pretenderebbe di negare impieghi dell'avverbio in funzione assimilativa: «Nel discorso classico il 'quasi' esprime non già un'assimilazione (cioè non ha il senso italiano del quasi), ma una costruzione».

[321] Così, come si è detto, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 134 s. e ivi nt. 337.

[322] Per una valutazione di ordine generale in tema di critica testuale, si rinvia a M. KASER, *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*, in *Forschungen zum römischen Recht und angewandte Juristenmethode,* Wien-Köln-Graz 1979, 112 ss.; in termini che (a dispetto del titolo) vanno ben al di là della ristretta questione della ricostruzione del testo classico, toccando, per così dire, lo statuto epistemologico stesso degli studi giusromanistici, vd. anche M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, V. GIUFFRÈ (a cura di), *Opuscola – Centro di studi romanistici V. Arangio Ruiz*, Napoli 1998 = M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. 'Atti del Seminario internazionale di diritto romano' e della 'presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae'. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di S. Schipani*, (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), Trento 2011, 217 ss.; sul tema, e in particolare sul legame tra interpolazionismo e redazione del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, vd. D. MANTOVANI, *La critica del testo del digesto tra passato e futuro*, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive* cit., 151 ss.; sulla questione vd. da ultimo anche M. VARVARO, *La storia del 'Vocabularium iurisprudentiae Romanae' 1. Il progetto del vocabolario e la nascita dell'interpolazionismo*, in QLSD 7, 2017, 251 ss.

solita locuzione '*praescriptis verbis in factum actionem dari*',[323] quando sarebbe stato estremamente più semplice proporre l'abituale ricorso all'*actio praescriptis verbis*.[324] È evidente che l'indubbia anomalia dell'espressione, in un'ottica interpolazionistica, si può spiegare solo se, abbandonando l'idea di Gradenwitz, si propende piuttosto per un'originaria applicazione dell'*actio in factum*, così come suggerito, seppur cautamente, da de Francisci.

2.5. Natura dell'azione concessa da Giuliano: azione civile o pretoria? Adeguamento di modello tipico o *actio in factum* (*civilis*) di tipo generico?

Se le considerazioni sin qui svolte, ci hanno messo nella condizione di escludere l'impiego dell'*a. mandati* da parte di Giuliano, non può dirsi però risolta la questione fondamentale, rimanendo ancora e innanzi tutto da stabilire la natura civile o pretoria dell'azione alla quale pensava Giuliano. A questo proposito occorre riconoscere che entrambi i rimedi appena indicati si sarebbero rivelati in grado di assicurare una soddisfacente risposta per tutti i rilievi sollevati dal giurista adrianeo.[325]

Sia per quanto riguarda il profilo della responsabilità, con l'unica differenza che nell'*actio in factum* (*concepta*) si sarebbe potuto trovare un esplicito riferimento al criterio di responsabilità da applicare,[326] sul modello ad es. dell'*actio*

---

[323] Registra l'eccezionalità dell'espressione («Die Bezeichnung ist ungewöhnlich») pure M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137 e ivi nt. 356, per quanto poi l'autore richiami a tal proposito, ma in un modo che appare in verità dubbio, la «Kombination» tra *in factum* e *praescriptis verbis* che si ritrova in Ulp. 30 *ad sab.* D. 19.5.13.1 e Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22.

[324] In questo senso già P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 377.

[325] Per quanto si sarebbe trattato di rimedi ben distinti sul piano funzionale, essendo soltanto l'azione civile formalmente rivolta all'adempimento: in questo senso, in un'ottica interpolazionistica, («The action of the original was to obtain the return of what was given […] The remedy praescriptis verbis was inserted to cover something extra, wages in one case, interest in the other […]») J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67. Altra questione è, ovviamente, se in generale un'azione con *intentio incerta* dovesse presentarsi più vantaggiosa rispetto ad un'azione con *formula in factum concepta*, secondo quanto sostiene M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 50 nt. 228 («Auch praktisch war eine Formel mit *intentio incerta* am besten geeignet, um Verbindlichkeiten aus Abreden […] klagbar zu machen. Denn eine *in factum* konzipierte Formel konnte stets nur ein bestimmtes Begehren zum Gegestand einer Verurteilung machen, ließ aber eine umfassende Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses nicht zu»).

[326] Nel testo non vengono fornite indicazioni sul criterio di responsabilità suggerito da Giuliano per il rapporto in questione: lo ammette anche K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2593, 2598

depositi in factum, in cui, com'è noto, ai fini della condanna era esplicitamente richiesta una condotta dolosa da parte del convenuto (Gai 4.47: […] *eamque dolo malo N^{i} N^{i} A^{o} A^{o} redditam non esse*).

Sia per ciò che concerne il pagamento degli interessi, per il quale non vi sarebbe stata ovviamente alcuna necessità di ricorrere all'adozione di un'azione di buona fede (*a.p.v.*), secondo quanto invece sostenuto da Accarias.[327] Il fatto della pattuizione sarebbe stato infatti agevolmente recuperabile all'interno dell'*intentio*, assieme agli altri elementi costitutivi della fattispecie.[328] Né del resto

---

s., di cui non sembra pertanto suffragata, sul piano testuale, l'affermazione per cui Giuliano avrebbe optato per una responsabilità identica a quella del mutuo («Doch geht es Julian […] um eine Einstandspflicht des S wie bei einem Darlehen […] dass Julian eine Einstandspflicht des S für da Kapital jenseits von Verschulden im Auge hat»). In favore di questa interpretazione lo studioso prova ad addurre Afr. 8 *quaest.* D. 17.1.34 pr., in cui però la soluzione sembra piuttosto dipendere dalla specificità del caso ed è resa possibile dall'esistenza di un sottostante rapporto di procura, in assenza del quale, peraltro, sarebbero certo mancati i presupposti per ipotizzare un impiego dell'*a. mandati*, avendo il *procurator*, di propria iniziativa e nel suo esclusivo interesse, preso in prestito una somma di denaro, attingendo alle risorse economiche del rappresentato (*Lucius Titius*) di cui aveva la gestione, a un tasso di interessi da lui stesso unilateralmente stabilito, dandogliene semplicemente informazione mediante *epistula*, a cose fatte (*Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus* rell.): diversamente («scrive per sollecitare l'assenso ad utilizzare […] una certa parte della somma, come mutuo […] Il formale accordo di Lucio Tizio è presupposto dal testo»), ma in termini che non trovano riscontro nel brano, P. ANGELINI, *Il 'procurator'* cit., 112 ss. Egualmente da respingersi è l'ulteriore considerazione di Misera che vorrebbe la scelta di Giuliano, di orientarsi verso un modello di responsabilità simile a quello del mutuo, dettata dall'assenza di interesse all'affare da parte di *Titius*, rivelandosi per questi indifferente «ob S die *usurae* als *tributum* zahlt oder ob S die *usurae* an T leistet und T seinerseits das *tributum* entrichtet». Dall'analisi condotta sino ad ora sul brano è al contrario emerso come sia verosimile che ad avere principale interesse alla conclusione dell'affare fosse piuttosto *Titius*. Del resto è lo stesso K. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2599 nt. 43, a prendere in considerazione, seppur in via residuale, l'ipotesi di una responsabilità per *culpa*: «denkbar wäre auch, dass Julian eine Haftungserweiterung nur bis zur *culpa* hin intendiert hat»; senza solide basi testuali l'idea di un accostamento al comodato («The action of the original was to obtain the return of what was given, the risk of which remained with the giver, whence the analogy was to *commodatum*») prospettata da J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67, con una soluzione che l'autore vorrebbe estendere a Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22.

[327] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 325.

[328] Non sarebbe pertanto difficile supporre per l'ipotesi specifica, in cui a essere richiesti da *Titius* erano semplicemente gli interessi residui, una *intentio* del genere: *Si paret Titium Sempronio triginta dedisse, pactosque esse, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret, computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum*

dal brano emergono elementi che consentano di ipotizzare la sussistenza di un interesse positivo all'adempimento quantificabile in un ammontare maggiore rispetto alla somma di interessi eccedente l'importo del tributo. Quindi, anche dal punto di vista dell'entità della condanna le due azioni avrebbero assicurato un'adeguata tutela al richiedente.

Va detto che l'ipotesi di un intervento dei commissari mediante l'inserzione della dicitura '*praescriptis verbis*'[329] è stata oggettivamente favorita dallo stato in cui si presenta oggi il brano di Africano, certamente afflitto da marcate fratture nella scansione del discorso, grossolanamente ricucite e che lasciano pensare, se non necessariamente a una interpolazione, quantomeno a un impacciato intervento di sunteggiatura da parte di editori postclassici, se non forse molto più verosimilmente a una maldestra trascrizione da parte del copista, il quale probabilmente finì con l'invertire parti del brano.

Appare, ad es., malamente inserito il tratto finale '*praesertim-excedat*,' la cui collocazione ci saremmo attesi quantomeno a seguire le parole '*consecuturus esset*', e in ogni caso prima di *quare tutius*, se non addirittura (e forse ancor meglio) dopo '*debeat*', come elemento impeditivo alla configurazione del contratto di mutuo. Va infatti osservato che sino a questo punto la decisione di escludere il mutuo non pare sufficientemente suffragata sotto il profilo motivazionale, per non dire che è del tutto carente di motivazione: per lo meno se si aderisce all'idea che il tratto '*Sed-debuisse*' contenga una ragione per escludere il mandato, anziché il mutuo.[330] E d'altra parte la questione dell'irripetibilità degli interessi, come già si è accennato, a stretto rigor di logica da sola non poteva rappresentare un valido argomento per scartare l'ipotesi del mutuo, dato che, com'è evidente, avrebbe dovuto piuttosto costituire la conseguenza derivante da una sua eventuale esclusione.[331]

---

foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius esset, id est ex sorte decederet; aut si et sortem, et usuras summa tributorum excessiset, id, quod amplius esset, Titius Sempronio praestaret, neque usuras residuas Titio restitutas esse q. d. r. a.

[329] Così anche P. BONFANTE, *Istituzioni*[10] cit., 501 nt. 2; P. VOCI, *La dottrina* cit., 255 s., il quale però reputa il passo «nel resto sostanzialmente genuino»; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 376 s.

[330] In proposito vd. *supra* § 2.3.

[331] A questo proposito non ci resta che ripetere che forse la migliore spiegazione è quella di credere a una materiale svista da parte del copista, il quale dopo aver saltato il tratto in questione ha creduto di porre rimedio a questa sua disattenzione semplicemente riproducendo la parte non trascritta in conclusione al brano. Che questo errore sia da ascrivere a un copista impegnato nell'opera di compilazione del Digesto o invece a un non meglio precisabile editore postclassico è

Le condizioni del brano non possono però trasformarsi in un pretesto per revocare in dubbio la classicità della locuzione '*praescriptis verbis in factum actionem dari*'. Si è del resto già evidenziato che le perplessità variamente avanzate risultano in molti casi sostanzialmente prive di una valida motivazione, dipendendo piuttosto da una pregiudiziale diffidenza verso ogni soluzione giulianea che si mostri non in linea con il punto di vista espresso in Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2.

Occorre per di più precisare che la genuinità della locuzione, salvo rare eccezioni,[332] è oggi generalmente ammessa.[333] L'anomalia o l'eccezionalità della locuzione non si possono spiegare con il ricorso ai normali schemi interpolazionistici. Si è anzi giustamente osservato che «alla luce dei comuni canoni ermeneutici» essa non desti alcun motivo di dubbio.[334] Paradossalmente, è proprio l'as-

---

questione non risolvibile e tutto sommato ininfluente sul valore della testimonianza nel suo complesso.

[332] Per la fattura bizantina vd. A. D'ORS, *Las quaestiones de Africano*, Roma 1997, 367 e ivi nt. 914; sempre per l'origine compilatoria vd. più di recente, ma senza una specifica analisi del brano, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 158 nt. 127; pensa piuttosto a un'origine glossematica R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40, su cui vd. *infra* ntt. 336-337; sembrerebbe orientarsi per l'azione pretoria anche J.B. MERCADO, *Contractuum quorum appellationes* cit., 251 nt. 14, anche qui però senza approfondimento della testimonianza; G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 137 s. Lo stesso dovrebbe potersi dire anche per Cannata, tenuto conto della nuova posizione assunta negli ultimi studi, se non fosse che l'autore è giunto alla proprie conclusioni (di una rigida avversione giulianea all'*a.p.v*) basandosi unicamente su Ulp. 4 *ad ed.* § 2 (e sul gemello Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2) e indirettamente su Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1, nel presupposto che Paolo stesse lì riferendo il pensiero del giurista adrianeo, lasciando inesplorata ogni altra testimonianza di Giuliano in materia: su Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 e Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1 vd. vol. II, in particolare per il primo: cap. IV §§ 3, 3.2 e cap. V §§ 1 e 1.1; per il secondo: cap. IV § 7.

[333] K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2603 s.; J. KRANJC, *Die actio* cit., 457; N. HAYASHI, *Der Auftrag* cit., 184 s.; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 142; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 198; sembra orientarsi per la genuinità anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 213 s., su cui vd. *infra* nel testo, sul finire di questo stesso §; non trova alcun profilo di contraddizione M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 137 s., il quale anzi rivendica la coerenza degli elementi su cui è costruita la locuzione; sempre per la genuinità, senza tuttavia occuparsi specificamente né del brano né della locuzione in sé, rinviando all'indagine di Artner, U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 236 nt. 1148; non sembra muovere rilievi neppure A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 34 nt. 17.

[334] Così F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 198, il quale sul piano sostanziale tiene a precisare (lo si è già visto: cap. III § 1.2.) come, a differenza di Ulp. 4 *ad ed*. e di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, non si tratterebbe qui di una semplice ipotesi di *do ut facias*, visto che «nel nostro caso risulta prevista, se pure in via eventuale, un'obbligazione anche a carico della parte che compie la da-

soluta eccezionalità dell'uso che deve indurre ad accogliere con scetticismo l'ipotesi di un intervento compilatorio, visto che è plausibile supporre che, innanzi a un ennesimo richiamo all'*actio in factum*, i commissari di Giustiniano avrebbero certamente trovato più comodo operare attraverso la consueta e ben sperimentata tecnica dell'identificazione, limitandosi ad aggiungere un esplicativo '*id est praescriptis verbis*', piuttosto che ricorrere alla elaborazione di una nuova dicitura,[335] introducendo nel corpo della locuzione l'ablativo '*praescriptis verbis*', con tutti i rischi che sono sempre legati a ciò che rappresenta una novità.

Non si può poi non considerare che le parole *praescriptis verbis* si trovano scritte prima della locuzione *in factum* (*a.*), con un ordine espressivo che appare francamente poco compatibile con l'ipotesi di un'aggiunta assimilativa, nel qual caso sarebbe stato piuttosto logico attendersi una sequenza inversa rispetto a quella che si legge oggi nel brano. Non dunque: *Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*, ma: *Quare tutius esse in factum actionem dari* (*id est*) *praescriptis verbis* o magari: […] *in factum praescriptis verbis actionem dari*. Il che spiega anche il motivo per cui sia stata recentemente presa in considerazione l'ipotesi di un glossema interlineare,[336] con una proposta che appare certamente più ragionevole, ma che non è in grado di risolvere del tutto i rilievi qui evidenziati e che in larga misura si fonda sull'idea di un'incongruenza tra i due modelli processuali (*a. in factum*, *a.p.v.*),[337] senza prendere però in considera-

zione. Siamo di fronte a un'ipotesi di bilateralità oggettiva eventuale […] già attratta da Labeone nell'alveo della sinallagmaticità».

[335] Da questo punto di vista non ci sembra si possa condividere il giudizio di A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 33 nt. 17, che tende a considerare le due espressioni «abbastanza» simili; così ancor prima J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67. Osserva più opportunamente come la locuzione si riscontri «unicamente in questo passo di Africano» R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40, il quale trae però da ciò motivi di sospetto sulla genuinità della soluzione (*infra* ntt. 336-337).

[336] R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40: «è decisamente probabile che il tratto '*praescriptis verbis*' altro non sia se non un qualche glossema interlineare, (erroneamente) esplicativo dell'espressione '*in factum*', rientrato nel testo».

[337] Così («l'espressione '*praescriptis verbis in factum*' […] sembrerebbe implicare una sovrapposizione tra due realtà formulari, in sé considerate, profondamente diverse») R. FERCIA, *Il fieri* cit., 40, il quale d'altra parte, sempre sul piano espressivo, trova sospetta la «correlazione» tra il sostantivo *actio* e il «sintagma *praescriptis verbis*», che (anche a detta dell'autore) sarebbe da attribuirsi per la prima volta a Pomponio (così Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3, Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.1 e soprattutto Pomp. 21 *ad Sab.* D. 19.5.26 pr.), con una «"priorità scientifica"» che (sempre secondo lo studioso) dovrebbe assorbire «quella puramente cronologica»: sulla questione vd. J. KRANJC, *Die actio* cit., 456 s., il quale non manca tuttavia di evidenziare una certa fluidità espressiva da parte del giurista antoniniano; sempre in proposito e per una valorizzazione del dato les-

zione la possibilità che la locuzione *a. in factum* sia qui adoperata nel senso di Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1 pr.-2 e non di Gai 4.46.

Si è detto che la locuzione appare in qualche modo superflua, visto che per definizione l'*a.p.v.* non può che essere concessa con riferimento al caso specifico e dunque in via extraedittale (*in factum*). Si tratta di rilievo eccessivo e che, al di là di ogni possibile valutazione di segno contrario,[338] non consente di ritenerla giuridicamente scorretta, non potendosi di per sé considerare l'*abundantia* come un valido indice di interpolazione, secondo quanto è stato pur sostenuto in tempi oramai lontani.[339]

Da valutare semmai in concreto è a quale azione pensasse Giuliano (e sul suo esempio Africano). É inutile dire che la soluzione della questione dipende dalle considerazioni prima sviluppate su un piano assolutamente generale in relazione alla natura dell'*actio p.v.*

Quanti aderiscono all'ipotesi di un adeguamento dello schema tipico, sembrano almeno formalmente orientarsi verso un adattamento dell'*actio mandati*,[340] raccogliendo così un'opinione che era largamente accreditata tra gli studio-

---

sicale E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 212 s. («Il passaggio da una forma verbale a un sostantivo non è mai, nel lessico giuridico antico, privo di rilievo»).

[338] In effetti ci sarebbe da chiedersi fino a che punto l'inusuale denominazione dell'azione sia da considerarsi realmente superlua. Essa, al contrario, non è priva di utilità, in quanto consente di ovviare alla assoluta genericità ed equivocità che, per le ragioni già chiarite, sono destinate ad accompagnare la locuzione *actio in factum*. Lo stesso in effetti va detto, se ci si riflette, con riferimento all'espressione *actio in factum civilis*, la quale, alla luce di queste osservazioni, risulta tutt'altro che contraddittoria. Analoga osservazione («Der Zusatz *praescriptis verbis* soll hier wohl allem den Ausdruck *in factum actio* präzisieren und den möglichen Mißverständnissen vorbeugen, die dieser Ausdruck sonst auslösen könnte») può trovarsi in J. KRANJC, *Die actio* cit., 457, il quale al più sembra dubitare (ma non è chiaro in base a quali elementi) del fatto che nel brano originario seguisse una dettagliata indicazione della *formula iudicii*, secondo quanto – lo si è visto (*supra* cap. II nt. 56) – era stato invece ipotizzato dallo stesso autore (ma in quel caso senza riserve) per Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 (*civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis competere*) e Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1 (*in factum* […] *dandam*, *id est praescriptis verbis*).

[339] Così J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 81, il quale però, anche in base allo sch. Ὁ μὲν di Taleleo a Bas. 11.2.23, in cui è riferito il commento di Patrizio a C. 2.4.6.1, riteneva genuina l'espressione '*quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*' lì adoperata, pur considerandola affetta da eguale verbosità espressiva («pari abundantia peccat sermo imperatoris Alexandri»).

[340] Così K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2604 e ivi nt. 78 («Die Verwendung der *bona fides*-Klausel ist hier unproblematish, weil die Abrede dem *mandatum* sehr nahesteht, das mit *bonae fidei iudicia* ausgestattet ist»), con richiamo a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.4; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 191 nt. 27 («venne accordata […] l'applicazione in via utile, mediante i *praescripta verba*, dell'*actio mandati*»), 200.

si più antichi,[341] il cui punto di vista era d'altra parte influenzato dalla prospettiva di un'*a.p.v. utilis* o *ad exemplum*.[342] Anche in questo caso tale adattamento si è però il più delle volte tradotto nell'elaborazione di un programma di giudizio sostanzialmente slegato dallo specifico schema edittale di riferimento (*a. mandati*), e più corrispondente, per via della mancata riproposizione del *nomen contractus* tipico all'interno della *praescriptio* sostitutiva della *demonstratio* edittale, al modello di un'*actio ad exemplum* di tipo generico, costruito in definitiva sul più generale paradigma delle azioni di buona fede.[343]

Non è mancato peraltro chi, come Artner, in una prospettiva che si dimostra decisamente più coerente con la logica di un adattamento di azione tipica, ha pensato a un adeguamento dell'impianto giudiziale non soppressivo però del *nomen actionis*:

EA RES AGATUR DE DATIONE TRIGINTA MILIUM SESTERTIUM PACTOQUE UT (Beschreibung der Abmachung) QUOD A^{S} A^{S} N^{O} N^{O} ITA MANDAVIT, QUIDQUID etc.

in cui, come si può anche osservare, l'indicazione dei dettagli della fattispecie avrebbe trovato spazio all'interno della *praescriptio*, al fine (si è detto) di non appesantire la trama narrativa della *demonstratio*.[344]

L'ipotesi di un adattamento formulare dell'*actio mandati* farebbe però insorgere non trascurabili complicazioni sul piano del regime giuridico e in particolare renderebbe di difficile soluzione i problemi prima evidenziati in tema di responsabilità, visto che, come si è altrove chiarito,[345] l'estensione utile di un modello edittale nei termini immaginati, e dunque con invarianza sul piano del *nomen actionis*, avrebbe dovuto comportare l'applicazione della disciplina prevista per il tipo contrattuale preso a riferimento.[346]

---

[341] Tra questi si vedano ad es. J. CUJACIUS, *Ad Africanum tractatus VIII. Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*, in *Opera* IV cit., (*Ad L. Titius 24. de praescrip. verb.*) 356: «Verum dicetur sane haec actio magis esse similis actioni mandati»; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 98, su cui vd. *infra* nt. 986.

[342] Al riguardo vd. *supra* cap. I § 1.

[343] Così in sostanza A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 32 s.; ID., *Osservazioni* cit., 142: in proposito vd. G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 10 s.

[344] Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 138.

[345] G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 36.

[346] In una prospettiva che sembrerebbe guardare al profilo sostanziale della regolamentazione

Dalla lettura del brano è infatti emerso che tra le ragioni che rendevano sconsigliabile la riconduzione della fattispecie all'interno della figura del mandato vi era proprio il rischio (solo teorico si è detto) di vedere così compromesso il diritto alla restituzione della somma di denaro, nel caso in cui il mandatario si fosse trovato nell'impossibilità di provvedervi per cause a lui non imputabili (*culpa*, *periculum*): osservazione che peraltro non è sfuggita allo studioso tedesco.[347] È il caso di tornare a leggere il tratto in questione

(Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24): […] *Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine praestare debuisse*.

Viene allora da chiedersi quanto ciò possa ritenersi compatibile con la scelta di ricorrere a un modello di azione che contenesse sul piano della qualificazione causale della fattispecie un richiamo alla figura del mandato, con conseguente applicazione del relativo regime: in assenza per lo meno di più specifici e ulteriori adeguamenti del programma di giudizio.

L'insieme di queste considerazioni induce a ritenere più verosimile l'ipotesi dell'adozione di un modello di giudizio, non ricalcato su uno specifico schema processuale di azione tipica. Si potrebbe pertanto immaginare la predisposizione di un programma di giudizio con (*praescriptio-*)*demonstratio* descrittiva del rapporto giuridico sottostante, (secondo le consuete modalità, e dunque *ex latere actoris*), seguita da *intentio incerta*, magari *ex fide bona*, in modo da mettere il giudice in condizione di elaborare la soluzione più rispondente alla complessità dell'operazione negoziale, anche sul non semplice piano dell'individuazione del criterio di responsabilità.

In astratto non si potrebbe neppure escludere un approccio processuale di tipo c.d. aristoniano, o per meglio dire con azione incerta con *demonstratio*(-*praescriptio*) ma di stretto diritto, non potendosi da questo punto di vista invocare l'inadeguatezza di tale soluzione ai fini della restituzione degli interessi, se-

---

(«praescriptis verbis actionem dari […] ita tamen, ut totum negotium non secundum locationis et conductionis, sed secundum mandati regulas dijudicetur»), ma che in effetti non trascura il profilo della *conceptio* del modello di giudizio («hanc autem actionem proxime ad mandati iudicium accedere […] minime dubitari potest») così A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 97 s.

[347] Così, come si è già accennato (*supra* nt. 315), («Dieser für den Auftrag geltende Haftungsmaßstab ist nach Julians Ansicht dem Geschäft […] nicht angemessen») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 136 s.; in questo senso già K.H. MISERA, *Julian-Afrikan* cit., 2598 s.

condo quanto è stato recentemente ventilato sempre da Artner,[348] il quale è caduto in un equivoco sostanzialmente non dissimile da quello in cui era a suo tempo incorso Accarias,[349] e al quale non si erano sottratti neppure gli interpreti di diritto comune, costretti a fare i conti con un modello di *a.p.v.* (salvo le eccezioni di I. 4.6.28) di stretto diritto.[350] In realtà l'ipotesi (qui) di una relazione di dipendenza tra percezione degli interessi e presenza della clausola di buona fede è meno sicura di quanto (anche) l'autore creda. Non si è evidentemente considerato che, anche nell'ipotesi di azione (*in factum civilis*) modellata su azione tipica di buona fede, la perseguibilità degli interessi non sarebbe in effetti dipesa dalla presenza della *bona fides*-Klausel, tenuto conto che il giudice non avrebbe comunque potuto sottrarsi dal prendere in considerazione il *pactum usurarum*, rappresentando questo uno degli elementi costitutivi della fattispecie obbligante, descritto, unitamente agli altri, *praescriptis verbis*.[351]

In ogni caso, occorre invece essere molto prudenti rispetto all'ipotesi di una rielaborazione da parte di Africano dell'originaria soluzione giulianea,[352] che avrebbe in sostanza portato l'allievo di Giuliano a un'integrazione mediante *praescripta verba* del programma di giudizio predisposto dal proprio maestro (*actio in factum* in senso stretto).[353]

---

[348] Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 138 e ivi nt. 361, il quale, proprio per tale ragione, esclude un approccio aristoniano per il caso in questione, teoricamente reso possibile dal fatto che l'accordo avesse trovato attuazione (*dedi ut*).

[349] Vd. *supra* in questo stesso §.

[350] Gli stessi autori si interrogavano, appunto, su come avrebbe potuto ottenere *Titius* la restituzione degli interessi residui, trattandosi qui di *a.p.v.* di stretto diritto. Tra questi vi fu chi, come Accursio, ipotizzò un'estensione del regime dell'azione edittale analoga, attraverso una sorta di capacità imitativa della natura (o meglio sarebbe dire del regime) dell'azione di riferimento: in questi termini vd. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., 683: «Actiones praescriptis verbis […] stricti iuris, imitari naturam earum quae sunt bonae fidei»).

[351] La notazione si trova già in A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., 683, il quale correttamente osservava come le *usurae* non spettassero *ex pacto*, come se si trattasse appunto di pattuizione aggiunta (secondo quanto riteneva Accursio), ma in base allo stesso contratto innominato, rappresentando l'accordo usuraio uno degli elementi del contratto, per meglio dire: parte del contenuto del contratto.

[352] Più in generale, esclude la possibilità di un contributo di Africano alla soluzione del caso qui esaminato A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 81 («si limita a riferire […] l'opinione di Giuliano»).

[353] T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 213 s., il quale discute di «significativa innovazione».

Tale azione avrebbe dato vita a una singolare contaminazione della dottrina giulianea di cui rischia di sfuggire il senso, in considerazione della assai dubbia utilità di ricorrere a una *praescriptio* 'determinativa', nell'ambito di un programma di giudizio, in cui il compito di assicurare l'individuazione della *res de qua agitur* sarebbe stato già efficacemente assolto dall'*intentio* (*in factum concepta*), ove appunto avremmo trovato indicati gli elementi descrittivi del fatto costitutivo della pretesa.[354]

Così come, peraltro, nel quadro della invocata connessione con la nozione aristoniana di *causa*, che si sarebbe tradotta nella «acquisizione di un concetto [...] a prescindere dalla teorica in relazione alla quale quel medesimo concetto era stato elaborato [...] quindi indipendentemente anche dalle soluzioni», rimane sostanzialmente imprecisato in che termini l'*actio in factum praescriptis verbis* suggerita da Africano avrebbe dovuto assicurare una maggiore efficacia sul piano della tutela formulare, rispetto al modello dell'*actio civilis incerti* aristoniana.[355]

3. Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2. Il punto di vista di Giuliano in tema di precario. Rilievi sulla genuinità del brano. Critica all'ipotesi di un impiego (non contrattuale) della *condictio incerti* (*possessionis*).

Nessun indizio realmente significativo a sostegno della tesi tradizionale, ma neanche nella direzione opposta, può ricavarsi dall'esame di

D. 43.26.19.2 (Iul. 13 *dig.*): *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.*

In questa sede Giuliano parrebbe ammettere, in favore del *precario dans* e in aggiunta alla tutela interdittale, il ricorso alla *condictio incerti*, nel testo identificata con l'*actio praescriptis verbis*.

Si tratta di una testimonianza notissima su cui da tempo si è concentrata l'attenzione della dottrina. Nella sua apparente semplicità espositiva il brano ha per lungo tempo costituito un terreno estremamente insidioso, su cui si è misurata la tenuta di un'ampia serie di ipotesi ricostruttive che riguardavano tanto

[354] In questo senso (senza naturalmente riferimento all'ipotesi che, solo più tardi, sarebbe stata formulata dallo studioso italiano), già M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 138 nt. 360, al quale non è sfuggita la sostanziale incongruenza tra *formula in factum concepta* e *praescripta verba*.

[355] T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 212.

l'*actio praescriptis verbis* quanto l'azione di ripetizione (*condictio incerti*). Dall'assimilazione tra i due rimedi processuali rischiava innanzi tutto di uscire gravemente compromessa l'idea dell'*a.p.v.* come azione generale di buona fede che, come si è visto, aveva cominciato a prendere piede intorno alla metà dell'Ottocento.[356] Per altro verso, la presenza di *praescripta verba* nel programma di giudizio della *condictio incerti* rischiava di mettere egualmente in crisi il modello di *condictio incerti* astratta,[357] che era stato qua e là affacciato in dottrina e che nella seconda metà dello stesso secolo avrebbe trovato in Baron uno dei più strenui e autorevoli sostenitori.[358]

Si comprende pertanto come, per motivi differenti, in molti abbiano provato a spezzare l'insolito nesso identificativo tra le due azioni.[359] La proposta che in passato aveva raccolto maggiori adesioni è stata certamente quella di sostituire la lezione *incerti condictione* del *codex Florentinus* con la frase *incerta actione*, segnalata nell'*editio* Gebauer-Spangeberg (Göttingen 1776) sulla base del *Codex Rehdigeranus*,[360] in modo da recuperare il brano all'interno del medesimo sche-

---

[356] *Supra* cap. I § 2 e nt. 78; vd. anche *infra* nt. 446.

[357] Per lo meno in caso di *praescriptio* c.d. determinativa del fondamento della pretesa (*causa petendi*).

[358] Sulla struttura del programma di giudizio vd. *infra* nt. 372.

[359] Si tratta in effetti dell'unico caso attestato nelle fonti: così già E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 110 nt. 33 («ein dem sonst bezeugten Sprachgebrauch schroff entgegentretendes Unikum»).

[360] G.C. GEBÁUER- G.A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis quibusque editionibus collatis*, Gottingae 1776, 915 nt. 77; così J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 83 ss., per il quale l'accostamento non avrebbe tenuto conto delle differenze strutturali tra i due modelli processuali. A differenza dell'*a.p.v.*, che avrebbe avuto una formula con *intentio incerta*, la *condictio incerti* avrebbe piuttosto avuto un programma di giudizio impostato secondo l'impianto della *condictio certi*, e dunque con *intentio certa*, ancorché non diretta a un *dare oportere*. Di qui appunto (dando per genuino l'inciso '*id est praescriptis verbis*') l'esigenza di sostituire alla *condictio incerti* l'*actio civilis incerti*, unitamente peraltro alla soppressione dell'inciso '*id est*', secondo l'edizione aloandrina: «Die incerti condictio muß als ganz der certi condictio nachgebildet angesehen werden; ihre intentio geht auf die bestimmte Leistung, die nur gerade nicht das Geben eines Bestimmten ist; es heißt in ihr nicht […] quidquid dari fieri oportet, sondern z. B. si paret Numerium Negidium Aulo Augerio illius fundi usumfructum constituere oportere»; allo stesso modo, proponeva di leggere *incerti actione*, ma allo scopo di fugare i dubbi che sarebbero potuti emergere sul carattere di buona fede dell'azione in virtù del riferimento a un programma di giudizio di stretto diritto come la *condictio*, G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 294; per la correzione pure C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 353 ss.; critiche rispetto alla tradizione del *codex Florentinus* («ohne Zweifel unrichtig») si trovano anche in F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 98 nt. *o*, 504 nt. *b*, il quale faceva

ma assimilativo di Ulp. 4 *ad ed.* (*a. civilis incerti*), ampiamente documentato nelle fonti e pacificamente ammesso in dottrina. Altri suggerirono piuttosto di correggere l'inciso *id est*[361] con *item* o altre forme espressive disgiuntive,[362] con una soluzione che raggiungeva certo l'obbiettivo di tenere distinta l'astratta *condictio incerti* dalla causale *actio civilis incerti* (*a.p.v.*),[363] ma che presentava il grave inconveniente di attribuire al giurista adrianeo la predisposizione di rimedi processuali,[364] che, al di là delle ipotizzate differenze strutturali, mostravano certo significative affinità sostanziali sul piano applicativo, per quanto formalmente indirizzati a diverse finalità (ripetizione-adempimento).[365]

Sul ricorso qui da parte di Giuliano alla *condictio incerti* non vi era però alcuna indecisione. Al riguardo vi era anzi unanimità d'opinione.[366] Tanto più

---

d'altra parte notare come l'espressione '*incerta actione*' fosse presente nelle più antiche edizioni di fine '400 basate sulla *Bononiensis*; possibilista K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., 341 s. nt. *m*; un'apertura in tal senso può trovarsi anche in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 76; nello stesso ordine di idee anche C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain. Tome deuxieme correspondant aux livres III et IV des Institutes*, Paris 1866, 575; aderisce alla sostituzione K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 690 s., ove riferimenti bibliografici.

[361] Inciso che, come fa osservare C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 39, non è in effetti presente nel testo della *Florentina*, nel quale si legge, piuttosto, 'CONDICTIOPRAESCRIPTISVERBIS'.

[362] Così («wäre an dem "*id est*" zu bessern, und dies durch "*et*" "*item*" "*vel etiam*" oder ähnliches zu ersetzen») E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 110 nt. 33, ove neppure si esclude una correzione di '*condictione*' in '*actione*' o (meglio ancora) '*intentione*'; adesivamente («an Stelle von id est mit Bekker item zu lesen») J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die Condictionen*, Berlin 1881, 227 s.

[363] Così («die actio incerti […] sie an der in der Demonstratio mitgetheilten causa debendi eine feste Grundlage besitzt») J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 231 s.: di qui anche la costruzione della relativa *intentio* secondo la formulazione «quicquid N^um^ A^o^ dare facere oportet».

[364] J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 228 s. («übertrug er auf das Precarium neben der Condictio die act. praescriptis verbis»).

[365] Per una svalutazione di tale distinzione vd. J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 218 ss.; così, in termini ancor più accentuati che approdano (com'è noto) a una identificazione delle due azioni (*condictio incerti*, *a. civilis incerti*), nel comune segno dell'*a. qua incertum petimus* di Gai 4.41, 131, A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus*, in SDHI 4, 1938, 152 ss. = *Études* cit., 150 ss.: in proposito vd. *infra* nt. 392; per una critica al punto di vista di Baron vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 211 nt. 1.

[366] In questo senso F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., 474 nt. 6; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 77; C.G. BRUNS, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar 1874, 186; E. PFERSCHE, *Die Bereicherungs-Klagen. Privatrechtliche Untersuchung*, Wien

che, anche grazie al brano in esame, Giuliano era considerato l'effettivo ideatore della *condictio* (*incerti*) *possessionis*, per lo meno se si prescinde dall'utilizzo della *condictio possessionis furtiva* poco prima ammesso da Aristone.[367] I dubbi semmai riguardavano (come si è accennato) la concreta struttura del programma di giudizio, la classicità del nome (di regola negata),[368] o ancora in quale misura fosse stata adoperata dai giuristi:[369] con un interrogativo che si andava ovviamente a legare al tema della presenza dell'azione all'interno dell'albo pretorio,[370]

1880, 59 nt. 3; come si è accennato, J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 228 s.; O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 128 s. («das ist verständlich. Denn mit dieser wird zurückgefordert, was ohne Grund an Jemanden gelangt ist […] dies ist hier offenbar der Fall […]»); H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 246 nt. 11; per un impiego della *condictio possessionis* anche F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 105 s., con sospetti però sulla genuinità formale del testo (e più in generale della denominazione *condictio incerti*), che porteranno lo studioso a uncinare la parola *incerti* (143); per l'impiego della *condictio incerti* da parte di Giuliano anche É. CUQ, *Manuel*[2] cit., 503, 538 nt. 1; in senso contrario, per le ragioni prima evidenziate (*supra* nt. 360), J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 83 ss.; più articolato il punto di vista di H. DARKWARDT, *Das Prekarium und die Emphyteuse*, in Jh. Jb. 14, 1875, 314 s. nt. 3, il quale pensa piuttosto all'applicazione di un'*a.p.v.* con funzione ripetitiva: in proposito vd. *infra* nt. 399.

[367] Così («Julian ist, abgesehen von der furtiven condictio possessionis, als der eigentliche Schöpfer der condictio incerti zu betrachten»), ma in un ordine di idee che, come si è detto, considerava (anche qui) bizantina la denominazione di *condictio incerti* e che soprattutto prendeva nettamente posizione, come vedremo, contro l'ipotesi di un programma di giudizio dall'impianto strutturale ben distinto rispetto a quello della *condictio* c.d. *certi*, F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 105 s., 114 ss., il quale d'altra parte aveva cura di evidenziare come una tale innovazione applicativa, fatta eccezione per Pomponio e Marcello (Ulp. 36 *ad Sab.* D. 25.1.5.2), non avesse trovato grande seguito tra i successori del giurista adrianeo («Die Quellen ergeben, dass der Lehre des Julian und Pomponius die Zeitgenossen und nächsten Nachfolger n i c h t beigetreten sind. Bei Gaius, Scaevola, Papinian u. s. w. findet sich auch nicht eine Spur der condictio incerti. Man wird in der That gestehen müssen, dass die von Julian und Pomponius eingeschlagene Richtung trotz der Feinheit der Construction eine durchaus gekünstelte war und vor Allem fraglos dem überlieferten Wesen der condictio als einer repetitio dati widersprach»), 135.

[368] Salvo qualche isolata eccezione: in questo senso W. STINTZING, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Jena 1901, 20 ss. Per l'origine bizantina vd. in particolare F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 135 ss., 147 ss. («[…] erst die Compilatoren das „incerti" hineingebracht haben, und zwar haben sie diese Bezeichnung besonders dem Julian in den Mund legen wollen, um ihn gleichsam zum Autor auch der B e z e i c h n u n g der von ihm aufgebrachten Condictionsfälle zu stempeln […] Es ergiebt sich also, dass die Ratio der condictio „certi" und „incerti" in den Digesten auf c o m p i l a t o r i s c h e r Systematik beruht»).

[369] Con le eccezioni di cui si è detto (*supra* nt. 367), denunciava un modesto ricorso all'azione da parte dei giuristi classici F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 152 s.

[370] Per la tesi positiva ci limitiamo a segnalare O. LENEL, EP,[1] (§ 57 *si incertum condicatur*),

essendo certo più difficile ammettere un riconoscimento a livello edittale per un'azione impiegata solo sporadicamente.[371] Su questi aspetti il dibattito era serratissimo, più di quanto non lo sia oggi, soprattutto per ciò che concerne la questione dell'impianto del programma di giudizio ed in particolare della formulazione dell'*intentio*. Le posizioni della dottrina al riguardo erano profondamente discordanti, quasi si trattasse, in effetti, di due distinti modelli processuali.[372]

---

121 ss., il quale giustificava la collocazione, subito dopo la rubrica *in bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur*, col fatto che l'azione avrebbe verosimilmente richiesto in ogni sua applicazione l'inserimento di una apposita *praescriptio* («diese condictio […] sehr wahrscheinlich immer mit einer praescriptio erhoben wurde»), con una posizione che, come si è detto e com'è del resto ampiamente risaputo, sarà abbandonata già a partire dalla seconda edizione (ID., EP,[2] 151 ss.): in proposito vd. *infra* nel testo, in questo stesso §; sempre per un riconoscimento a livello edittale («Das Album enthielt wol eine Rubrik '*si incertum condicatur*'») vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 230, il quale, di fronte alle tante incertezze che sussistevano in ordine alla sua precisa collocazione, riteneva si potesse tuttavia escludere un suo inserimento tra gli altri modelli di *condictiones*. Per la tesi negativa F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 152 s.

[371] Così F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 152 s.

[372] La dottrina allora maggioritaria pensava a una *formula* con *intentio incerta* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet*) preceduta da *demonstratio*; l'ipotesi aveva peraltro raccolto l'importante adesione di F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 617 ss., 627 ss.; in questo senso anche C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 308 s. Non erano certo mancate diverse ipotesi ricostruttive. Se si trascura uno spunto in tal senso di Hugo, che risale addirittura a prima della pubblicazione dell'*editio princeps* delle istituzioni gaiane (G. HUGO, *Note 7 zum §. 24* a J.C. LANGSDORF, *Über die pacta und contractus nach dem Justinianischen Rechte*, in Civilistisches Magazin 1, 1803, 197 s.), una prima critica all'ipotesi di un programma di giudizio con *intentio incerta* era stata avanzata nei primi decenni del XIX sec. da C.F. MÜHLENBRUCH, Rec. a E. GANS, *Ueber Römisches Obligationenrecht* cit., 60 ss., il quale pensava al contrario alla stessa formulazione della *condictio* («nicht durch ein quid-quid d. f. oportet adversarium […] Dass […] auch die incerti condictiones auf dare oportere lauteten […]»). L'idea raccolse più di un'adesione. Tra queste, come si è visto (*supra* nt. 360), anche quella di J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 83 ss. Nella seconda metà del secolo fu ripresa, com'è noto, da E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 110 s. e ivi nt. 34, alle cui conclusioni si sarebbe di lì a poco richiamato O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozess* cit., 237 ss., 240 nt. 1, e poi soprattutto J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 231 s. L'idea era che entrambe le *condictiones* (e dunque anche quella *incerti*) si sarebbero contraddistinte, sul piano formulare, per l'assenza di riferimenti alla *causa petendi*. Il che induceva gli stessi autori a respingere con forza l'ipotesi di un'*intentio* formulata secondo gli schemi espressivi '*quidquid Nm Ao dare facere oportet*' indicati da Savigny, i quali, nella loro vaga formulazione, avrebbero inevitabilmente richiesto una precisazione della *causa petendi* (E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 110 s. e ivi nt. 34»; J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 232: «Daraus folgt auch, dass die Formulierung der Intentio "quicquid N^{um} A^{o} dare facere oportet" bei der cond. incerti unmöglich ist»). Si arrivò così alla conclusione di una formulazione del programma di giudizio secondo l'impianto espressivo della

Tali questioni furono superate col progredire degli studi interpolazionistici che avrebbero finito per bollare entrambe le azioni come un'invenzione dei maestri bizantini, con una presa di posizione che si discostava dal più moderato atteggiamento di Gradenwitz,[373] e che per quanto riguarda la *condictio incerti*[374]

---

condictio c.d. *certi* (E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 110 s. e ivi nt. 34: «[…] gleich mit dem si paret …oportere begonnen haben»): si paret Nm A.o [incertum…] dare facere oportere, quanti ea res erit rell., fermo restando che in concreto, in luogo della parola *incertum*, si sarebbe trovata l'esatta indicazione dell'oggetto del processo (J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 232: «die *abstrakte* condictio incerti bedarf eines anderen festen Punktes, und dies kann selbverständlich nur das Processobject sein»); così come, di volta in volta, si sarebbe specificato se la pretesa fosse diretta a un *dare* o a un *facere* (così, in particolare, J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 231: «nur eines von beiden Worten (bald dare bald facere) fungirt»; al cui punto di vista aderiva A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 209 ss., a detta del quale tale modello avrebbe rappresentato il punto di approdo rispetto a un processo evolutivo che avrebbe tratto le mosse da applicazioni della stessa *condictio triticaria*, secondo un impiego che si potrebbe ancora attribuire a Celso in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12, in cui i dubbi del giurista proculeiano non avrebbero avuto giustificazione nell'ambito di un programma di giudizio dotato di *intentio incerta* e *praescriptio* (del tipo *e. r. a. quod operas fabriles indebitas prestitit*), in cui il giudice avrebbe avuto ampio potere di apprezzamento, mentre sarebbero stati perfettamente comprensibili in caso di ricorso alla *condictio certi triticaria* («bei einer auf *dare operas* selbst gerichteten Formel»): come sviluppo non avrebbe potuto allontanarsi troppo dallo schema della *condictio* («die spätere *cond. incerti* hat weder das Wesen noch das Aeussere der Klage eingreifend abgeändert»); negli stessi termini, ma con un ancor più marcato accostamento tra i due modelli di giudizio (*c. certi-c. incerti*), anche F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 126 ss. Un tentativo di conciliazione tra le due ipotesi ricostruttive può trovarsi, come meglio vedremo, in O. LENEL, EP,[1] (§ 57 *si incertum condicatur*), 121 ss., con una presa di posizione che verrà però poi abbandonata nelle edizioni successive: al riguardo vd. *infra* in questo stesso §; adesivamente G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 749 s. Per una ricostruzione dello stato della dottrina più risalente vd. F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 126 ss.; P. BENIGNI, *La condictio incerti*, in AG 75, 1905, 309 ss.; un efficace quadro d'insieme può trovarsi in J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 156 ss.

[373] O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 123 ss.: anche con riferimento al brano qui in esame (128 s.), ove i sospetti colpivano solo l'inciso *id est praescriptis verbis*, ed erano peraltro dettati, più che da una generale diffidenza verso l'azione (notissima la distinzione tra *agere* e *actio praescriptis verbis* posta dall'autore), dall'inammissibile identificazione di mezzi processuali, come *condictio* e *a.p.v.*, che seguivano logiche funzionali del tutto differenti («die *condictio* auf Rückersttattung geht, die *praescriptis verbis actio* dagegen auf ein positives, über blosse Rückersttattung hinausreichendes Interesse»).

[374] Contro la classicità dell'azione rimane fondamentale lo studio di H. H. PFLÜGER, *Über die condictio incerti*, in ZSS 18, 1897, 75 ss., il quale riporta l'origine dell'azione alla prassi cognitoria di epoca probabilmente pregiustinianea, quando, venuto meno il processo formulare, il *condicere incertum in condemnatione* di cui discutevano in taluni casi particolari (Ulp. 79 *ad ed.* D. 35.3.3.10) i giuristi romani, come risultato concreto dell'esito del giudizio nell'ambito della *condictio*, avrebbe assunto il nuovo significato di azione diretta a una pretesa incerta, in modo

sarebbe riuscita a convincere persino Lenel, inducendo lo studioso tedesco a fare ammenda delle conclusioni prospettate nella prima edizione dell'Editto perpetuo,[375] rinunciando sia all'idea di un riconoscimento edittale,[376] sia alla prospettiva (di Savigny) di un *iudicium* con *intentio incerta*,[377] cui aveva inizialmente prestato parziale[378] adesione. Lo stesso Betti denunciò l'insanabile incompatibilità di una siffatta azione con la struttura logica della *condictio* romana.[379]

---

che l'*incertum* non sarebbe stato più riferito alla *condemnatio*, ma all'*intentio* («So konnte der Kläger […] mit der condictio certae pecuniae und certae rei, thatsächlich dasselbe Ziel erreichen, wie durch eine condictio incerti. Der Unterschied lag nur in der condemnatio […] Doch ist es begreiflich, dass seit dem Untergang des Formularprocesses dieser Weg, der doch immer nur ein Umweg war, verlassen wurde, und dass sich eine unmittelbar auf Leistung der Caution gerichtete Klage, bei der in das quanti interest satisdari verurtheilt werden konnte, entwickelt hat. Vielleicht geschah das schon in der vorjustinianischen Praxis»); J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio* 2 cit., 78 ss.; R. VON MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig 1900, 181 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 272 («non è istituto classico»); V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 20, 40, 74 ss.; istituto postclassico anche per F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, München-Köln 1951, 204 s.; sulla questione vd. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in Labeo 22, 1976, 7 ss.

[375] O. LENEL, EP,[2] 151 s. («Allein dies ganze Gebäude ist ein Kartenhaus»); ID., EP,[3] 156 ss.

[376] O. LENEL, EP,[2] 153 («Ich halte […] fur nicht wahrscheinlich, dass eine Musterformel der condictio incerti im Album proponiert war»).

[377] O. LENEL, EP,[2] 152 s., ove si propende piuttosto per il modello di giudizio di Bekker, Karlowa e Baron.

[378] È noto che, a differenza di Savigny, che pensava a un'azione con *intentio incerta* preceduta da *demonstratio* descrittiva della *causa petendi*, Lenel si orientava piuttosto per una formula con *praescriptio* determinativa della pretesa: per una opportuna evidenziazione delle differenze tra i due modelli ricostruttivi vd. già A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 209 nt. 3; F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 127 s.; più di recente J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 158 s. e ivi nt. 14; sulla ricostruzione del programma di giudizio adottato da Lenel nella prima edizione dell'Editto perpetuo vd. *infra* nel testo di questo § e in nt. 402.

[379] Così («la cosiddetta "condictio incerti" è infatti, secondo i concetti classici, una *contradizione* (sic) *in termini*: essa è stata elaborata dai teorici di Berito per creare un contrapposto terminologico alla "condictio certi"») E. BETTI, *Sul valore* cit., 28, di cui d'altra parte bisogna considerare il diverso e non del tutto limpido punto di vista espresso nello stesso anno in ID., *L'antitesi di iudicare* cit., 86 nt., in cui l'autore provava in qualche modo a riprendere l'ipotesi di Lenel di un programma di giudizio con *praescriptio* determinativa della pretesa per adattarla alla ricostruzione formulare di Baron di azione astratta con *intentio certa* («il *facere* a cui la "cond. incerti„ è diretta non può essersi espresso che in una praescriptio: ea res agatur de possessione reddenda […] de impensis […] ovvero con l'ut al congiuntivo: ea r. a. ut reddatur […] La *intentio* della condictio sarebbe stata però sempre *certa*, ovvero diretta allo *stesso oggetto* […] a cui il facere si riferisce»), salvo poi di fatto escludere un suo impiego, a tutto vantaggio della «condictio

A dire il vero la critica interpolazionistica non dovette faticare molto perché si affermasse il nuovo corso interpretativo. Si trattò semplicemente di ricucire e riunire in una visione organica e coerente quelle posizioni dottrinali che avevano in vario modo contestato i modelli ricostruttivi di azione con *intentio incerta* affacciati da Savigny e Lenel,[380] tutte nel segno comune di un'affinità processuale con la *condictio certi*. Più la distanza tra i due programmi di giudizio si andava in concreto riducendo, più si andavano affievolendo le ragioni per mantenere salda la distinzione tra le due azioni. Bastò così davvero poco perché la *condictio incerti* (di Trampedach, in particolare)[381] si trasformasse nel *condicere incertum in condemnatione* di Pflüger.[382] Di qui (anche) i pesanti sospetti che si andarono accumulando sulla genuinità del brano di Giuliano in esame.[383]

Va detto che nel corso degli ultimi anni è possibile registrare un significativo mutamento di prospettiva sulla genuinità della soluzione, almeno in relazione all'eventualità di un impiego qui della *condictio incerti* (*possessionis*).[384]

---

certae rei con intentio certa e *astratta*» o, nell'impossibilità di farvi ricorso, di apposita *a. in factum*.

[380] In proposito vd. *supra* nt. 372.

[381] F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 128 ss., il quale, fatta eccezione per la *condictio liberationis*, pensava ad azione (astratta, ovviamente) con *intentio* col SI PARET […] DARE OPORTERE: si consideri ad es. il programma di giudizio per il recupero delle spese a proposito di Iul. 39 *dig*. D. 30.60: (133 nt. 2) «Si paret NN^{um} AA^{o} sumptus in reficienda domo factos dare oportere, quanti ea res erit et rel.». In proposito vd. J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 158 s. e ivi nt. 14.

[382] *Supra* nt. 374.

[383] Per l'interpolazione vd. C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 188 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I, Firenze 1906, 572 nt. 1; ID., *Istituzioni* 2 cit., 284 nt. 2; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 271 s.; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 375 («tutta interpolata»); P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia 1915, 143 nt. 1; così («Creo que todo esto final es insiticio») ancora A. D'ORS, *Los precedentes clasicos de la llamada "condictio possessionis"*, in AHDE 31, 1961, 649 s.; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 139 nt. 35.

[384] Genuino il riferimento alla *condictio incerti* secondo J. KRANJC, *Die actio* cit., 448; con cautela («mi sembra possa essere genuina») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 34 s., 37 s., di cui occorre però tenere in considerazione il diverso punto di vista («ipotesi di *condictio incerti* o *possessionis* di dubbia classicità») manifestato in ID., *Osservazioni* cit., 142; sempre con prudenza F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 199 nt. 50; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 nt. 395; per la genuinità anche S. HÄHNCHEN, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin 2003, 116 ss.; sul punto, ma più in generale sul lavoro della studiosa tedesca, si veda A. SACCOCCIO, Rec. a S. HÄHNCHEN, *Die causa condictionis* cit., in IVRA 54, 2003, 275 s.; un'apertura si coglie anche in P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 142, 287 s.; difende l'impiego della *condictio incerti*, la cui funzione (*petitum* sostanziale), nel caso in que-

Ciò si deve innanzi tutto al fatto che, facendo proprie le conclusioni di Giffard,[385] la dottrina ha via via messo da parte i rilievi che erano stati in passato sollevati sulla classicità dell'azione.[386]

---

stione, sarebbe stata quella di far ottenere «la restituzione della cosa, ma non della sua proprietà» C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 39; più recentemente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35 s., secondo il quale, al pari del comodato, anche «per il *precarium* immobiliare, ad esso affine» sarebbe «emersa l'esigenza di disporre di una tutela in via d'azione, da affiancarsi a quella interdittale»: a tal fine l'autore invoca (71 nt. 208) Iul. 8 *dig*. D. 12.7.3, Iul. 16 *dig*. D. 23.3.46 pr., Iul. 39 *dig*. D. 30.60, Iul. 60 *dig*. D. 39.5.2.3-4; da ultima F. MATTIOLI, *Strumenti processuali e tutela del precario: D. 43, 26, 19, 2 e D. 43, 26, 2, 2*, in **KOINΩNIA** 42, 2018, 159 s. È bene dire che negli anni di maggiore vigore degli studi interpolazionistici non erano mancate prese di posizione che avevano provato a recuperare il più moderato punto di vista di Gradenwitz, difendendo così il ricorso alla *condictio incerti*: in questo senso, ad es., G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 251 ss. nt. 1. Più in generale, sulla *condictio possessionis*, quale strumento per il recupero del possesso alternativo alla tutela interdittale, rimane fondamentale lo studio di C.G. BRUNS, *Die Besitzklagen* cit., 185 ss.

[385] A. GIFFARD, *Precarium, condictio incerti, et actio praescriptis verbis*, in *Studi in onore di S. Riccobono* cit., vol. II, 275 ss. = *Études* cit., 176 ss.; ID., *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 150 ss.; ID., *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, in *Mélanges de Visscher* III, Bruxelles 1950, 499 ss. = *Études* cit., 167 ss.

[386] Così già P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 296 ss., il quale non escludeva, ovviamente, che in talune sue applicazioni essa potesse risalire ai bizantini (300 nt. 1); H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar 1953, 76; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 234 ss.; J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 156 ss., 190 ss.; un importante riconoscimento in tal senso si trova anche in M. KASER, RPR I,[2] 599 s., ove sono superati i dubbi ancora presenti nella prima edizione (*infra* nt. 391), a condizione però (va detto) di ritenere il programma di giudizio ordinariamente integrato da *praescriptio* descrittiva del fatto costitutivo della pretesa («wenn man annimt, daß sie durch eine *praescriptio*, die den ihr zugrundeliegenden Sachverhalt bezeichnet, individualisiert wurde»); ID., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993, 150 ss., di cui si veda *infra* nt. 391; W. SELB, *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Teil I: Studien zum Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, 29 ss.; R. SOTTY, *'Condictio incerti'* cit., 2477 ss.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 34 s., su cui vd. *supra* nt. 384; ID., Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in SDHI 55, 1989, 476; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 740: «Il problema più difficile per la *condictio incerti* ne riguarda la struttura processuale e la collocazione nell'editto […] sull'*an* ormai non vi dovrebbe più esser dubbio», con evidente risoluzione delle perplessità ancora manifestate in ID., *Contratto e patto* cit., 70 («Nel caso che la prestazione seguita per prima fosse […] in *faciendo*, la *condictio* non poteva, a quanto sembra, esperirsi»), 71 nt. 88 («A parte i grossi problemi che sorgono in materia di *condictio incerti* […] non risultano dalle fonti casi in cui si discute della ripetizione di una prestazione *in faciendo* indebitamente eseguita»); un'apertura anche in L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 74 e ivi nt. 17; più di recente reputa usuale, all'epoca di Gaio, l'impiego di *condictiones incerti*, secondo la formula di Gai 4.41, H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Insti-*

Qualche riserva è stata al più (e talvolta) mantenuta sul piano della genuinità formale della denominazione,[387] o su una sua presenza all'interno dell'editto.[388] Pur con qualche approssimazione, si può affermare che si è tornati a quella che era la posizione dominante fino a tutta la seconda metà del XIX sec.,[389] per lo

tutiones III 88-181 cit., 88; sempre per la genuinità C.A. CANNATA, *Istituzioni* 1, Torino 2001, 234 nt. 161; ID., *L'actio in factum civilis* cit., 34 ss.; I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, 48; P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 142. Riserve sull'ipotesi di un impiego della *condictio incerti* da parte della giurisprudenza classica si trovano ancora in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 184 («continua a non avere dalla sua parte ragioni sufficientemente convincenti»).

[387] Probabile l'origine postclassica del nome per A. GIFFARD, *Observations* (*Études*) cit., 167, che correggeva così le aperture precedentemente espresse in ID., *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 157; critiche («l'expression *incerti condicere* […] est d'une latinité aussi douteuse que *certi condicere*») anche in P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 297 ss., ove si invoca tra l'altro il raffronto tra Iul. 60 *dig.* D. 39.5.2.3 e Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.7 pr.; J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 59 nt. 20, 171 nt. 31, 174 ss., 181 s.; sempre per l'origine postclassica M. KASER, RPR I,[2] 599; ID., *Formeln* cit., 18, 24 s., ove si ritiene invece insospettabile la locuzione '*incertum condicere*' che si trova impiegata in Marcian. 3 *reg.* D. 8.2.35. In favore della genuinità formale vd. invece A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 35 («mi sembra qualificata *condictio incerti* in tutte le testimonianze […] risalenti effettivamente a Giuliano»); ritiene credibile che Giuliano abbia qualificato *condictio incerti* tale azione anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 e ivi nt. 395, con la precisazione per cui si tratterebbe di azione sicuramente nota a Giuliano (così D. 12.7.3), al quale più in generale andrebbe riconosciuto un importante contributo dogmatico in tema di *condictio* («[…] scheint Julian das Recht der *condictio* theoretisch durchdrungen zu haben»), come si evincerebbe dal ben noto Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33: su Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 vd. vol. II, cap. IV § 4.1.

[388] In senso affermativo vd. A. GIFFARD, *La condictio avec la taxatio et la certi condictio (D. 12.1.9)*, in RHD 15, 1936, 769 ss. = *Études* cit., 163; così, almeno in un primo momento (in proposito vd. *supra* cap. II nt. 313), A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 34 s., ove si avanza anzi l'ipotesi di un «inserimento da parte di Giuliano, nell'editto perpetuo definitivamente da lui redatto, in appendice alle *formulae* delle *actiones* o *condictiones certae pecuniae* e *certae rei*, di una *formula* apposita egualmente astratta, iniziata da *intentio incerta* nel *quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere* e seguita da *condemnatio incerta cum taxatione*: ad essa […] si riferirebbe Gai 4.41, 4.51 e 4.131»; scettico («mi convince assai poco») M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 739.

[389] Per la classicità della *condictio incerti* vd. («sola Iurisprudentum auctoritate introducta et fortasse in edictum recepta erat») si veda ad es. A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 68, 72 s.; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 203; H. DERNBURG, *Pandekten. Erster Band. Allgemeiner Theil und Sachenrecht*,[4] Berlin 1894, 309; nei termini prima chiariti, F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 97 ss., ove tra le altre cose si osserva (99 s.) come Aristone sia il primo giurista per il quale sia attestato l'impiego dell'azione in Ulp. 38 *ad ed*. D. 13.1.12.2, quale *condictio possessionis* («ist nicht allein eine condictio furtiva, sondern auch eine

meno per ciò che riguarda la questione (di fondo) dell'esistenza di una *condictio incerti* per l'epoca classica. Per il resto le differenze non mancano: soprattutto in relazione all'annoso problema dell'impianto formulare dell'azione, su cui occorrerebbe probabilmente tornare a riflettere con maggiore attenzione, per risolvere i nodi problematici[390] che l'attuale ricostruzione (di un *iudicium* astratto con *intentio* al *quidquid dare facere oportet* o comunque al *quidquid paret dare facere oportere*, secondo la formulazione di Gai 4.131)[391] rischia di porre, anche solo per ciò che concerne la possibilità di tenere distinta l'azione di ripetizione dall'*a. civilis incerti* aristoniana, visto che entrambe finirebbero per avere la stessa struttura formulare.[392]

---

condictio possessionis»): così già A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten* 2.1 cit., 509 nt. 23, 526 nt. 2; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Dreizehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1811, 222 ss.

[390] In proposito vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni su Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.4: le vicende di un testo tra tradizione testuale e proposte emendative*, in TSDP 5, 2012, 68 s. nt. 112.

[391] Così A. GIFFARD, *La condictio* (*Études*) cit., 161 ss.; ID., *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 150 ss.; H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung* cit., 76; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*,[2] Padova 1999, 50 nt. 107; I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'* cit., 48. Si tratta di un modello ricostruttivo che non trova riscontro nel pur variegato panorama della letteratura dell'800 e che sembra quasi voler coniugare le diverse prospettive di Savigny (per quanto riguarda la formulazione dell'*intentio*) e di Baron (per ciò che riguarda il carattere astratto dell'azione), senza tener però conto dell'impostazione complessiva del pensiero dei due autori. Per una valutazione critica si rinvia a M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 739 s.; in proposito vd. anche L. PELLECCHI, *La praescriptio* cit., 78 s. nt. 23, 452 nt. 6. Aderisce al modello ricostruttivo dell'*intentio* nei termini di Gai 4.131, ma in un ordine di idee diversamente orientato alla presenza ordinaria di una *praescriptio* descrittiva della *causa petendi* (*supra* nt. 386), M. KASER, RPR I,[2] 599 e ivi nt. 64, di cui occorre naturalmente correggere il refuso *oportet* che si legge oggi nel testo: «*quidquid paret Nm Nm Ao. Ao dare facere oportet*» (= paret […] oporte[t] <*re*>), con delle conclusioni che si allontanano, anche da questo punto di vista, dalla posizione tenuta nella prima edizione del 1955, ove, pur dubitando della classicità dell'azione, l'autore sembrava tuttavia propendere per un modello di giudizio astratto (RPR I,[1] 501: «Ihrem Namen entspräche eine abstrakte, also den Verpflichtungsgrund verschweigende Formel auf '*quidquid paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere*'. Aber das Edikt hat eine solche Formel offenbar nicht gekannt, und daß die klassische Jurisprudenz eine solche Schöpfung gewagt hätte, ist mehr als zweifelhaft»).

[392] Ciò si deve in massima parte al fatto che gli studiosi hanno recepito gli esiti delle indagini di Giffard, senza però considerare, il più delle volte, che ad avviso dello studioso francese si sarebbe in effetti trattato, come si è detto (*supra* nt. 365), della stessa azione, e più precisamente dell'*a. qua incertum petimus* di Gai 4.131: e così d'altra parte M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 739, il quale, in piena adesione a Giffard, contestava (in quell'occasione) a Burdese di non aver colto il «momento essenziale» della connessione tra le due azioni, «l'essere

Pur se in misura decisamente minore, lo stesso atteggiamento conservativo sembra peraltro essersi esteso anche all'inciso *id est praescriptis verbis*,[393] per il quale è stata anche presa in considerazione l'eventualità di un adeguamento, mediante *praescripta verba*, della struttura formulare della *condictio incerti* (extracontrattuale) più che dell'*a. civilis incerti*.[394] Si è così recuperata, in sostanza, un'antica congettura[395] che era stata ripresa anche da Lenel nella prima edizione dell'editto perpetuo,[396] ove si era in più (cautamente) supposto un riferimento

---

cioè l'*actio incerti* a tutela dei contratti innominati concessa da Aristone e la *condictio incerti* […] due applicazioni delle stessa azione»); ciò è evidenziato anche in D. MANTOVANI, *Le formule*[2] cit., 50; L. PELLECCHI, *La praescriptio* cit., 78 nt. 23. Della questione si era invece (e soprattutto) avveduto, O. LENEL, EP,[1] 123, per quanto le riflessioni dello studioso avessero ad oggetto, come vedremo (*infra* nel testo), i rapporti tra *condictio* e *a.p.v.*, in un momento storico in cui non si era d'altra parte ancora affacciata la possibilità di una differenziazione tra *a.c.i.* e *a.p.v.*: il che è ancor più significativo, se solo si considera che le due azioni avrebbero potuto comunque essere tenute separate sul piano della struttura formulare, per via della presenza, nell'*a.c.i.* (*a.p.v.*) della clausola *ex fide bona*. Possibilità che oggi invece non sussiste, tenuto conto della natura di stretto diritto per lo più attribuita all'*a. civilis incerti* aristoniana. Sul punto rinviamo a quanto si è già osservato in G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., 67 ss.

[393] Per la genuinità si era già pronunciato J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67, in assenza però di una specifica valutazione della fattispecie e senza tener conto dei sospetti avanzati in dottrina sulla genuinità del brano; così anche J. KRANJC, *Die actio* cit., 448 e ivi nt. 39, 454 s., per il quale valgono gli stessi rilievi; lo stesso deve ripetersi per A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 92 e ivi nt. 50.

[394] Un'apertura in tal senso si registra in F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 189 nt. 23, soprattutto 199 nt. 50; più nettamente («die *intentio incerta* einer *condictio incerti* bedarf regelmäßig […] einer näheren Bestimmung des Streitgegenstandes, der durch *praescripta verba* geleistet werden kann») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 e ivi nt. 395, il quale proprio per tale ragione respinge i sospetti sull'inciso («glaubhaft […] die Qualifikation *id est praescriptis verbis*»).

[395] Così A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 102 s. nt. 21, in una prospettiva che, è bene precisare, era guidata dalla preoccupazione di escludere qui un impiego dell'*a.p.v.* sul modello dell'*actio commodati*, che avrebbe rischiato di compromettere la tenuta dell'orientamento allora maggioritario che, come si è detto, attribuiva il carattere di buona fede alle sole applicazioni richiamate in I. 4.6.28 (permuta ed *aestimatum*). Da questo punto di vista, non andava sopravvalutato, a detta dell'autore, il richiamo alla *bona fides* che si legge in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2 (*uti possumus* […] *etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*), potendosi invocare, in senso contrario, Pap. 8 *quaest.* D. 12.6.66, ove si dice della *condictio indebiti*: '*haec condictio ex bono et aequo indroducta*'; o ancora, sempre con riferimento al medesimo programma di giudizio, Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.4 ('*Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem*'), senza essere certo per questo l'azione di buona fede («nihilominus tamen inter bonae fidei judicia non habetur»).

[396] O. LENEL, EP,[1] 123 s.; ipotesi respinta da O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 130.

nell'originario testo giulianeo al contenuto concreto dei *praescripta verba*, nell'ottica di una differenziazione sul piano dei meccanismi delimitativi della *res de qua agitur* rispetto all'azione contrattuale (*a.c.i.*, *a.p.v.*): delimitativo della pretesa, per la *c. incerti*; della *causa petendi*, per l'*a. praescriptis verbis*.[397] Sarebbero stati i compilatori a sopprimere il testo della *praescriptio* riportato da Giuliano, in modo da ingenerare la sensazione che il giurista adrianeo stesse qui facendo riferimento alla stessa *a.p.v.* (contrattuale) di cui si era occupato Ulpiano in *l.* 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.[398]

Entrambe le aperture emerse negli studi più recenti sono però da respingere. Almeno in questo caso sembrano ancora da condividersi i giudizi formulati dalla dottrina interpolazionistica, che considerava il brano inutilizzabile per il diritto classico. Quanto all'inciso '*id est praescriptis verbis*' c'è poco da dire. Si tratta certamente di un'intrusione[399] e del resto tale è ancora prevalentemente consi-

---

[397] O. LENEL, EP,[1] 123; in proposito vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., 70 nt. 115. Critiche in F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 127 s., che rimproverava peraltro a Lenel di aver fondato la propria congettura unicamente sul brano di Giuliano qui in esame; sembra invece esprimere apprezzamento, almeno per ciò che riguarda la possibile presenza di una *praescriptio* delimitativa del «Klagbegehren» anziché della *causa petendi*, secondo quanto diversamente ipotizzato da Savigny, J.G. WOLF, *Causa stipulationis* cit., 158 nt. 15 («mit guten Gründen»).

[398] O. LENEL, EP,[1] 124: «Enthält sie wirklich den Urtext Julians, dann hat derselbe hinter dem id est praescriptis verbis die Worte der im concreten Fall angemessenen praescriptio angegeben, und die Compilatoren haben die letztern gestrichen, in der Absicht, durch das id est praescriptis verbis den Schein zu erwecken, als meine der Jurist hier dieselbe actio praescriptis verbis, von deren Zuständigkeit Ulpian in fr. 2 § 2 eod. berichtet»; aderisce all'ipotesi di una soppressione dei *praescripta verba* da parte dei commissari («Darauf folgten im ursprünglichen Text wahrscheinlich die konkreten, von Julian formulierten *praescripta verba*») anche J. KRANJC, *Die actio* cit., 154 s., per quanto, a differenza di Lenel, lo studioso pensasse a un'applicazione della contrattuale *a.p.v.* (148 e ivi nt. 39): «Neben den oben erwähnten Benennungen der präskribierten Klage gebrauchten die Klassiker auch andere Bezeichnungen, die auf den unbestimmten Klageanspruch hinweisen. So sprechen sie z. B. […] von der unbestimmten *condictio*», con richiamo a Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2.

[399] Così già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 76 s.; O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 128 s.; F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss* cit., 13; H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 246 e ivi nt. 11, non potendo appartenere a un giurista romano l'equiparazione tra modelli processuali tanto differenti («Julian konnte unmöglich die condictio, die einer actio stricti iuris auf Rückgabe war, mit der actio praescriptis verbis, einer actio bonae fidei auf Erfüllung des Versprochenen identificiren»); J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 77; C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 192; giustinianea la concessione dell'*a.p.v.*, dovuta a una configurazione del precario come contratto innominato, secondo P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*[1] cit., 579 e ivi nt. 3; S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 572 nt. 1; ID., *Istituzioni* 2 cit., 284; severo il giudizio che si legge in A. AUDI-

derata dalla maggior parte degli studiosi.[400] Da questo punto di vista non è per nulla convincente l'ipotesi di una precisazione della *res de qua agitur* della *condictio*, mediante *praescriptio*: non lo era negli ingegnosi termini di una *praescriptio* determinativa della pretesa (Klagbegehren) prospettati da Lenel, non lo è a maggior ragione oggi che si pensa a una *praescriptio* descrittiva della *causa petendi* (Klagegrund),[401] con una proposta che non consentirebbe di distinguere, neppure formalmente, l'azione di ripetizione da quella di adempimento e che proprio per tale ragione si esporrebbe a quelle obiezioni che Lenel aveva provato

---

BERT, *Sur les différents noms* cit., 38 («D'autres combinaisons de noms sont […] de veritables hérésies. Telle est d'abord l'assimilation […] entre l'action *praescriptis verbis* et la *condictio incerti*»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 271 s. («L'applicazione dell'*actio praescriptis verbis* […] ci appare indubbiamente bizantina; essa risponde all'intento giustinianeo di configurare il *precarium* come un *contractus*»), con richiamo a D. 50.17.23: «Trasformato così il *precarium*, dovevano necessariamente i Bizantini applicargli un'azione contrattuale e la trovarono nella loro *a. praescriptis verbis*»; É. CUQ, *Manuel*[2] cit., 502 nt. 9, 505; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 251 nt. 1 («grave sospetto»). Difende la soluzione diversamente H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 314 s. nt. 3, per il quale ad essere qui concessa sarebbe la stessa *a.p.v.*, qualificata *condictio* (*incerti*), solo perché diretta alla ripetizione («Die actio praescr. verbis […] wo der gegebene Gegenstand zurückgegeben werden soll, hat sie den allgemeinen Characher der condictio […] und heist deshalb auch condictio incerti»), con una presa di posizione che è stata sostanzialmente ripresa, seppur con riferimento a Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11, da P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 317 s. Per la genuinità sostanziale, come si è visto, J. BARON, *Abhandlungen* 1 cit., 227 ss.

[400] Dubbi sulla classicità si trovano in M. KASER, *Zur Geschichte des precarium* (Rec. a P. ZAMORANI, *Precario habere* cit.), in ZSS 89, 1972, 122 s.; ID., RPR I,[2] cit., 581 nt. 6; con cautela in ID., *Ius gentium* cit., 150 s. e ivi nt. 615, in un ordine di idee che pure tende ad ammettere l'impiego dell'azione contrattuale atipica da parte dei giuristi classici, almeno da parte di Ulpiano (Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2); sospetti («aggiunta, probabilmente giustinianea») anche in A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 37 s.; per la fattura bizantina T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 180 nt. 239; P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 141, 287 («chiaramente elaborata in epoca successiva»); C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 159 nt. 127; a un intervento, dettato da «esigenze di omologazione espositiva rispetto alla ben diversa interpretazione che della fattispecie dava Ulpiano» in Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2, pensa R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35, su cui vd. *infra* § seg.; per l'alterazione anche F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 159, 161 e ivi nt. 23; non del tuttto limpido il pensiero di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 199 nt. 50, il quale, pur dichiarando «non attribuibile a Giuliano» l'inciso («non è verosimilmente genuino»), sembra tuttavia suggerire l'ipotesi di un'applicazione in «via utile (mediante i *praescripta verba*)» dell'*actio qua incertum petimus* di Gai 4.131, con una soluzione che, a detta dell'autore, non sarebbe esclusa da Paul. 13 *ad Sab*. D. 43.26.14, su cui vd. *infra* nel testo, in questo stesso §.

[401] Così M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 nt. 397: «Es gilt das Gleiche wie in Falle der *actio incerti civilis*».

a superare, ricorrendo, appunto, alla congettura di una *praescriptio* determinativa della pretesa.[402]

Le stesse riserve vanno mantenute anche con riferimento alla locuzione '*sed et incerti condictione*',[403] anche a voler ammettere che Giuliano si stesse qui semplicemente riferendo all'azione di ripetizione[404] e non a quella contrattuale (*a.c.i.*).[405] Pesano in tal senso ragioni di sostanza, più che di forma.[406]

---

[402] È appena il caso di ricordare che la proposta di Lenel mirava innanzi tutto a tenere in piedi la distinzione tra *condictio incerti* e *a.p.v.*, che sarebbe certo uscita indebolita di fronte all'ipotesi di una identità strutturale: così O. LENEL, EP,[1] 123: «aber wäre bei obiger Formulirung das Nebeneinanderstehen von condictio incerti und actio praescriptis verbis völlig unbegreiflich: wie hätte bei derartiger Fassung den beiden Actionen, die beide im gleichen Fall zuständig sein konnten, ihr verschiedenes Ziel angesehen werden können?». In più la presenza di una *praescriptio* descrittiva della *causa petendi* sembrava poco coerente con l'origine dell'azione, essendo ragionevole che, quale sviluppo della *condictio* (*certi*), ne avesse ereditato il carattere astratto («die condictio incerti sich historisch aus der condictio certi herausentwickelt hat: das Wesen der condictio certi besteht […] gerade darin, dass sie eine abstracte Klage ist»).

[403] Rilievi si trovano in S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 572 nt. 1; P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 474 nt. 1; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 271 s.; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 76; ancora in A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 142, con le precisazioni di cui *supra* ntt. 384, 387, 388 e *infra* nt. seg.; dubbi sulla genuinità, estesi anche a Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.1.12.2, si trovano in L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 74 nt. 17 («due casi piuttosto sospetti»).

[404] Così (come si è detto) già O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 129; pensa a un'ipotesi di *condictio incerti* o *possessionis*, non volta all'adempimento della controprestazione, ma «diretta alla restituzione di quanto dato, e quindi diversa, nel fondamento sostanziale, dall'*actio civilis incerti* risalente ad Aristone» A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 34 s., 37 s.; ID., *Osservazioni* cit., 142, ove, pur in una prospettiva ancora critica rispetto all'impiego della *condictio incerti* (nt. 384), l'autore teneva comunque a sottolineare come l'azione non sarebbe stata in ogni caso «diretta all'adempimento della controprestazione […] ma diretta alla restituzione di quanto dato, e quindi diversa, nel fondamento sostanziale, dall'*actio civilis incerti* risalente ad Aristone»; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35 s., ove, più in particolare, si prende in considerazione l'ipotesi di un ricorso alla *condictio incerti*, *quasi ex causa furtiva* («Si riconosce […] al concedente un'azione *in ius* […] esemplata sul modello della *condictio*, con la quale viene protetto un interesse la cui valutazione non è sentita come assimilabile all'interesse positivo all'esecuzione di una controprestazione contrattuale […] più che pensare ad un uso contrattuale della *condictio incerti*, non escluderei che Giuliano, nella ben nota connotazione moralistica che segna le sue riflessioni, considerasse il precarista che non restituisse il bene alla stregua di un ladro, a prescindere dalla possibilità di esperire l'*actio furti*»). Ulteriori indicazioni *supra* in nt. 384.

[405] In questo senso J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 67, per il quale la *condictio incerti* sarebbe la stessa *a.p.v.* (o *a.c.i.*), dovendosi qui intendere il termine *condictio* nel significato ampio di Gai 4.5 '*Appellantur* […] *in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones*'; così anche, come si è anticipato, J. KRANJC, *Die actio* cit., 148, 154 s.; più recentemente, ma non senza incongruenza, tenuto conto che a detta dello studioso tedesco il

3.1. Il precario come figura di confine tra donazione e *negotium contractum*: Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11. Il diverso punto di vista bizantino in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2.

A tali conclusioni conduce innanzi tutto la lettura di

D. 43.26.14 (Paul. 13 *ad Sab.*): *Interdictum de precariis*[407] *merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset, magis enim ad donationes*[408] *et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precari condicio*.

Decisiva da questo punto di vista non è, come si è soliti ritenere, la parte iniziale del brano ('*quia-esset*'), dato che il discorso di Paolo non è riferito al pre-

---

ricorso all'azione contrattuale da parte di Giuliano sarebbe stato subordinato al presupposto di una consegna traslativa della proprietà (*infra* nt. 566, vol. II, cap. V nt. 53), anche O. BEHRENDS, *Die condictio causa data non secuta* cit., 57 nt. 103, il quale del resto ricollega la soluzione qui adottata da Giuliano con quella di Ulpiano in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4 relativamente a un'ipotesi (considerata dall'autore) di *facio ut des* («Die von Ulpian empfohlene *condictio* ist eine Vertragsklage, ähnlich der von Julian dem Prekaristen gewährten Klage»»). Un impiego dell'*a. civilis incerti* aristoniana da parte di Giuliano è espressamente escluso invece, come si è appena visto (nt. prec.), da A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 34 s., 37 s.; ma anche da R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35, che pure apre alla possibilità di un riconoscimento contrattuale del precario già in epoca classica (con Ulpiano): in proposito vd. *infra* § seg.; sostanzialmente negli stessi termini di Fercia anche F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 159, 161.

[406] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 272; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 176 («Quant à la forme, on a signalé la présence du "non solum…sed" et de l'expression "incerti condictio" dans des textes interpolés»); per un ridimensionamento dei rilievi di ordine formale vd., condivisibilmente, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 142.

[407] *Precario* in R. J. POTHIER, *Traité du prêt a usage et du précaire* (1766-1767), in ID., *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la Législation actuelle par M. Bugnet. Tome cinquième*,[2] Paris 1864, 36; così anche I. L. G. BECK, *Corpus iuris civilis. Tom. I. Pars II.*, Lipsiae 1826, 774 nt. *d*), con incerto richiamo a Bas. 58.[23]<24>.15 (dell'edizione fabrotiana: C.A. FABROTUS, **ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ** cit., vol. VI 800 = Hb. V 222); si segnala la lettura *precario* nella *Vulgata* in FRATRES KRIEGELII, *Corpus Juris civilis. Pars I. Institutiones et Digesta*, Lipsiae 1887, 799 nt. 8; propone di espungere le parole in questione, costituendo esse peraltro un *unicum* nelle fonti, P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 196 nt. 50; per un ridimensionamento della questione vd. P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 286, che, da parte sua, non esclude l'errore di un copista.

[408] Seguendo una tradizione variamente accreditata tra gli autori dell'Ottocento, leggono '*donationis*' E. BETTI, *Sul valore* cit., 59, che tornerà però a leggere '*donationes*' in ID., *Appunti* (1958) cit., 245; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177.

sente, ma esprime piuttosto una valutazione relativa al passato, come del resto si desume dall'impiego del congiuntivo imperfetto '*esset*'.[409] In altri termini al giurista premeva sottolineare il valore altamente meritorio dell'intervento pretorio (*merito introductum est*), in quanto, al momento dell'introduzione dell'interdetto, l'istituto risultava sprovvisto di una qualsiasi forma di tutela sul piano dello *ius civile*; se si esclude ovviamente l'impiego della *rei vindicatio*,[410] che di sicuro non poteva considerarsi come uno strumento attuativo (anche in via meramente extracontrattuale) dell'obbligo restitutorio e che certo non sarebbe stata esperita *eo nomine* (*nulla eo nomine iuris civilis actio*): senza contare che la concessione a titolo di precario poteva essere effettuata anche da un semplice possessore.[411] Tale circostanza, di per sé, non impedisce però di ritenere che in età severiana, se non addirittura prima, si potesse essere arrivati a predisporre una tutela in via d'azione, aggiuntiva a quella interdittale, di natura magari anche contrattuale (*a.p.v.*):[412] sotto la suggestione degli sviluppi nel frattempo maturati in

[409] Tra le righe la notazione può già trovarsi in H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, Berlin 1867, 171 s. nt. 3.

[410] Sull'utilizzo della rivendica in tema di precario vd. J.C. LANGSDORF, *Über die pacta* cit., 173; H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 314; A. UBBELOHDE, *Ueber das precarium an körperlichen Sachen*, in AcP 59, 1876, 238, 258; P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 260 s.

[411] Senza seguito la diversa tesi di H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 297 s., secondo il quale l'unico legittimato a dare in precario la cosa sarebbe stato il proprietario («Eine res kann nur der Eigenthümer precario geben»); per la costituzione anche da parte del possessore vd. S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 569 nt. 3; più recentemente P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 260 s.

[412] Nell'ottica di un'applicazione dell'*a.p.v.* vd. già GILBERTUS REGIUS NOSERENUS, ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ *Juris civilis libri duo*, Anturpiae 1564, *Liber primus. De precario. Cap. 10.*, consultabile anche in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula, in quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur, cum Praefatione Everardi Ottonis. Tomus II. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733, 1484; in epoche meno distanti E.C. WESTPHALS, *System* cit., (§ 111) 98 («erkennen, daß man anfänglich die Klage praescriptis verbis auf das precarium nicht angewendet, und das Geschäft unter die ungenannten Verträge nicht gerechnet haben muß»); J.C. LANGSDORF, *Über die pacta* cit., 173 s.; proprio in base a Iul. 13 *dig.*, prendeva posizione in favore di un impiego dell'*a.p.v.* a partire da Giuliano E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 180 («So gewiss es aber auch ist, daß zu Iulianus Zeiten die actio praescriptis verbis schon mit dem interdicto de precario concurrirte»); sempre nel senso di un impiego dell'*a.p.v.* da parte del giurista adrianeo anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 100 s., senza affrontare però la questione se si trattasse di novità solutiva; J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 253 s.; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., 46; con attribuizione di tale innovazione a Labeone e ai suoi seguaci, senza però alcuna argomentazione specifica, G.E. SCHMIDT, *Das Commodatum und precarium: eine Revision der Grundlehren beider*, Leipzig 1841, 110, il quale in definitiva basava le

materia di comodato,[413] anche per via dell'intervenuta estensione del precario alle *res mobiles* che (a detta di taluni) avrebbe avuto l'effetto di determinare una sostanziale assimilazione dei due istituti.[414] Tanto più che il riferimento esplicito all'assenza di una *iuris civilis actio* (*nulla eo nomine iuris civilis actio*) e non genericamente di una qualsiasi forma di tutela in via d'azione, potrebbe anche ingenerare il sospetto che, all'epoca in cui Paolo si trovava a scrivere, il ricorso a un'azione civile fosse oramai dato per acquisito.

A sgomberare il campo da una simile eventualità sono piuttosto le riflessioni sviluppate sul piano motivazionale nel tratto conclusivo '*magis-conditio*', in cui Paolo, con l'intento di giustificare la dichiarata assenza di tutela e in un contesto espressivo che potrebbe evidenziare un qualche margine di discussione tra i giuristi (*magis* […] *quam*), pone un accostamento del precario all'istituto della donazione, piuttosto che alla categoria del *negotium contractum* ('*magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precari condicio*'), con un approccio concettuale che, come vedremo, ricorre in più di un'occasione nelle fonti e che è stato alla base dell'elaborazione dogmatica del precario in termini di *genus liberalitatis*,[415] particolarmente caro alla dottrina meno recente[416] e che più di un sospetto ha diversamente destato fra gli autori contem-

---

proprie considerazioni unicamente sul ruolo più generalmente riconosciuto al fondatore della scuola proculeiana in materia di tutela di convenzioni atipiche; F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., 402 nt. 18; H. DEGENKOLB, *Platzrecht* cit., 171 s.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 609; H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 245 s.; CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 94; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 252 nt. 1, con attribuzione a Giuliano. Tra gli autori più recenti, non senza però scostamenti per ciò che riguarda l'effettiva riconduzione del precario alla categoria del contratto, P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 284 ss., 314 ss.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35; P.F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 161 nt. 22, 163 ss., che pensano tutti a un contesto di epoca severiana o comunque tardoclassica; da ultima A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 92 e ivi nt. 50, che sembrerebbe anticipare il ricorso all'azione contrattuale già all'epoca adrianea: almeno così argomentando dal richiamo a Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2.

[413] Così R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35.

[414] Così («precarii rogatio ad res mobiles contracta est […] nihil fere precarium a commodato distare videbatur») ad es. A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 100 s., con conseguente trasformazione della configurazione dogmatica dell'istituto («quod ab initio magis ad donationem et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectare videretur, jam in contractus vel negotii naturam abiisse videatur»); J. BARON, *Pandekten*[1] cit., 262, 568.

[415] Riprendendo le parole di Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.1 *Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*.

[416] Così, ad es., K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 607, con rinvio, in

poranei.[417] È facile osservare che tale accostamento (*magis* […] *ad donationes et beneficii causam* […] *spectat*), che non va enfatizzato e non va certo inteso nel senso (altrimenti inaccettabile) di una più incisiva identificazione,[418] opera sul piano dell'attualità, visto che si basa su considerazioni attinenti a un profilo non suscettibile di evoluzioni di tipo storico, qual è quello causale dell'istituto, la cui

aggiunta ai brani qui esaminati, a Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.3 ('*totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit*'); H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 301 s. Sempre nella medesima prospettiva del *genus liberalitatis* ('*Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*'), ma anche per una messa a punto della nozione rispetto al diverso istituto della *donatio*, ('*Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*') si veda Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.1-2. Sul brano vd., nel senso della genuinità, F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli 1960, 152 ss., che vi trae anzi argomenti a favore della tesi di una configurazione originaria della donazione come donazione possessoria (attributiva di una mera disponibilità di fatto del bene e revocabile); sempre per la genuinità, ma con conclusioni opposte rispetto all'appena accennata questione configurativa, M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 271 s. e ivi nt. 50; in difesa del testo («ineccepibile coerenza logica dell'intero frammento») vd. più recentemente P. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), Φιλία cit., IV, 2867 ss. e ivi nt. 7, al quale si rinvia per un'evidenziazione dei tratti distintivi rispetto al comodato («concessione inidonea a determinare da un lato il sorgere di un impegno a consentire l'effettivo compimento dell'uso, dall'altro l'acquisizione di una corrispondente pretesa […] in capo al precarista»). Per una diagnosi interpolazionistica si vedano invece G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 50, 1930, 75; F. PRINGSHEIM, *Liberalitas*, in *Studi in memoria di E. Albertario* 1, Milano 1953, 670 e ivi nt. 2, il quale nota l'incongruenza di riferire il *precarium* allo *ius gentium*; rilievi sull'accostamento precario-donazione si trovano anche in D. DAUBE, *Utiliter agere*, in IVRA 11, 1960, 81 e ivi nt. 42, con diagnosi interpolazionistica delle parole '*donationes et*' che si leggono in Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14.

[417] In proposito vd. *infra* nt. 420.

[418] In proposito basterebbe considerare l'appena richiamato (nt. 416) Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.2. Appare pertanto eccessiva la posizione di C. FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909, 194 s. («Paolo […] nega il carattere di negotium perché si tratta di una donazione»); sotto quest'aspetto deve ritenersi certo preferibile la differente opinione precedentemente espressa dallo studioso in ID., *I contratti speciali* cit., 185, ove, più opportunamente, si invitava a non sopravvalutare l'avvicinamento con la donazione: Paolo avrebbe semplicemente inteso evidenziare come, al pari della donazione e degli atti di beneficenza, anche il precario avrebbe «l'effetto di un obbligo morale piuttosto che giuridico», essendo l'istituto considerato dai giuristi alla stregua di un «semplice rapporto di fatto». Da questo punto di vista è evidente l'influenza del pensiero («Es begründete ein Treuverhältniß […] nicht ein Rechtsverhältniß») di H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 245, per il quale, però, di rilevanza meramente sociale si sarebbe potuto discutere solo per le origini dell'istituto; in senso contrario H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 291 («Das Precarium ist nichts etwas rein Factisches, sondern ein Geschäft, welches bestimmte Rechtswirkungen hat»).

funzione per l'appunto era quella di realizzare un arricchimento sul piano dell'uso della cosa: il che risulta del resto anche provato dall'impiego, questa volta, dell'indicativo presente '*spectat*'. La tensione che viene qui a porsi, sul versante dialettico, tra *negotium contractum* e *donatio*, ci consente anche di ipotizzare che dietro il generico richiamo all'assenza di una tutela di *ius civile* per l'ipotesi in questione, si nascondesse (innanzitutto) un più specifico riferimento (all'impossibilità di ricorrere) alla *condictio*, il cui impiego, sappiamo, proprio secondo Salvio Giuliano, presupponeva un *negotium contractum* nei rigorosi termini di Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.[419]

Nonostante siano stati avanzati vari rilievi su questa parte del brano,[420] che non si sono arrestati al solo registro espressivo,[421] non vi sono ragioni per mettere in dubbio l'attendibilità complessiva del ragionamento paolino,[422] nel suo

---

[419] Così già A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177. Sulla testimonianza di Giuliano vd., seppur per sommi capi, vol. II, cap. IV § 5.

[420] Probabilmente interpolato il tratto '*magis-condicio*' per S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 569 nt. 2; ancor più netto («The grant *precario* has in the classical period nothing to do with donatio […] All the texts are interpolated») F. PRINGSHEIM, *Liberalitas* cit., 669, di cui è bene però considerare il punto di vista precedentemente manifestato in ID., *Animus donandi* cit., 281 s., in cui, pur con una critica molto severa sul tratto in questione, l'autore finiva tuttavia per riconoscere la genuinità sostanziale del ragionamento paolino, ipotizzando che Paolo potesse essersi espresso nelle forme di Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11: «Vielleicht hat sich Paulus so ausgedrückt wie Ulpian in D. 47, 2, 14, 11: cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est)»; G. G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960, 6 s.; D. DAUBE, *Utiliter agere* cit., 81 nt. 42; P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 193 ss., 196 nt. 50, ove si ipotizza una stratificazione di interventi, dovendosi in particolare ritenere postclassica la qualificazione del *precarium* come *causa beneficii* (analogamente a Paul. Sent. 5.6.10) e compilatorio l'avvicinamento alla donazione; M. KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 122 e ivi nt. 81 («Hier ist ein Verdacht jedenfalls genen die Worte *donationes et* begründet»); G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in SDHI 45, 1979, 130; diffidenza ancora in R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione* cit., 14 nt. 10 («assai sospetta sotto il profilo della genuinità e fortemente incongruente sul versante sistematico»).

[421] Appunti formali sull'espressione *precarii condicio* si trovano in G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 6.

[422] In questo senso, almeno in un primo momento (*supra* nt. 420), F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 281 s.; non muove rilievi alla fonte P. BONFANTE, *Sulla genesi* (*Scritti* 3) cit., 115 s., il quale anzi richiama il brano di Paolo proprio come esempio della più generale preoccupazione da parte della giurisprudenza di «separare il *contractus* dalla donazione»; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177; per la genuinità di fondo E. LEVY, *Vom römischen precarium zur germanischen Landleihe*, in ZSS 67, 1948, 2 nt. 8, per il quale si potevano al più avanzare sospetti sulle parole *donationes et* («An dem Schlußsatz […] dürfte kein Anstoß zu nehmen sein mit Au-

muoversi tra i diversi schemi del *negotium* e della *donatio*. Del resto è davvero inverosimile anche solo ipotizzare che i commissari possano essersi presi la briga di motivare, nel modo in cui si è visto, una soluzione processuale che limitava il quadro di tutele al solo ambito interdittale, quando ormai ai loro tempi era pacificamente ammesso il ricorso alternativo all'*actio p. v.*, nell'ottica di una riconosciuta contrattualità della vicenda negoziale.[423] Peraltro, il medesimo strumentario logico-argomentativo ritorna, in un contesto ancora più significativo, in

D. 47.2.14.11 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Is qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem*.

Non diversamente da Paolo, anche Ulpiano insiste sull'analogia con l'istituto della donazione (*simile donato*) per giustificare la mancata concessione di azione a favore del concedente nei confronti del precarista ('*cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est*'), con la significativa differenza che la rilevata assenza di azione civile serviva qui al giurista per negare al precarista (ancora ai suoi tempi, dunque) la legittimazione attiva all'*actio furti* ('*non habebit furti actionem*'), visto che, non essendo egli chiamato a rispondere (in

snahme vielleicht von „donationes et“»); E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 41 s., 245; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 138 e ivi nt. 32; K. MISERA, *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, in Index 3, 1972, 417; P. ZANNINI, *Comodato, precario* cit., 2870 nt. 11, ove sembrano tuttavia avanzarsi riserve sulla menzione dell'*actio civilis*; P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 286 s.

[423] Arguta l'osservazione di P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 287, ove si fa osservare come difficilmente si possa ritenere «il frammento di Paolo […] pesantemente rimaneggiato» e al tempo stesso ipotizzare una svista da parte dei commissari giustinianei, i quali non si sarebbero accorti che la soluzione indicata nel brano andava contro il principio, valido ai tempi di Giustiniano, che ammetteva il ricorso (in via alternativa) all'*a.p.v.*: in proposito vd. (nel testo di questo stesso §) Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2. Non sembra si possa davvero seguire P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 198 ss., là dove sostiene che sarebbero gli stessi compilatori ad affermare «l'inesistenza di un'azione civile contro il precarista, motivandola con il carattere di liberalità», tenuto conto che, come nota lo stesso studioso, agli occhi dei bizantini non vi sarebbe stata alcuna «incompatibilità tra la qualifica di *liberalitas* data a un negozio e il suo contemporaneo inquadramento fra i contratti», come dimostrerebbe l'esempio della donazione la quale «è esplicitamente chiamata *contractus* da alcune fonti giustinianee». Sulla questione dell'offuscamento della distinzione tra atti di liberalità e *contractus* in epoca giustinianea vd. F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 275 ss.; in proposito e sull'inquadramento della donazione all'interno del contratto vd. G. G. ARCHI, *Donare e negotium gerere*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971 = *Scritti di diritto romano. Volume II. Studi di diritto privato* 2, Milano 1981, 671 s., 689 ss.

alcun modo) nei confronti del *precario dans* in caso di sottrazione della cosa, non avrebbe avuto quell'interesse che era invece richiesto per l'esercizio dell'azione penale.[424] Che anche qui, dietro l'instaurata analogia con la donazione, si nasconda la mano dei bizantini è solo un pregiudizio.[425] Non c'è motivo perché essa non possa essere attribuita al giurista severiano.[426] Si potrebbe da questo punto di vista anche solo osservare come il tanto criticato accostamento tra *precarium* e *donatum*, venga meno, in realtà, proprio in quelle testimonianze in cui vi è sicura traccia di un intervento compilatorio.[427]

Rimane comunque il fatto che, al pari di Paolo, anche Ulpiano evidenzi l'assenza di apposita azione civile a favore del *precario dans*.

Il che induce a ritenere sicuramente non genuino, sempre di Ulpiano, Ulp.

---

[424] Proprio per tale ragione non si può aderire all'interpretazione di O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 129, secondo il quale Ulpiano non avrebbe qui inteso escludere l'impiego della *condictio incerti* (trovando questa applicazione anche contro il donatario in caso di revocazione), quanto quello dell'*a.p.v.* diversamente orientata all'adempimento («Dass keine *civilis actio* gegen den Precaristen besteht, schliesst natürlich nicht die Möglichkeit einer *condictio incerti* aus, welche Klage ja auch gegen den Beschenkten im Falle von Revocation u. s. w. gegeben wird, wohl aber die *actio praescriptis verbis*»). Non convincente neppure la critica di P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 197 nt. 51, che parla di motivazione «assurda» e «inconsistente», ricorrendo all'esempio poco calzante del ladro che abbia a sua volta subito un furto; considerazioni analoghe sembra debbano farsi per la posizione più recentemente assunta da F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 163 («appare […] assai poco perspicua la soluzione di negare al precarista l'*actio furti* sulla base del fatto che appunto contro di lui non sarebbe stata concessa l'azione civile»).

[425] Anche in questo caso più di un autore ha avanzato sospetti sull'accostamento del *precarium* alla *donatio*: tra questi G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 7; M. KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 122 e ivi nt. 82; F. PRINGSHEIM, *Liberalitas* cit., 669 s., con revisione della posizione tenuta in ID., *Animus donandi* cit., 282. Pur in un ordine di idee che parrebbe attribuire ai bizantini l'elaborazione dogmatica del *genus liberalitatis* come schema generale ricomprensivo tanto del *dono dare* quanto del *precario concedere*, mostra tuttavia di non avere dubbi sulla genuinità sostanziale dell'accostamento tra i due istituti prospettata (anche) nel brano ulpianeo F. CASAVOLA, *Lex Cincia* cit., 153.

[426] Per la genuinità vd. già G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in RIL 62, 1929, 390 nt. 3, 412; così («prodotto genuino del pensiero classico») giustamente M. MARRONE, *Precario habere e precarium*, in Labeo 17, 1971, 211, ove si fa opportunamente osservare come sempre dal *l.* 71 *ad ed.*, in cui Ulpiano si occupa a lungo dell'*interdictum quod precario*, provenga anche il notissimo Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18, in cui il giurista si trova a percorrere, assieme ad Aristone e Pomponio, quelle incerte aree di confine tra *negotium* e *donatio* in cui prendeva ibridamente corpo la figura del *negotium mixtum cum donatione*: circostanza, questa, che induceva Lenel a inserire Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 tra i §§ 2 e 3 di Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2: O. LENEL, *Pal.* 2.842.

[427] Ciò vale per Iul. 13 *dig.*, ma anche, come proprio adesso vedremo, per Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2.

71 *ad ed*. D. 43.26.2.2, testimonianza ben nota e che, come si è accennato, aveva richiamato l'attenzione di quanti avevano provato a infrangere l'interpretazione a lungo dominante di I. 4.6.28, che non ammetteva applicazioni *ex fide bona* dell'*a.p.v*. al di fuori dei casi tassativamente indicati nel brano giustinianeo (*aestimatum* e permuta).

È il caso di leggere la parte conclusiva in cui, a differenza di Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11, il giurista sembrerebbe riconoscere, in concorso con l'interdetto possessorio, l'impiego dell'*actio praescriptis verbis*, quasi si trattasse, peraltro, di strumento di tutela al quale ricorrere in via generale, nell'ambito delle più svariate relazioni giuridiche, ogni qual volta si rendesse necessario assicurare il rispetto della parola data (*bona fides*).[428]

D. 43.26.2.2 (Ulp. 71 *ad ed*.): […] *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.*

Il contrasto tra i due brani è stridente e non si può seriamente pensare di appianarlo, ipotizzando che in *l.* 29 *ad Sab.* Ulpiano avesse adoperato l'espressione *civilis actio* in senso stretto, in modo che ne risultasse esclusa l'*a.p.v.*, il cui impiego sarebbe stato diversamente ammesso.[429]

Per di più la soluzione adombrata in Ulp. 71 *ad ed.* presenta sul piano formale una singolare affinità lessicale con la testimonianza di Giuliano che si sta qui esaminando,[430] in termini che non fanno altro che rafforzare la sensazione

---

[428] Vi vede un riferimento alla prospettiva bizantina dell'azione generale di buona fede P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 23.

[429] Così, in una prospettiva diametralmente opposta a quella di Gradenwitz (*supra* nt. 424), H. DEGENKOLB, *Platzrecht* cit., 171 s. nt. 3; negli stessi termini e dunque in favore di un possibile impiego dell'*a.p.v.* («la sua qualità di *civilis* in senso largo, ma non *civilis* in senso stretto, ci spiega l'espressione di Ulpiano "Non est contra eum civilis actio"») V. SCIALOJA, *Sopra il precarium nel diritto romano*, Roma 1878, 18, il quale era d'altra parte per un riconoscimento contrattuale già in epoca classica.

[430] La notazione si trova («die wörtliche Uebereinstimmung») già in O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 128, che anche per questo motivo riteneva che il testo di Iul. 13 *dig*. D. 43.26.19.2 fosse stato letteralmente travasato in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2, per quanto, come si è precisato, l'autore salvasse il riferimento alla *condictio incerti* nel brano di Giuliano; così, ma in un'ottica che estende la diagnosi interpolazionistica alle parole *incerti condictione,* anche S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 572 nt. 1; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 217. In un'ottica conservativa, la relazione tra i due brani è egualmente evidenziata da R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35 («Ul-

di trovarsi di fronte a un intervento manipolativo condotto su ambedue i testi dalla stessa mano.[431] Si leggano entrambi i brani:

(Iul. 13 *dig.*) *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*

(Ulp. 71 *ad ed.*) *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione* rell.

Del resto anche sul primo segmento di Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2 gravano sospetti di un lavoro di manipolazione da parte dei commissari.[432]

C'è poco da dubitare sul fatto che in Ulp. 71 *ad ed.* siano i compilatori ad ammettere l'*a. praescriptis verbis*[433] e che questa fosse concessa contro il precari-

---

piano ricorda senza dubbio la precedente lettura di Giuliano»); da ultima F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 153 ss., che adduce i due brani come esempio di *capita geminata*, per quanto non sembra possa proprio dirsi, con l'autrice, che la «perfetta coincidenza testuale» tra i due passi non «sia stata fino ad ora evidenziata in dottrina».

[431] Compilatorio il riferimento all'azione contrattuale anche per C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 191; («sicuramente interpolata») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 23; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 251 nt. 1 («più che sospetta»); diversamente spiega le affinità lessicali tra i due brani attraverso l'ipotesi di un riutilizzo da parte di Ulpiano dei *libri digestorum* di Giuliano F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 157 ss., la quale sempre da questo punto di vista osserva come non siano «infrequenti le corrispondenze testuali fra i *digesta* giulianei e i grandi commentari *ad Sabinum* e *ad edictum*». Più in generale denuncia l'origine bizantina dei luoghi in cui viene riconosciuta la spettanza dell'*a.p.v.* a vantaggio del *precario dans* («sie sind daher mit ganz unbezweifelt Zusätze Tribonians») K. SCHMITTHENNER, *Ueber Verträge* cit., 71, ove si insiste sull'incompatibilità di una tale soluzione rispetto a Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11.

[432] Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2 *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque* […]. Critiche in G. BESELER, *Beiträge* 6 cit., 327; non esclude un'alterazione («nella sua enfatica *laudatio* e nel richiamo all'*aequitas naturalis*») G. LONGO, *Negozi giuridici* cit., 130 s.; uncina l'intero tratto '*est enim-voluntatem*' F. PRINGSHEIM, *Liberalitas* cit., 670; integralmente interpolato per P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 195 nt. 47, 200 ss.; in proposito vd. anche F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 155 s. e ivi nt. 9, con sospetti sul tratto '*namque-competit*' ritenuto, sulla scia di Mommsen, di origine glossematica.

[433] Per la fattura bizantina vd. già O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 129; H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 246 nt. 1; C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 189 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 171; P. VOCI, *La dottrina* cit., 276; F. PRINGSHEIM, *Liberalitas* cit., 670; P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 195 nt. 47, 200 ss.; M. KASER, *Zur Geschichte des preca-*

sta in quanto tale.[434] Ciò è del resto perfettamente coerente con l'idea bizantina

rium cit., 122 s.; ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in M. HARDER, G. THIELMANN (a cura di), *De iustitia et de iure. Festgabe für U. von Lubtow zum 80. Geburstag*, Berlin 1980 = ID., *Römische Rechtsquellen* cit., 226 nt. 47, di cui va però considerato il diverso punto di vista espresso in ID., *Ius gentium* cit., 150 ss.; G. LONGO, *Negozi giuridici* cit., 130 s., ove si considera senza alcun dubbio «norma giustinianea» la chiusa che ipotizza la concorrente esperibilità dell'*a.p.v.*; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 37; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001), 270 s., ove indicazioni bibliografiche. Non può ritenersi verosimile la congettura di un glossema postclassico avanzata da H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 246 nt. 11, con un'ipotesi che l'autore estende a Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2 e che proprio per questa ragione appare ancora più improbabile: né a tal proposito si può certo invocare Paul. Sent. 5.6.10, su cui vd. *infra* § seg. Per la genuinità, come si è gia visto, M. KASER, *Ius gentium* cit., 150 ss.; una cauta apertura si registra in P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 317 s., in un ordine di idee in cui viene a prospettarsi un impiego dell'*a.p.v.* in funzione sostanzialmente ripetitiva «come continuazione della *condictio incerti*»; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35; più recentemente F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 162 ss., che pure però giudica bizantino l'inquadramento del precario nel contratto, anche con riferimento al sempre ulpianeo Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23, con una presa di posizione che non si vede come possa raccordarsi con l'eventualità di un utilizzo dell'*a.p.v.* da parte di Ulpiano in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2, nonostante il tentativo della studiosa di sfumare sul piano lessicale l'incongruenza che viene a porsi tra le due questioni: («superata la concezione giulianea […] risultava già concessa l'*actio praescriptis verbis* di buona fede a sanzione dell'obbligo del precarista di restituire la cosa, ormai considerato come obbligo originato da una figura specifica che veniva ad avvicinarsi a un contratto»); per una separazione delle due questioni vd. già P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 356: «il riferimento all'*actio praescriptis verbis* […] in Ulpiano ci sembra maggiormente attendibile (ma non lo è ancora l'inserimento del precario tra i *contractus*)», con conclusioni che si espongono ai medesimi rilievi, per quanto l'autrice, come si è appena visto, abbia provato a percorrere l'ipotesi di un impiego dell'azione a fini sostanzialmente ripetitivi, non diversamente dalla *condictio incerti*, riprendendo in qualche modo una proposta a suo tempo formulata, come si è visto (*supra* nt. 399), da Darkwardt; per la genuinità e nel senso di una tutela contrattuale vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 92 e ivi nt. 50.

[434] In senso contrario, che l'azione in parola fosse «l'azione contrattuale mirante alla restituzione della *res* nel contratto di '*precarium*'» è stato contestato da P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 199 ss., con una proposta che nelle intenzioni dello studioso sarebbe dovuta servire a sciogliere le incongruenze con Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11 e Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14, in cui, a detta dell'autore, sarebbero sempre i compilatori ad affermare la mancanza di un'azione civile nei confronti del precarista. È infatti opinione dell'autore che il ricorso all'*a.p.v.* in favore del concedente sarebbe stato ammesso nel solo caso in cui il convenuto non fosse precarista o avesse contestato che la concessione fosse avvenuta a titolo di precario, senza che il concedente fosse stato in grado di provare il contrario. Si tratta di ipotesi alla quale è davvero difficile prestare credito e che si pone peraltro in evidente e insanabile contrasto con l'idea, alla quale pure l'autore dichiara formalmente di aderire, di un'inclusione, con Giustiniano, del precario all'interno della nozione di contratto («la dottrina dominante ha ben veduto quando afferma che nella Compilazione il prestito a *preces* è divenuto un contratto; e non è certamente su questa constatazione che

del precario come contratto, secondo una configurazione dogmatica che si trova compiutamente rappresentata, com'è noto, in Ulp. 29 *ad Sab*. D. 50.17.23[435] e che potrebbe risalire già ad epoca postclassica.[436] Per il diritto classico l'istituto era rimasto rigorosamente confinato nell'ambito del diritto possessorio.[437] Salvo

intendo manifestare il mio dissenso»). Quella che in definitiva Zamorani prospetta, e alla quale si dovrebbe credere, è l'ipotesi di un contratto senza azione, in cui l'obbligazione restitutoria (gravante sul precarista) sarebbe stata fatta valere unicamente in via interdittale; il che è davvero troppo: anche per i Bizantini. La verità è che nella tesi di Zamorani l'*a.p.v.* scolorisce nella *condictio incerti possessionis*, con conclusioni che in sostanza non si discostano molto dalla tesi inizialmente prospettata (con altro ordine concettuale) da Lenel di una *condictio incerti* con *praescripta verba*: tesi che non viene però discussa dall'autore, così come, peraltro, è del tutto ignorato l'ampio e acceso dibattito che si era aperto in dottrina sulla *condictio incerti* e sui suoi rapporti con l'*a.p.v.* in Iul. 13 *dig.* Una critica al punto di vista di Zamorani sull'impiego qui dell'*a.p.v.* può trovarsi, con analoghi rilievi, già in M. MARRONE, *Precario habere e precarium* cit., 213 s., il quale fa in più notare come l'idea di un ricorso all'*a.p.v.* ai fini del solo arricchimento (e dunque in funzione meramente ripetitiva) non corrisponda «alle altre applicazioni della stessa azione (la quale […] è in genere volta alla controprestazione; in nessun caso all'arricchimento)».

[435] Il brano è citato *supra* nt. 307. Bizantina la qualificazione del precario come contratto secondo G. SCHERILLO, *Locazione e precario* cit., 413 s.; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 246 e ivi nt. 3, 251 nt. 1; P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 198 s.; M. KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 122 s. e ivi nt. 84, con allargamento della responsabilità dal dolo alla colpa. Diversamente, riteneva che *contractus* dovesse essere qui inteso in senso lato, quale sinomimo di *obligatio*, come dimostrerebbe il riferimento a istituti sicuramente non contrattuali, come *negotiorum gestio* e *tutela*, F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*,[7] Wien 1865, 460 nt. 2; analogamente («ganz klar […] auch die communio hier unter den Contractus aufgeführt wird») H. DARKWARDT, *Das Prekarium* cit., 293 nt. 1. Per la genuinità e in favore comunque della contrattualizzazione dell'istituto vd. gli autori indicati *infra* in nt. 438.

[436] Così ad es., in base a Paul. Sent. 5.6.10, F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 79 s.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht* cit., 258 s., per il quale tale processo avrebbe preso l'avvio intorno al IV sec. d.C.; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 139 ss. e ivi nt. 35, che per altro verso denuncia un sistematico accostamento, se non a tratti una vera e propria confusione, con la *locatio conductio*, in ragione del carattere ormai oneroso della concessione, con conclusioni che lasciano in verità perplessi; sempre nel senso di una trasformazione postclassica vd. P. ZAMORANI, *Precario* cit., 234 ss., al quale peraltro si rinvia per una più opportuna e approfondita valutazione della questione relativa alle interferenze tra locazione e precario, in un ordine di idee che (più correttamente) nega l'ipotesi di una identificazione tra i due istituti e soprattutto respinge l'idea di un precario oneroso (145 ss., specialmente 164 ss.); T. GIMENEZ-CANDELA, *Algunas observaciones sobre D. 43.26.8 pr.*, in SDHI 48, 1982, 484 s.; J. PARICIO, *La pretendida fórmula* cit., 245; una cauta apertura in G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 250 («non sappiamo se prima del diritto giustinianeo»).

[437] K. SCHMITTHENNER, *Ueber Verträge* cit., 62 ss.; H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 246;

qualche rara eccezione,[438] sul punto la dottrina è oggi pressoché concorde.[439] Si tratta di conclusioni che vanno certo accolte, senza che per questo si debba però arrivare all'estremo di accentuare oltre misura il significato dogmatico che da una tale delimitazione concettuale può legittimamente ricavarsi, riducendo l'istituto possessorio a mero *vitium possessionis*.[440] Se si è pensato a un riconoscimento contrattuale già nel corso dell'epoca classica, perlomeno da parte della giurisprudenza severiana e di Ulpiano in particolare,[441] lo si deve al fatto che non si è

J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 101 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 570 nt. 1; C. FADDA, *Parte generale* cit., 195; («una delle più singolari deformazioni dei concetti classici, compiuta dai Bizantini») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 269; É. CUQ, *Manuel*[2] cit., 505, che fa risalire genericamente al Basso Impero la configurazione del precario come contratto innominato del tipo *facio ut des*; P. VOCI, *La dottrina* cit., 276; E. LEVY, *Vom römischen precarium* cit., 2 («Es hielt sich völlig in der Sphäre des Besitzrechts, erzeugte weder Vertragsbeziehung noch *actio*»); ID., *Weströmisches Vulgarrecht* cit., 258 s. («Es war bekanntlich kein Vertrag, sondern ein rein tatsächliches Verhältnis, eine *possessio*»); contro la classicità anche A. D'ORS, *Los precedentes* cit., 650; J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 128 ss.; P. BONETTI, v. *Precario (diritto romano e intermedio)*, in Noviss. dig. it. 13, Torino 1966, 557 s.; M. KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 122 s.

[438] In questo senso R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35, il quale, proprio sulla scorta di Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2, ipotizza un utilizzo, già in età tardoclassica, dell'azione contrattuale sulla falsariga di quanto era già da tempo avvenuto per il comodato («Ulpiano […] valendosi dell'*interpretatio* che ormai da tempo aveva riconosciuto l'*oportere ex fide bona* nel comodato estende lo spettro applicativo dell'*actio praescriptis verbis* anche alla tutela del concedente»); per un'applicazione dell'azione contrattuale da parte di Ulpiano vd., come si è detto, già M. KASER, *Ius gentium* cit., 150 ss.; di sfuggita A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 92 e ivi nt. 50. Pur ammettendo l'impiego dell'*a.p.v.* negano un'appartenenza all'area del contratto, come si è visto, sia Biavaschi sia Mattioli (per entrambe le studiose vd. *supra* nt. 433).

[439] Per una contrapposizione, da parte di Ulpiano, tra precario e la categoria del contratto in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.8 («tratto dallo stesso libro da cui proviene anche D. 43.26.2.2») vd. ad es. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 37; nel senso di un'innovazione giustinianea M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 258; così parrebbe anche F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 161 e ivi nt. 23, benché, come si è detto, l'autrice propenda per la genuinità di Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2 (162 ss.).

[440] Così, com'è noto, soprattutto P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 48 ss., con un'analisi che sembra concedere troppo alla menzione del termine *precarium* all'interno dell'*exceptio vitiosae possessionis*; giusti e come sempre equilibrati i rilievi di M. MARRONE, *Precario habere e precarium* cit., 210 ss.; critico anche P. ZANNINI, *Comodato, precario* cit., 2868 nt. 7. Uno spunto analogo a quello di Zamorani può già trovarsi in J.H. MICHEL, *Gratuité* cit., 128 e ivi nt. 1 («le terme de précaire […] ne désigne pas un rapport juridique, mais une manière de posséder injustement»).

[441] In questo senso E.C. WESTPHALS, *System* cit., (§ 86) 82 ss. («man füglich unter die Con-

opportunamente valutato il contrasto tra le due testimonianze ulpianee (Ulp. 71 *ad ed.*, Ulp. 29 *ad Sab.*),[442] spesso perché (almeno in passato) ci si è lasciati guidare dalla preoccupazione di difendere il carattere contrattuale dell'*a.p.v.*, che già a partire da Cuiacio era ritenuto uno dei tratti distintivi dell'azione[443] e che era stato messo talora in discussione[444] proprio invocando il ricorso

tractus innominatos do ut des rechnen kann»), 95; in ambito pandettistico vd. A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts. Zweyter Band*,[4] Jena 1814, 300; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 179 ss.; L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit. (*Liber III. Pars Prior. Caput. IV. n. 798*) 462; per una identificazione della *condictio incerti* con l'*a.p.v.* («actionem praescriptis verbis […] a Juliano, qui quidem eam incerti condictionem vocat») vd. A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 100; A. HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht* 4 cit., 111 s.; per l'impiego dell'azione contrattuale in concorso elettivo con l'interdetto, vd. G.E. SCHMIDT, *Das Commodatum und precarium* cit., 110; F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., 402 e ivi nt. 18; nello stesso senso, pur dando atto che si sarebbe trattato di configurazione non originaria («Que dans le principe cette qualification ne convînt pas au précaire, nul doute […] il n'a pas toujours été contrat, il l'est devenu»), vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 59, il quale invocava a tal proposito l'accostamento con il comodato operato in Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.2-3, nonché l'espressa qualifica di *contractus* attribuitagli, sempre dal giurista severiano, nell'appena richiamato Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23; per la contrattualizzazione del rapporto anche A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Zweiter Band*, Halle 1878, 396; un impiego in via contrattuale dell'*a. praescriptis verbis* sulla scia dell'insegnamento aristoniano era ammesso anche da C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 320; pensa a un'inclusione nell'area del contratto già in epoca classica, sicuramente da parte di Ulpiano, anche V. SCIALOJA, *Sopra il precarium* cit., 18; CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 94.

[442] Significativo è il fatto che non vi sia alcun riferimento a Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11 in C. ACCARIAS, *Théorie* cit.

[443] J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae*, in *Opera* III cit., (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*), 454: «non datur nisi ex contractibus»; in favore della natura contrattuale L.A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit. (*Liber III. Pars Prior. Caput. I. n. 669*) 327 nt. 3 («Praescriptis verbis actionem ex vero contractu nasci»); A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 68 ss.; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 57 ss. («est […] essentiellement contractuelle, et c'est des contrats innommés, de ces contrats seules qu'elle dérive»); ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 564.

[444] Così («Sed haec actio non semper competit ex incertis contractibus») J. F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., (*Liber II. Sectio I. Cap. VII. Ex quibus negotiis oriatur actio praescriptis verbis. nn. 1-3*) 186 s.; sulla scia di Cuiacio (4. Obs. 7), la questione era risolta ingegnosamente da W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris* cit., 312, ipotizzando un'applicazione *extra ordinem* dell'azione: «Interdum etiam extra ordinem datur actio praescriptis verbis, licet nullus verus contractus intervenerit […] ex bono & aequo accomodatur, anomala, & irregularis est»: sulla distinzione tra *actiones p. v. ordinariae* ed *extraordinariae* vd. J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., 451 («duae quasi sunt species, altera ordinaria et certa […] altera extraordinaria, vaga & indeterminata, quae in subsidium variis negotiis accomodatur […] dixeris, eam ex bono & aequo descendere»);

all'azione in materia di precario.[445] Di qui l'esigenza o, se si preferisce, l'interesse a prospettare una configurazione contrattualistica per tale istituto.[446]

L'antinomia tra i due brani non consente però di approdare a una simile conclusione. Né si può ipotizzare che Ulpiano stesse qui riferendo la diversa opinione di Sabino.[447] Se così fosse stato, non avrebbe certo egli mancato di prendere le distanze dal giurista più antico. Di una critica al punto di vista di Sabino non vi è però traccia: né certo si può credere che i compilatori siano stati tanto maldestri da preservare, delle due diverse opinioni, quella (anche) da loro contestata. Né vale invocare Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.3 per sostenere che «Per Ulpiano […] il precario è simile non già al *donatum*, ma al comodato»,[448] rimanendo comunque intatta, nello stesso brano (al § 1), l'idea del *precarium*

N.H. GUNDLING, *Ausführlicher und gründlicher Discours* 3 cit., (*Libri XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis & in factum Actionibus*) 1253 («sie auch Statt findet, wenn gleich kein verus Contractus ist celebriret worden»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 157.

[445] Agli stessi fini veniva altresì richiamato Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.18.2, ove è ammesso, da parte di Pomponio e Ulpiano, l'impiego dell'*a.p.v.* tra coeredi, in alternativa all'*actio familiae erciscundae*, allo scopo di dare esecuzione alla volontà del testatore, con un'applicazione che, si è detto, sarebbe non *ex contractu* ma *quasi ex contractu*. Per un ridimensionamento del brano vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 57 s., per il quale la concessione dell'*a.p.v.* sarebbe da mettere piuttosto in relazione al fenomeno della divisione dell'eredità che qui, come altrove (Ulp. 19 *ad ed.* D. 10.2.20.3, Pap. 8 *resp.* D. 31.77.18), le fonti mostrerebbero di considerare al pari di una vera e propria permuta («le partage n'est outre chose qu'une échange; il rentre donc dans la catégorie des contrats *do ut des*»). Così ancor prima J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., 1315 («Respondeo: subesse contractum: nam divisio genus est permutationis, nam fit partib. ultro citroque permutatis»).

[446] Ciò è particolarmente evidente («Pour établir que l'action *praescriptis verbis* n'a pas toujours son origine dans un contrat, on a encore invoqué deux textes qui la font découler du *precarium* [….] le *precarium*, a-t-on dit, ne constitue pas un contrat […] Là est l'erreur») in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 58 s., per quanto in concreto l'autore escludesse un impiego dell'*a.p.v.* da parte di Giuliano, ritenendo insiticie le parole '*id est praescriptis verbis*' (76). In questo modo, peraltro, lo studioso francese provava a difendere la propria idea di azione generale di buona fede che (come si è accennato in apertura di §) rischiava di essere compromessa dall'accostamento, che il testo parrebbe qui prospettare, tra *a.p.v.* e *condictio incerti* (di stretto diritto), che sembrava piuttosto avvalorare la tesi tradizionale, contro la quale Accarias si batteva, di un programma di giudizio *utilis*, privo, tranne i casi di I. 4.6.28 (permuta, *aestimatum*), della clausola *ex fide bona*.

[447] In questo senso R. FERCIA, *Il fieri* cit., 73 s. nt. 231; sostanzialmente negli stessi termini P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 315 nt. 109; da ultima F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 161 nt. 22.

[448] R. FERCIA, *Il fieri* cit., 74 nt. 231, che riprende una notazione di F. PRINGSHEIM, *Liberalitas* cit., 671 e ivi nt. 2 («precarium is compared with '*commodatum*' in a rather reasonable argument. '*Commodatum*' is, on the other hand, not a 'donatio'»).

come *genus liberalitatis* (*quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*).[449] Il pensiero di Ulpiano in Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11 è d'altra parte perfettamente in linea con quanto afferma Paolo in Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14: che anche qui a parlare fosse però Sabino,[450] e che anche in questo caso il più tardo giurista non abbia ritenuto opportuno segnalare l'evoluzione cui era andato incontro l'istituto o che questa parte del discorso sia malauguratamente andata perduta è ipotesi che difficilmente può ritenersi plausibile.

Si deve ammettere che non c'è modo di salvare la concessione dell'azione contrattuale da parte di Ulpiano in Ulp. 71 *ad ed.* Ogni congettura fatta in tal senso, per quanto ingegnosa, si è rivelata infruttuosa. Così come non può dirsi certamente riuscito il tentativo di chi, anche recentemente, ha provato a giustificare il ricorso all'*a.p.v.*, con la specificità della vicenda affrontata in quell'occasione da Ulpiano, che non avrebbe riguardato (si è detto) il caso di un semplice *precarium*, per il quale non si sarebbe potuto 'agire' se non mediante interdetto, ma di un *precarium* accompagnato da patto restitutorio.[451] Di qui

---

[449] Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.1 *Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*. Ciò non significa, naturalmente, che si debba ritenere non genuino il richiamo al comodato, secondo quanto invece sostenuto da P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 194 nt. 43, su cui pesava, come si è già detto, l'idea di una concettualizzazione del precario, da parte dei giuristi classici, esclusivamente come *vitium possessionis* («un giurista classico assai difficilmente avrebbe paragonato ad un negozio quanto gli si presentava come vizio del possesso»); in senso critico vd. già M. MARRONE, *Precario habere e precarium* cit., 211 s., ove si fa del resto osservare come la genuinità sia confermata dal raffronto col gravemente mutilo Fragm. *Vindob*. I.1 – così (I.1) ad es. PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*,[5] Lipsiae 1886, 620; II.1 nelle edizioni precedenti, compresa l'*editio princeps* di S. ENDLICHER, *De Ulpiani institutionum fragmento in bibliotheca Palatina Vindobonensi nuper reperto*, Vindobonae 1835, 6; sull'ordine dei frammenti vd. F. P. BREMER, *De Domitii Ulpiani Commentatio: particula prima. Dissertatio inauguralis*, Bonnae 1863, 24 ss. –, ove si leggono le parole '-i re commodata permittat', con cui si chiude il brano compilatorio (Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1.3): Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei ut*i re commodata permittat*. Sempre per la genuinità e con critica rispetto alle conclusioni di Zamorani vd. P. ZANNINI, *Comodato, precario* cit., 2868 nt. 7, ove opportuni ragguagli bibliografici.

[450] Che «Paolo riporti, esattamente come Ulpiano, pensiero sabiniano» è sostenuto (ancora una volta) da R. FERCIA, *Il fieri* cit., 73 s. nt. 231; un'apertura in tal senso può trovarsi, sulla base di argomenti sintattici («*esset*, che potrebbe essere un riferimento al pensiero di Sabino [<Sabinus ait> interdictum...introductum <esse>, quia...]»), già in P. VOCI, *La dottrina* cit., 276 nt. 3, il quale faceva tuttavia osservare come Paolo non aggiungesse «la menzione di nessun rimedio posteriormente introdotto». Di recente sembra indirizzarsi per una «digressione di ordine storico» anche P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 288, 315.

[451] In questo senso («[…] daß es neben dem einfachen *precarium* ein *precarium* gab, das

l'idea che a essere fatto valere mediante *a.p.v.* fosse il *pactum*. A sostegno si è persino creduto di poter invocare Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.3,[452] senza rendersi conto che il brano parrebbe piuttosto deporre nel senso opposto a quello voluto.[453]

---

durch ein Rückgabe-*pactum* begleitet und unterstützt wurde. Aus dem *precarium* selbst konnte nur mit einem Interdikt geklagt werden, im Falle eines begleitenden *pactum* aber wurde das darin enthaltene Rückgabeversprechen mittels einer *condictio incerti* verwirklicht») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144, con un'argomentazione che abbraccia sia Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2 sia Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2: il che ovviamente non deve sorprendere se si tiene conto che lo studioso tedesco è fra quanti attribuiscono a Giuliano la concessione dell'azione contrattuale. L'idea si trova già nella Glossa: a tal proposito vd. *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis Tomus Tertius, ex Pandectis Florentinis*, Aureliae 1625, 768; in questo senso anche A. VINNIUS, *In quatuor libros institutionum imperialium Commentarius. Tomus secundus*, Venetiis 1722, (*Lib. III. Titulus XV. Quibus modis contrahitur obligatio. De commodato Commentarius*) 649; adesivamente («The action is *praescriptis verbis* […] because the liability is purely contractual, nonexistent without the express agreement») J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 69, che distingue la *condictio incerti* dalla *condictio possessionis* anche dal punto di vista della *conceptio verborum* dell'*intentio* («The formula would speak not of a *dare*, but a *reddere*»).

[452] Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.3 '*Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit*'.

[453] È appena il caso di osservare che in Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15.3 la conclusione di una stipulazione restitutoria al momento della costituzione del precario avrebbe escluso il ricorso all'interdetto, lasciando spazio all'impiego della sola *a. ex stipulatu*. Per analogia, la tutela mediante *a.p.v.* del patto aggiunto avrebbe dovuto avere lo stesso effetto di impedire il ricorso all'interdetto. Così del resto A. VINNIUS, *In quatuor libros* cit., (*Lib. III. Tit. XV. De commodato Commentarius*) 649, «interdictum de precario […] cessat, cum quis de re restituenda cautum habet […] tunc aget precario dans […] ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit». In Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2 il ricorso all'azione contrattuale atipica è invece presentato come alternativo allo strumento interdittale: *non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione*. Ciò spiega gli enormi sforzi di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144, per smussare le incongruenze tra i due brani: «Ähnlich wie eine das *precarium* begleitende Rückgabestipulation das Interdikt ausschloß (Pomp. D. 43.26.15.3), konnte wohl eine Klage aus einem formlosen Rückgabeversprechen das Interdikt verdrängen. Zumindest aber mochte dieses Rechtsmittel neben dem Interdikt anwendbar sein». Ed è davvero singolare rilevare che lo stesso brano era richiamato in dottrina, proprio allo scopo opposto di evidenziare l'incompatibilità tra precario e contratto: in questo senso («War ein Kontrakt über die Rückgabe einer unentgeltlich auf Widerruf überlassenen Sache geschlossen, so entstand kein Prekarium») H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 245 e ivi nt. 5; con un'argomentazione fatta propria da C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 185 s. («il concetto di stipulazione e quello di precario sono assolutamente incompatibili»); G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 249 («gli effetti non dipendono dal precario, che più non esiste, ma senz'altro dalla stipulazione»), 266 e ivi nt. 1 («solo una *stipulatio* può produrre questo effetto, facendo, naturalmente cadere il precario»).

Anche in questo caso si tratta di un tentativo di spiegazione non convincente. Nulla dimostra che i brani si riferiscano a questa specifica ipotesi applicativa: non certo il modo di esprimersi di Ulpiano e, prima di lui, di Giuliano (*possumus*).[454] Peraltro un accordo anche solo tacito alla restituzione doveva essere presente in ogni ipotesi di concessione in precario: meglio ancora costituiva il contenuto stesso del 'diritto' del *precario dans*, dovendosi da questo punto di vista ritenere sostanzialmente artificiosa la distinzione posta già dai glossatori tra un *constitere precarium simpliciter* e un *constituere cum pacto reddendi* (se pur con la precisazione: *quando libuerit revocare*);[455] così come egualmente da rigettare è la distinzione tra precario *in dando* e precario *in permittendo*.[456] Del resto l'intera congettura presupponeva che la dichiarata assenza di azione civile in Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 (*nulla eo nomine iuris civilis actio esset*) e Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11 (*non est contra eum civilis actio*) dovesse intendersi con riferimento alle sole azioni edittali, lasciando così spazio all'*a.p.v.*[457]

Ciò che conta dal nostro punto di vista osservare è che Ulpiano non solo non concedeva l'azione contrattuale, ma più in generale non ammetteva alcuna azione civile (*non est contra eum civilis actio*).[458] E d'accordo con lui era del resto Paolo. Non si vede allora su quali basi si dovrebbe pensare alla concessione di un'azione civile da parte di Giuliano, ancorché rivolta alla semplice ripetizio-

---

[454] Così, non senza ingegno, J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 69: «There is nothing in Digest 43.26.19.2 to imply that the concurrence was invariable; *possumus* need not mean *semper* rather than *interdem*».

[455] Gl. *ad* D. 43.26.14 in *Digestum Novum* cit., 768 lett. *o* nt. *c*. («precarium constituitur vel simpliciter, vel cum pacto reddendi quando libuerit revocare, vel datione vel promissione»), lett. *p* n. 2 («Vel secundum Roge. refert concedatur precarium simpliciter: & tunc interdictum solum, ut hic, aut cum pacto reddendi quando libuerit revocare, & tunc praescript. verb. ut in contrariis, aut etiam stipulatio, & tunc sola ex stipulatu: *ut infra l. proxi*. §. *cum quis*»).

[456] In questo senso vd. sempre Gl. *ad* D. 43.26.14 in *Digestum Novum* cit., 768 lett. *o* n. 3 «Tertii distinguunt, aut precarium costituitur datione, & tunc praescr. verb. ut in contrariis, aut permissione, ut quia tu rem meam possides quam tibi precario permitto: *ut hic* […]».

[457] Così del resto Gl. *ad* D. 43.26.14 in *Digestum Novum* cit., 678 lett. *o.* («[…] non est civilis, s. [=scilicet] nominata, ut hic: est tamen civilis innominata […]»).

[458] Diversamente, G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 253 nt. 1, che, se per un verso giudicava bizantina la concessione dell'*a.p.v.* in Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2, per altro (non si capisce come) finiva per attribuire ad Ulpiano la concessione della *condictio incerti*, sulle orme di Giuliano («probabilmente non faceva che ripetere l'insegnamento giulianeo»), con una congettura che neppure si preoccupava di raccordare tale soluzione con le differenti informazioni contenute nel (certo) insospettabile Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11 (*non est contra eum civilis actio*).

ne.[459] Ed è certo significativo che le stesse perplessità sull'impiego qui di una *condictio incerti* (*possessionis*) furono espresse anche da Giffard, che pure è stato uno degli studiosi maggiormente impegnati nella difesa della classicità della *condictio incerti* (o *actio qua incertum petimus*).[460]

3.2. Paul. Sent. 5.6.10 e l'ipotesi di un duplice intervento in Iul. 13 *dig.* D. 43.26.19.2.

Dall'esame di Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14, ma soprattutto di Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11,[461] si deve dunque ritenere che il brano giulianeo sia andato incontro a due distinti interventi manipolativi. Diversamente i commissari sarebbero intervenuti con le stesse forme di Ulp. 71 *ad ed.* e oggi leggeremmo: (Iul. 13 *dig.*) *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed* [*et incerti condictione, id est*] <*etiam*> *praescriptis verbis actione*, o qualcosa di simile. Ciò prova che il riferimento alla *condictio incerti* doveva essere già presente nel testo impiegato (e rielaborato) dai collaboratori di Giustiniano.[462]

A favore di un primo intervento già in età postclassica depone d'altra parte Paul. Sent. 5.6.10, ove, in un contesto espressivo reso probabilmente problematico da guasti sul piano della tradizione testuale, è parimenti attestato l'impiego di un'azione civile in favore del precarista. È il caso di leggere direttamente la testimonianza:

Paul. Sent. 5.6.10: *Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis precarium habet restituat; nam et civilis actio huius rei, sicut commodati actio competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet*.

---

[459] Diversamente, come si è detto (*supra* nt. 424), O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 129.

[460] Così («il est peu probable que Julien ait admis ici la *condictio possessionis*, alors que Paul et Ulpien attestent que le précair n'avait de leur temps aucune sanction civile: *nulla civilis actio*») appunto A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 176 s., il quale più in generale lamenta l'assenza dei presupposti (*negotium contractum*) richiesti per l'esercizio dell'azione di ripetizione.

[461] Evidenzia il contrasto di Iul. 13 *dig*. D. 43.26.19.2 rispetto a Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11 M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 270 e ivi nt. 69.

[462] In questo senso vd. S. PEROZZI, *Istituzioni* 1 cit., 572 nt. 1; ID., *Istituzioni* 2 cit., 284 e ivi nt. 2; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 271 s., ove ulteriore letteratura; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177 («une interpolation explicative comme: "id est p. v." suppose un term à expliquer; il faut un texte précédent ou l'accrocher»).

Si tratta di un brano ben noto,[463] verso il quale sono stati avanzati diversi rilievi.[464] A destare innanzi tutto sconcerto è stata la presenza dell'espressione *interdicti actio* posta ad apertura del frammento, sulla cui genuinità sono state espresse da tempo riserve.[465] A lungo si è discusso anche sull'impiego dell'avverbio *nam*, di difficile comprensione nell'attuale versione del brano e che molti vorrebbero qui adoperato nel senso (non classico)[466] di '*sed*':[467] sul presupposto, naturalmente, che il ricorso alla *civilis actio* dovesse considerarsi (*et*) aggiuntivo (e alternativo)[468] rispetto all'impiego della *interdicti actio* di cui si era discusso in apertura (*Redditur interdicti actio* […] *nam et civilis actio* […] *competit*).[469]

Va detto che le difficoltà che il brano pone da questo punto di vista sono pro-

---

[463] Tra i primi a richiamare l'attenzione sul brano, a riprova della più generale connessione tra interpolazioni giustinianee e rielaborazioni postclassiche, F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 79 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 270.

[464] Un severo giudizio sulle parole '*ex eo*' si trovano in A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177: «sont surprenants».

[465] Dubbi in tal senso si trovano espressi già in A. SCHULTING, *Jurisprudentia vetus antejustinianea. Julii Pauli sententiarum receptarum ad filium libri V.*, Lipsiae 1737, 461 nt. 62 («Sed *interdicti actio* dubito an sit a manu Pauli»); nel senso di un'alterazione dovuta alla scomparsa della procedura interdittale vd. G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 254 s. nt. 1; denuncia la scorrettezza dell'espressione («n'est pas classique») A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177 s. e ivi nt. 9, su cui però vd. *infra* nt. 472; indicativa del fatto che il brano abbia sofferto alterazioni testuali secondo M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 143 nt. 389.

[466] F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 80, il quale ammette un uso in funzione avversativa limitatamente all'espressione '*nam si*' («Das wird man ihm zugeben können in Bezug auf die Verbindung nam si, aber nicht für das blosse nam»); («Il *nam* in senso di "*sed*" non è classico») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 270; pur dando atto che si trattasse di impiego particolarmente diffuso in epoca giustinianea, contesta l'idea di una assoluta estraneità alla lingua latina W. KALB, *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*,[2] Nürnberg 1888, 63 s., il quale evidenzia come un uso di '*nam*' nel senso di '*sed*' si trovi (oltre che nel qui esaminato Paul. Sent. 5.6.10) anche in Gaio (Gai 1.178; 2.119, 3.205), senza contare attestazioni ancor più risalenti in Liv. 21.19.2 e Cic., *orat.* 1.5.8: in termini dunque che smentirebbero l'osservazione di K. SITTL, *Die lokalen Verschiedenheiten der lateinischen Sprache mit besonderer Berücksichtigung des afrikanischen Lateins*, Erlangen 1882, 138, che vorrebbe invece attribuire a Commodiano (III-IV sec. d.C.) i primi scambi terminologici di *nam* per *sed* (δέ).

[467] In questo ordine di idee già A. SCHULTING, *Jurisprudentia* cit. 461 nt. 63, ove lo si imputa a un compilatore alariciano; F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 80; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 270.

[468] Così ad es. P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 239 nt. 55; negli stessi termini da ultima F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 160 nt. 21 («fa riferimento, in alternativa alla *interdicti actio* […] a una *civilis actio*»).

[469] Rilievi che naturalmente non sussisterebbero nel caso di una identificazione della *civilis*

babilmente da imputarsi, più che a manipolazioni, a semplici alterazioni intervenute in sede di trascrizione testuale. Tale sembra proprio il caso della locuzione *interdicti actio* verso la quale si sono appuntati gli strali della critica, non solo interpolazionistica, e che a lungo è stata considerata espressione di quel processo degenerativo che, avviatosi col venir meno del processo formulare, avrebbe portato a una sostanziale assimilazione dell'interdetto all'azione,[470] in termini che si sarebbero particolarmente accentuati in epoca giustinianea (I. 4.15 pr., 8).[471]

In realta, come è stato già argutamente osservato,[472] si deve piuttosto credere a un mero errore di trascrizione da parte del copista, rispetto a un originario '*redditur interdictum actioque proponitur ex eo*': il che pare del resto confermato da quanto si legge nell'*Interpretatio*. È il caso di andare a leggere la parte del brano in questione:

Interpretatio a Paul. Sent. 5.6.10: Si quando alicuius precibus exorati aliquid cuicumque possidendum ad tempus praestitum fuerit et ad primam admonitionem hoc ipsum reddere noluerit, *datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur*; quae actio rell.

---

actio con l'*actio interdicti*, nel qual caso *nam* sarebbe impiegato secondo la sua consueta funzione esplicativa. Lo stesso deve dirsi se si dovesse aderire alla proposta di G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 158, di leggere '*nam et huius rei civilis actio competit*'.

[470] Sul punto vd. già E. ALBERTARIO, *Actio e interdictum: nota esegetica*, Pavia 1911; ID., *Contributi allo studio della procedura civile giustinianea. I. Actiones e interdica*, in RISG 52, 1912, 13 ss. = ID., *Studi di diritto romano* 4. *Eredità e processo*, Milano 1946, 117 ss.; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 254 s. nt. 1; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 483 ss.; S. RICCOBONO, *Letture londinesi* cit., 123 s.; sulla questione più di recente vd. R. FERCIA, *Actiones ed actio utilis ex causa interdicti: vicende storiche, anomalie, opacità*, in D@S-Tradizione romana 8, 2009, 1 ss., 15, con l'invito a non radicalizzare il senso di un processo assimilativo che si sarebbe sempre mantenuto sul piano pratico-operativo e che non avrebbe portato, neppure nelle più avanzate logiche bizantine, a una identificazione dogmatica dell'interdetto con l'azione, come sarebbe del resto dimostrato dalla perdurante estraneità sistematica e concettuale della tutela interdittale rispetto al tema dell'*actio* e delle sue articolazioni interne («l'esposizione istituzionale mostra chiaramente che le due tipologie di tutela erano concettualmente distinte e davano luogo […] ad autonomi procedimenti classificatori»).

[471] Per un'analisi del brano (e in particolare del § 8) vd. R. FERCIA, *Actiones ed actio utilis ex causa interdicti* cit., 1 ss.

[472] A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177 s. e ivi nt. 9 («il est probable qu'elle provient tout simplement d'une erreur de copiste»).

È inutile dire che una tale correzione presenterebbe peraltro il vantaggio di non dover costringere a interpretare il *nam* nel senso di *sed*.[473] Non sembra invece molto verosimile la proposta, certo assai arguta, di Lenel, di identificare l'*interdicti actio* con la formula arbitraria del *iudicium secutorium* della procedura interdittale.[474]

Rimane naturalmente immutata la questione di fondo, nel senso che è qui ammesso il ricorso ad azione civile, con una soluzione che si pone in stridente contrasto con Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e che non può essere pertanto attribuita al giurista severiano.[475] Il che induce a ritenere che lo stesso debba valere anche per la frase immediatamente successiva (*eo vel maxime-iniuriam pati non debet*), che ad essa si lega sul piano motivazionale.[476]

Per quanto ai nostri fini non sia così rilevante stabilire se la *civilis actio* di cui parla il brano, vada identificata con la *condictio incerti*,[477] o piuttosto con azione contrattuale atipica (*a.p.v.* o *a. civilis incerti*),[478] va detto che la struttura narra-

---

[473] Così sempre A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 177 nt. 9: «rendre au mot "nam", son sens habituel».

[474] O. LENEL, EP,[1] (§ 258 *de precario*) 389 e ivi nt. 17; ipotesi in qualche modo ripresa da F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 160 nt. 21 («interdetto con la relativa *actio ex interdicto* visti come un tutt'uno nella *cognitio* all'inizio dell'epoca tardo antica»). Scettico diversamente C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 193.

[475] In questo senso già F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 80 («Die Stelle aus Paulus ist jedenfalls gleichzeitig wegen der civilis actio verdächtig»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 270, che propende per l'origine glossematica dell'intero tratto '*nam-competit*' («glossema penetrato nel testo»); insiste sul contrasto con Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 anche A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178, il quale attribuisce la concessione dell'azione civile allo sconosciuto autore delle *Pauli sententiae*, agli inizi dell'epoca postclassica; contro la classicità della soluzione vd. P. VOCI, *La dottrina* cit., 276; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht* cit., 261 ss. («Daß der *nam*-Satz nicht von Paulus herkommt, steht fest»). Diversamente, ma senza tenere nella dovuta considerazione il differente ordine di idee in cui si muove il giurista severiano nell'appena richiamato *l.* 13 *ad Sab.*, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 39 s., per il quale Paolo starebbe qui suggerendo la stessa azione di ripetizione («vista non come azione contrattuale ma come azione sanzionante l'illecito arricchimento») già accordata da Giuliano, sul presupposto di una intrasmissibilità passiva dell'interdetto.

[476] In questo senso vd. già A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178.

[477] Così, in base al tratto '*eo vel maxime-pati non debet*' A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178; sempre nell'ottica di un'azione di ripetizione, ma in una prospettiva che, come si è appena detto, tende piuttosto a salvare la classicità della soluzione, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 39 s.

[478] Per l'impiego dell'*a.p.v.*, ancorché non propriamente contrattuale, vd. già J. CUJACIUS,

tiva del brano e soprattutto l'accostamento con l'*actio commodati* sembrerebbe orientare per la seconda ipotesi.[479] Ciò rende ragione dei vari tentativi fatti dai sostenitori dell'azione di ripetizione per sbarazzarsi dell'inciso '*sicut commodati actio*', ipotizzandone un'origine glossematica,[480] o comunque per allentare l'apparentamento tra le due azioni.[481] Né, d'altra parte, sembra si possa ritenere

Observationum & emendationum liber IV. Cap. VII de precarii variis generibus, in *Opera* I cit., 148 s., («haec actio est ex bona fide magis, id est, ex bono et aequo, tacitoque negotio, quam ex negotio contracto […] precarium igitur donationis species est potius, quam contractus»); con analoghe considerazioni («Inducta vero est haec actio […] non tam quod hic sit gestum negotium civile […] sed, ut videtur, usu fori ex aequo & bono») A. SCHULTING, *Jurisprudentia* cit., 461 nt. 64, per il quale si sarebbe più specificamente trattato di azione simile all'*actio commodati* («atque haec ipsa hic quoque habebit similitudinem actionis commodati, ut Paulus hic docet»); A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 100 («hanc autem actionem praescriptis verbis esse»); per una identificazione della *civilis actio* con l'*a.p.v.* («unter dieser civilis actio, die es wie beim Commodat ebenfalls beim Precarium geben soll, kann nur di Klage mit Präscriptio verstanden werden»), anche F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 79 s., per il quale si sarebbe però trattato di soluzione non in linea col diritto classico («ist ein dem klassischen Rechte völlig fremder Gedanke»), considerato che ancora Ulpiano escludeva espressamente il ricorso ad azione civile in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11, dovendosi da questo punto di vista ritenere alterato Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50.17.23; per la natura contrattuale V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 76; J. PARICIO, *La pretendida fórmula* cit., 245. Non è ben chiara la posizione di P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 236 s. e ivi ntt. 52 e 53, il quale, se per un verso sembrerebbe orientarsi per un'azione di natura contrattuale – attribuendole «lo stesso ambito di applicazione e finalità simili all'*actio praescriptis verbis*» o comunque un'analogia con l'*a. commodati* –, per altro pensa a un «rimedio di ordine generale […] da esperirsi tanto contro il precarista, quanto contro altro soggetto che, per avventura, venga a trovarsi nella disponibilità del bene concesso», 239: in termini che sembrano piuttosto suggerire un'affinità con l'azione di ripetizione.

[479] È costretto ad ammetterlo («les mots 'ut et commodati' évoquent l'idée contradictoire d'une action *ex contractu*») anche A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178; analogamente («richiama l'idea di un'azione contrattuale») P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 237 nt. 52, con le precisazioni di cui alla nt. prec.

[480] Pensa a «une glose malencontreuse», ispirata da Ulp. D. 43.26.1.3 e dal frammento viennese del *l.* 1 *inst* (P.H. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*[5] cit., 620, fr. I.1), finalizzata a «établir que le précaire est un "negotium" et non une "donatio", et de justifier, par la même, l'octroi de la "condictio"» A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178 e ivi nt. 12, il quale adduce a riprova la diversità di regime tra l'*actio civilis* del precario (*a.p.v.*) e l'*actio commodati*, rispondendo il precarista solo per dolo; in proposito vd. anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 279.

[481] In questo senso («non dice che l'*actio* derivante dal precario sia simile a quella del commodato, ma che spetta a tale titolo un'azione, come c'è un'azione per il commodato), G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 251 s. nt. 1, con un'interpretazione che serve all'autore proprio per negare una identificazione con l'azione contrattuale atipica: «quindi questo passo […] non costringe a pensare all'*a.° praescriptis verbis*».

provato in base alla considerazione finale ('*eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet*') che ci si trovi in presenza di rimedio avente la sola funzione di evitare un arricchimento ingiusto da parte del precarista.[482] Tutto lascerebbe pensare, come si è detto e seppur con cautela, a una vera e propria azione contrattuale.

Tenendo ciò presente e tornando alla questione che più ci interessa di Iul. 13 *dig.* da cui abbiamo preso le mosse, pare ragionevole dover concludere che l'attuale versione del brano sia il risultato di un duplice intervento. Un primo intervento maturato in epoca postclassica.[483] Un secondo, avvenuto in sede di compilazione, ove al riferimento alla *incerti condictio* si è aggiunta la precisazione '*id est praescriptis verbis*'.[484]

Né sembra che il contrasto con Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14 e Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11 possa attenuarsi, ipotizzando un impiego della *condictio incerti* circoscritto a specifiche ipotesi applicative, secondo quanto è stato variamente sostenuto,[485] ove si è congetturato un utilizzo contro gli eredi del precarista, con finalità comunque non contrattuali,[486] nel caso in cui nei loro confronti «non fosse possibile esperire altro generale interdetto possessorio»: dovendosi ritenere comunque escluso, per intrasmissibilità passiva, il ricorso all'*interdictum de precario*, stando a Cels. 25 *dig.* D. 43.26.12.1.[487] Impiego che invece non si

---

[482] Così G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 253 nt. 1; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178 («Les mots font penser à une action basée sur l'enrichissement injuste, donc à la *condictio incerti*»); nello stesso ordine di idee («vista non come azione contrattuale ma come azione sanzionante l'illecito arricchimento») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 39 s.

[483] Che l'*actio civilis* non sia una creazione bizantina è opportunamente evidenziato, tra gli altri, da A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 178.

[484] Diversamente sembra piuttosto orientarsi per un'origine glossematica dell'inciso '*id-verbis*' C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 39.

[485] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 38 s.; P. ZAMORANI, *Precario habere* cit., 202; F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 160, in adesione alle conclusioni di Burdese.

[486] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 38 («per questa pratica utilità potrebbe ammettersi che Giuliano concedesse […] in funzione di *condictio possessionis* l'azione civile con formula astratta ed *intentio incerta* da lui proposta nell'editto perpetuo e applicata solo in funzione di azione a sanzione di indebito arricchimento, fuori dal campo contrattuale»).

[487] A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 38 ss.; F. MATTIOLI, *Strumenti processuali* cit., 160 e ivi nt. 21, per quanto la studiosa evidenzi come sul punto le fonti non siano univoche; nel senso della intrasmissibilità passiva pure P. VOCI, *Diritto ereditario* 1^2 cit., 238; diversamente M. KASER, *Zur Geschichte* cit., 131, 133.

sarebbe reso più necessario agli occhi di Ulpiano per la (da lui riconosciuta) trasmissibilità passiva dell'interdetto (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.8), con una soluzione accolta in C. 8.9.2 (Diocl., a. 293), ma ancora negata da Papiniano in Pap. 2 *def.* D. 44.3.11.[488]

In realtà non vi sono apprezzabili elementi per ritenere che il brano si riferisca a questa o altra specifica ipotesi applicativa.[489] Anzi, per una valenza generale depone proprio l'affermazione iniziale '*cum quid*', in un contesto espressivo che non consente di ipotizzare un'applicazione della *condictio incerti* solo in via residuale rispetto alla tutela interdittale.[490]

Neppure si può d'altra parte credere che il ricorso alla *condictio incerti* riguardasse il solo caso di appropriazione della cosa data in precario,[491] come se si trattasse, in sostanza, di una estensione della *condictio ex causa furtiva*:[492] il che spiegherebbe il mancato riferimento nelle testimonianze di Ulpiano e Paolo prima richiamate (Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11, Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14), non avendo l'azione origine dal *precarium* in quanto tale. Valgono le considerazioni di prima circa l'intonazione generalizzante del discorso giulianeo. Peraltro

---

[488] Sul brano vd., con ampio resoconto del dibattito dottrinale e delle principali difficoltà interpretative che esso pone, P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 276 ss.

[489] Così anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 nt. 392: «Die dortigen Erörterungen boten keinen Anlaß auf diesen Sonderfall einzugehen»; P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 142.

[490] Eguale notazione si trova in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 143 nt. 392, ove si osserva come nel brano i due rimedi risultino utilizzabili in egual misura al medesimo fine; così anche P. BIAVASCHI, *Ricerche* cit., 142 («azione semplicemente alternativa all'esperimento dell'interdetto»).

[491] Così («es ist nicht zu übersehen, dass die condictio in der 1. 19 § 2 D. cit. keine eigentliche Rückforderung übertragenen Besitzes z. B. ex causa indebiti bedeutet, sondern in dem eigenthümlichen Falle der „V e r u n t r e u u n g" beim Precarium Platz greift») F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 111; in senso contrario A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandecten* 2.1[2] cit., 509 nt. 23.

[492] M. KASER, RPR I,[2] 595; sulla scia di Trampedach, e sempre in caso di «Veruntreuung» della cosa data in precario, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 nt. 392; non appare chiara la posizione più recentemente assunta da R. FERCIA, *Il fieri* cit., 35, il quale invoca una non meglio precisata analogia con «il rimedio offerto» da Aristone in Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.1.12.2, «al creditore pignoratizio derubato», senza considerare che nel brano di Giuliano l'azione è evidentemente promossa contro il precarista, come d'altra parte non manca di evidenziare l'autore. In Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.1.12.2 abbiamo un creditore pignoratizio (possessore) derubato (cui si concede l'azione), qui avremmo un precarista (possessore) lui stesso autore del furto o per meglio dire dell'appropriazione indebita (contro il quale verrebbe concessa l'azione): le vicende non potrebbero essere più distanti.

non è dato comprendere in cosa avrebbe dovuto consistere in concreto tale appropriazione da parte del precarista.[493] Ogni mancata (e ingiustificata) restituzione avrebbe costituito una condotta assimilabile in qualche modo al furto. Né è chiaro il motivo per cui si sarebbe dovuto far ricorso alla *condictio incerti* quando nei confronti del precarista, autore del furto, si sarebbe potuto agire con l'ordinaria *condictio ex causa furtiva*.[494]

Il fatto che il riferimento alla *condictio incerti*, dallo stesso testo identificata con l'*a.p.v.*, sia da considerarsi spurio assume in ogni caso un rilievo decisamente marginale ai fini della presente indagine, nel senso che non consente di discriminare in alcun modo la linea di intervento seguita da Giuliano rispetto a quella adottata dagli esponenti della giurisprudenza tradizionalmente ritenuti fautori dell'apertura negoziale, visto che anche da parte di costoro fu sempre negato un riconoscimento contrattualistico al precario. Ci saremmo al contrario dovuti stupire se il solo Giuliano si fosse pronunciato in un senso opposto.

4. Giuliano e la tutela dei *contractus sine* (*iure civili*) *appellationibus*. A proposito dell'*actio in quam confugere* di Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3.

Se dunque dall'esame delle testimonianze non è emerso alcun serio elemento che avvalori l'opinione tradizionale, per la concessione di un programma di giudizio con *formula in ius concepta* parrebbe invece più concretamente deporre

D. 19.5.3 (Iul. 14 *dig.*): *in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*[495]

Il passaggio è noto, quanto tormentato.[496] Le principali difficoltà che esso

---

[493] Rimane vago in proposito, ad es., M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 144 nt. 392.

[494] In verità non è neppure chiaro, in concreto, la differenza tra *condictio ex causa furtiva* e *condictio incerti ex causa furtiva*.

[495] '*Quorum nomina nulla*' si legge in J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 43, con una lettura a favore della quale non viene però indicato alcun supporto sul piano della tradizione manoscritta.

[496] Per la letteratura vd. J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio* cit., 42 ss.; A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 253 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 342 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 203; L. D'AMATI, *I 'nova negotia'* cit., 572, per la quale, in particolare, «colpisce l'impiego del termine *appellatio* [...] al posto del più usuale *nomen*»; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit.,

pone sono legate all'individuazione dell'azione alla quale riferire il pronome relativo ('*in quam*').[497]

Nella compilazione di Giustiniano è ragionevole ritenere che, a dispetto della sequenza dei frammenti, questo vada collegato all'*actio civilis in factum* di cui si era discusso poco prima in D. 19.5.1 (*in factum civilis subicitur actio*),[498] più ancora che all'*agere praescriptis verbis* di cui si fa parola nell'immediatamente precedente Cels. 8 *dig*. D. 19.5.2 ('*praescriptis verbis agendum est*'), visto che in tal caso si sarebbe dovuto impiegare l'accusativo neutro '*in quod*' e non '*in quam*' che non può che riferirsi a un soggetto femminile: *actio* (*in factum civilis*).[499]

Non si può essere però altrettanto sicuri che, nel contesto dal quale il brano è stato ricavato, Giuliano intendesse riferirsi, anche se magari con differente formulazione, allo stesso rimedio processuale.[500] Il dato palingenetico purtroppo non è realmente di aiuto nella soluzione della questione, sia che si ammetta

179 ss., 193 s.: «Nell'ambito negoziale […] Giuliano individuava: convenzioni costituenti *contractus*, a loro volta distinti in contratti, *quorum appellationes iure civili sunt*, e contratti privi delle medesime; convenzioni non costituenti, a suo parere, contratti, ma per le quali riteneva di dover accordare un'*actio in factum* in senso stretto (vale a dire con *intentio in factum concepta*) rivolta all'adempimento. Abbiamo, in definitiva, tre categorie di convenzioni (per l'esattezza due categorie, di cui una distinta in due sottocategorie)»: per la verità l'impostazione risponde a una personale valutazione di Gallo, non essendo il discorso improntato da parte di Giuliano in termini di sistema di *conventiones*; per di più lo stesso tipo di considerazioni potrebbero ripetersi per qualsiasi giurista che ammettesse la configurabilità di fattispecie contrattuali al di fuori dei prestabiliti modelli edittali; sempre sul brano vd. A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 527; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 s.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34, 75 ntt. 244, 247.

[497] *Ad quam*, secondo le edizioni più antiche.

[498] Così A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141.

[499] Sconnessione sul piano logico-grammaticale da addebitarsi ai compilatori secondo M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 e ivi nt. 410, ove si suggerisce di correggere in '*in quod*', con una proposta che non pare però persuasiva.

[500] Interrogativo che naturalmente non sussisteva per gli autori meno recenti, per i quali era pacifico il riferimento qui all'azione contrattuale atipica (*a.p.v.*, *a. civilis in factum*): in questo senso si veda ad es. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. LL. 2-4*) 646; ancora sino alla metà circa del XIX sec., vd., in aggiunta agli autori indicati *supra* cap. I, nt. 31, K.A. SCHNEIDER, *Die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts*, Rostock 1834, 43 s.; M. ORTOLAN, *Prolegomenos del derecho romano. Esplicacion historica de la instituta del emperador Justiniano*, Madrid 1847, 146; T.L. VON HELMOLT, *Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast*, Gießen 1852, 193; W. SMITH, *Greek and roman Antiquites*,[2] London 1853, 820; C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 309 s. nt. 18.

un originario riferimento ai contratti di mandato o *societas*,[501] sia che si propenda per il titolo *de aestimato*, secondo una congettura avanzata da Lenel, ma abbandonata dallo stesso autore una volta riconsiderata la possibilità di una presenza di tale azione all'interno dell'editto.[502]

Di fronte a tale incertezza, in molti avevano supposto che in origine il pronome relativo *in quam* potesse alludere, piuttosto, a un'*actio in factum* (*concepta*), e che a questa occorresse ricorrere in assenza di specifici rimedi processuali.[503] Circostanza non categoricamente esclusa neanche da Burdese,[504] il quale riteneva tuttavia più verosimile un riferimento al modello dell'*actio in factum* (*praescriptis verbis*) labeoniana da concedersi «a somiglianza dei contratti consensuali, e quindi con *intentio* di buona fede».[505]

Contro l'eventualità che qui Giuliano intendesse riferirsi ad azione con *formula in factum* ai sensi di Gai 4.46, pare però deporre il seguito del discorso giulianeo, e in particolare il tratto '*quotiens contractus existunt, quorum* rell.'.

Riesce infatti estremamente difficile ammettere che Giuliano proponesse di

---

[501] O. LENEL, Pal., Iul. 223-232 [*Mandati vel contra*], 233-237 [*Pro socio*], 238-239 [*De aestimato*]: sulla questione vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 s. e ivi nt. 414, il quale osserva come il dato palingenetico sia perfettamente coerente con un riferimento all'*agere p. v.*, occupandosi appunto Giuliano nel *l.* 14 *dig.*, di azioni *ex fide bona*, il cui programma di giudizio si prestava a essere modificato mediante l'inserimento di *p. v.*, come nei casi gia affrontati di Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24 e Ulp. 30 *ad Sab*. D. 19.5.13.1.

[502] Così O. LENEL, *Pal.* 1.358; *contra* vd. però lo stesso autore in ID., EP,[2] 290 nt. 11; da escludersi una connessione con l'*a. de aestimato* anche secondo P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 342: «a meno che si dimostri che l'ordine tenuto da Giuliano nei *Digesta* fosse a questo punto diverso da quello seguito da Ulpiano e da Paolo».

[503] Contro la concessione dell'azione civile da parte di Giuliano vd. già P. VERNET, *Textes choisis* cit., 103 nt. 1, per il quale Giuliano avrebbe inteso qui riferisi sia all'*a. de dolo* sia all'*a. in factum* (pretoria): «Il est certain que Julien en s'exprimant ainsi entendait parler soit de l'*actio de dolo*, au cas de dol, soit de l'action *in factum* prétorienne dans le cas contraire»; J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 80, 85; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 342 s.; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 239; un collegamento con l'*actio in factum* («il est donc fort probable que notre texte se référait aux actions *in factum*») si trova in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 96, il quale pensava però, come si è più volte precisato, a un'azione *in factum* (*concepta*) *utilis*: al riguardo vd. in particolare *supra* cap. I § 2.

[504] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141 («potrebbe nell'originale anche essere stato riferito alla semplice *actio in factum*»); per l'azione pretoria vd. più recentemente G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 81 s.

[505] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 141, ove si segnalava, sempre a sostegno di un'adesione di Giuliano alla teorica contrattuale labeoniana, il già esaminato Afr. 8 *quaest*. D. 19.5.24; ID., *I contratti innominati* cit., 79. Per la concessione dell'azione civile vd. gli autori citati *infra* in nt. 555.

concedere un'*actio* con formula *in factum concepta* a tutela di ipotesi atipiche da lui espressamente configurate come *contractus*,[506] e dunque attraverso una qualificazione dogmatica che dovrebbe diversamente e più coerentemente orientare verso l'adozione di un modello di giudizio diretto al conseguimento dell'interesse positivo, piuttosto che verso un modello processuale che, come si è più volte osservato, era diversamente congegnato per operare al di fuori di una logica propriamente contrattuale, e la cui concessione muoveva anzi dal presupposto che un contratto non vi fosse.[507]

Difficoltà che non è evidentemente sfuggita alla dottrina interpolazionistica, la quale aveva coerentemente suggerito di considerare spurio il passaggio in questione,[508] insospettita anche dall'intonazione generalizzante dell'affermazione giulianea,[509] con una proposta che è stata raccolta anche da parte di studiosi lontani dagli eccessi della critica interpolazionistica,[510] pure in tempi a noi più recenti.[511] Tale soluzione appare però scarsamente condivisibile,[512] se non altro perché a essa si accompagnano conseguenze che si rivelano decisamente inaccettabili sul piano della tenuta complessiva del passo.

L'unico vero risultato che si otterrebbe, infatti, espungendo il tratto incri-

---

[506] Negli stessi termini F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 183.

[507] Così («l'*actio in factum* nega per implicito l'esistenza di un "*contractum*"») E. BETTI, *Sul valore* cit., 39; una incompatibilità tra la categoria del contratto e una «protezione processuale con *formula in factum*» si coglie anche in M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 37, 47; con una posizione ribadita in ID., *Actio civilis in factum* (2006) cit., 240; ulteriori indicazioni *supra* cap. II, nt. 262.

[508] «Ragionamento bizantino» secondo P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 343; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 359.

[509] P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 343.

[510] Così ad es. («risulta che Iul. 19.5.3 non poteva dire "contractus" nel testo genuino») E. BETTI, *Sul valore* cit., 39, per il quale, come si è appena visto (nt. 507), doveva ritenersi inammissibile l'accostamento dei negozi tutelati con azione pretoria alla categoria del contratto.

[511] Ritiene «non giulianeo il riferimento al *contractus*» A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 243.

[512] Per la genuinità vd. F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 183; H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 452, 463, ove anzi si adduce il brano quale esempio di un impiego da parte di Giuliano del termine *contractus* al di là dei soli tipi edittali, a differenza (ad es.) di Gaio che sempre per un caso di fattispecie contrattuale atipica (Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22) avrebbe piuttosto preferito ricorrere alla terminologia del *negotium*; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., 265 ss., che pure è tra quanti dubitano del ricorso da parte di Giuliano all'azione civile (*supra* cap. II, nt. 170); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 s.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34 e in particolare 75 nt. 244.

minato sarebbe quello di condannare il passo a una assoluta genericità, facendo venir meno ogni referente in grado di precisare i limiti di operatività dell'affermazione '*in quam necesse est confugere*', la quale da sola si rivelerebbe eccessivamente vaga, rimanendo assolutamente incerto in quali casi si potesse fare concretamente ricorso all'indicato rimedio processuale. Si deve del resto considerare che i commissari non avrebbero avuto un'apprezzabile ragione per alterare il brano giulianeo, disponendo già di un considerevole numero di frammenti in cui veniva evocato il ricorso all'*a.p.v.*, o comunque all'azione civile di adempimento.

Né d'altra parte il testo si presta alla generalizzazione paventata da parte della dottrina. Giuliano in effetti non stava certo qui affermando che, ogni qual volta ci si trovasse in presenza di un'operazione negoziale non edittalmente prevista e astrattamente in grado di dar vita alla costituzione un rapporto obbligatorio tra le parti, occorresse necessariamente ricorrere all'azione in questione (qualunque essa fosse). Piuttosto il giurista si limitava a proporre il ricorso a tale azione nelle sole ipotesi in cui l'indicata operazione presentasse carattere contrattuale.[513] Non si tratta dunque di applicazione generalizzata. Perlomeno, non più di quanto non lo fosse l'impiego dell'*a. civilis incerti* (*id est praescriptis verbis*) da parte di Aristone e dei suoi seguaci, del quale oggi nessuno più dubita. Semmai ci sarebbe meglio da valutare in che modo l'idea di un ricorso a un preciso e unico modello processuale vada coordinata con la prospettiva, oggi sempre più accreditata, che riconduce il fenomeno dell'atipicità contrattuale all'interno di un quadro di tutele diversificato, caratterizzato da una pluralità di forme di intervento, rispondenti alla specificità delle deviazioni dallo schema causale o regolamentare standard che, per tipologia ed entità, avrebbero potuto di volta in volta presentarsi.

4.1. (continua) Azione pretoria e contratto: coerenza o antitesi. A proposito di una nota tesi di Voci.

Rimane, come si diceva, il problema della compatibilità tra *actio in factum* e *contractus*, il quale, com'è evidente, non fa altro che riproporre, in una prospet-

[513] Alle stesse conclusioni arriva in sostanza («Man kann die Aussage […] so verstehen, daß Julian […] allgemein die Möglichkeit eines *agere praescriptis verbis* bejaht, keineswegs aber dessen Anwendung in jedem Zweifelsfall») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 148 e ivi nt. 416.

tiva più ristretta, la più generale e ampia questione dei rapporti tra *obligatio* e *ius honorarium*. Da questo punto di vista non occorre certo ricordare come la dottrina abbia da tempo preso le distanze dall'idea tradizionale che delimitava il concetto stesso di *obligatio* ai soli rapporti di *ius civile*, e che per tale ragione avanzava serie riserve sulla classicità della categoria delle *obligationes honorariae* posta come una dei due estremi della *summa divisio* di I. 3.13.1.[514]

Risolutivi, per un allargamento della sfera dell'*obligatio* al settore del diritto

[514] Così per certi versi, ma senza in realtà le estremizzazioni che sarebbero in seguito emerse nel pensiero di altri autori (vd. *infra* in questa stessa nt.), S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 134 s. e soprattutto nella densissima e amplissima (135-142) nt. 1, ove l'autore si pronuncia per l'origine bizantina di I. 3.13.1, respingendo in particolare l'ipotesi (di Ferrini) che vorrebbe far risalire al Gaio delle *res cottidianae* la frase '*Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut honorariae*'; con cautela («So ist im Forderungsrecht möglicherweise der Ausdruck Obligatio nicht gleichmässig für zivile und prätorische Schulden gebraucht worden») L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 58 s.; nel senso di una perimetrazione dell'*obligatio* all'interno dei rapporti di *ius civile* vd. soprattutto V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio* cit., 37 ss., 45 ss.; di «curiosissimo intruglio» discute lo stesso studioso in ID., *D. 44.7.25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges Cornil* 1 cit., 86; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 314 s. nt. 1; E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria*, in RIL 59, 1926, ripubblicato in ID., *Studi di diritto romano* 3. *Le obbligazioni*, Milano 1936, 19 ss., con l'aggiunta di un'utile nota d'apertura (asteriscata), in cui l'autore fa una rapida sintesi dell'accoglimento in dottrina della propria tesi e di quella opposta di Segrè; ID., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in RIL 59, 1926 = ID., *Studi* 3 cit., 97 s.; B. BIONDI, *Corso* 2 cit., 320; bolla come «prodotto» della dogmatica postclassica la figura dell'*obligatio honoraria* («qualifica contraddittoria»), in un contesto in cui sarebbe andata smarrita la distinzione fra *obligatio* e *actione teneri*, E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 75 s. Sulla questione se debba farsi risalire a Perozzi, o piuttosto ad Arangio-Ruiz, la formulazione della tesi di una rigorosa delimitazione dell'*obligatio* romana allo *ius civile* in senso stretto, e dunque all'insieme di rapporti per i quali si potesse prospettare una situazione giuridica soggettiva (passiva) espressivamente traducibile in un *dare facere praestare oportere*, vd., per una condivisibile attribuzione al secondo, E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 22 s. Basterebbe del resto leggere il pensiero di Perozzi, al di là di certe affermazioni iniziali («La vecchia obligatio romana, essendo un concetto sociale, è sempre civilis»), per rendersi conto come il punto di vista dello studioso italiano fosse sul punto assai moderato: S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 134 s. («L'obbligo giuridico è in quelle date condizioni la causa per la quale la civitas riconosce che c'è un asservimento. Che sia il diritto civile che impone l'obbligo, o che sia il diritto pretorio importa poco; l'asservimento esiste ugualmente dinanzi al diritto della civitas, quindi è sempre in questo senso civilis. Perciò i classici parlano di obbligazioni che godono di azione civile o di azione pretoria, di persone obbligate civili actione o honoraria actione, di essere obbligati e di un "debere" per diritto civile e pretorio». Per una opportuna distinzione tra le posizioni dei due studiosi vd. pure G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari, nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930, 502 ss. e ivi nt. 7.

pretorio, furono gli esiti di un magistrale studio condotto da Gino Segrè nei primi decenni del secolo passato,[515] che veniva a suggellare un percorso di ricerca che già da un decennio aveva visto impegnato l'illustre studioso in una difficile messa a punto di concetti come *obligatio*, obbligazione, obbligo e dei rapporti che questi avevano con la categoria dei diritti soggettivi assoluti.[516] Com'è ben noto, a riportare l'attenzione sul tema erano state le indagini di Perozzi, il quale, nell'ambito di una più generale critica mossa all'articolazione del sistema dei rapporti giuridici soggettivi ed in particolare allo statuto dogmatico della categoria dei diritti reali,[517] aveva (tra le altre cose) finito per attribuire ai maestri bizantini l'origine dell'antitesi tra obbligazioni e diritti reali, ignota ai giuristi classici.[518] Antitesi che, con le stesse incongruenze sarebbe poi transitata, per il tramite dei glossatori, nel pensiero giuridico moderno. E, non senza paradosso, fu proprio nel quadro di una ricerca che si preoccupava fondamentalmente di ristabilire le posizioni della dottrina tradizionale che Segrè si trovò, per altro verso, ad allontanarvisi per ciò che riguarda il tema del rapporto *obligatio-ius civile*. Vennero così messe in seria discussione le risultanze dell'orientamento allora dominante, trovando l'autore nelle fonti ampie conferme all'idea che già in epoca classica si fosse infranto l'esclusivismo dello *ius civile* rispetto ai rapporti dell'*obligatio*,[519] con risultati che hanno trovato via via sempre più ampia acco-

---

[515] G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 500 ss., 520 ss., 577 ss., 592 ss., 610 ss., con indicazioni della letteratura precedente (505 nt. 13).

[516] A partire dal Corso di diritto romano tenuto nell'AA. 1919-1920 presso l'Università di Torino, dal titolo '*Sull'antitesi dei diritti reali e delle obbligazioni*' (Torino 1920).

[517] S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 16 ss., 22 s., 23 nt. 1; ID., *Istituzioni* 1 cit., 378 ss.; ID., *Istituzioni* 2^2 cit., 110 ss., con argomentazioni in larga misura condivisibili, per lo meno sul piano della pura ricostruzione teorica: soprattutto per ciò che concerne l'abituale ricostruzione del diritto reale come diritto o potere immediato sulla cosa.

[518] Così, in particolare, il notissimo Paul. 2 *inst.* D. 44.7.3 '*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Al riguardo vd. appunto S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 8 ss. e ivi nt. 1 («Tirate le somme, io direi quindi che l'antitesi fra obbligazioni e diritti reali è bizantina […] i classici conoscono un'antitesi, ma è soltanto tra azioni in rem e azioni in personam»).

[519] Pur con qualche riserva, va detto, per ciò che riguarda certe espressioni come *obligatio honoraria* o *praetoria*: G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 577 nt. 209 («Che il pretore non possa *constituere obligationes*, potrà adunque servire, caso mai, soltanto come argomento per negare che i giuristi classici parlino di *obligatio honoraria*, non di *obligatio*»), 599 s. e ivi nt. 291 («Sono disposto anche a ritenere col Perozzi non classica la contrapposizione tra *obligationes civiles* e *honorariae* o *praetoriae* e, fors'anche costantemente, insitizia la locuzione *obl. praetoria* o *honoraria*»), 612: in

glienza in dottrina[520] e che già all'epoca avevano sortito l'effetto di indurre

proposito vd. anche *infra* nt. 524. Si deve da altro punto di vista però far notare come non tutti gli argomenti addotti dallo studioso appaiono in effetti probanti o corretti. Ciò vale ad es. per il richiamo a Gai 3.209 e 4.189 (sic): G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 594: «Gaio parla di *obl.* tanto in casi di formula fittizia (IV, 172), come di formula *in factum* (III, 209; IV, 189)». Al di là dell'erronea citazione di Gai 4.189 (l'opera, com'è noto si conclude col § 187), la quale non consente di individuare il brano cui intendesse riferirsi lo studioso, si deve osservare come in Gai 3.209 non si trovi il riferimento al profilo dell'*obligatio* o dell'*obligari* invocato invece dall'autore (Gai 3.209 '*Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. quis enim magis alienam rem inuito domino contrectat quam qui ui rapit? itaque recte dictum est eum improbum furem esse; sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur ui bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli [actio], post annum simpli. quae actio utilis est, etsi quis unam rem licet minimam rapuerit*'). Non convincente appare peraltro anche la replica (595) all'interpretazione di Arangio Ruiz e Albertario rispetto a Gai 4.2, la quale finisce (in realtà) per trasferire su un astratto piano sostanziale (fondamento sullo *ius civile* in senso stretto) argomentazioni che, nel pensiero di entrambi gli studiosi, erano invece rigorosamente legate alla *conceptio verborum* formulare. L'intento era chiaramente quello di sfruttare la natura ibrida delle azioni con trasposizione di soggetti e fittizie (che sono certo azioni di creazione pretoria e non dunque di «vero *ius civile*», ancorché non *in factum*): «Se dunque da quel testo si vuol desumere che il termine *obl.* sia circoscritto al vero territorio del *ius civile*, quando [è] l'obbligato è convenuto colla formula in *oportere*, ogni azione onoraria sarebbe esclusa, e non solo quella con formula *in factum*». È appena il caso di osservare che anche in tali applicazioni sarebbe stato però rispettato il criterio formale (della formulazione dell'*intentio*: *quibus dari fieri oportere intendimus*) invocato, come si è detto, sia da Arangio Ruiz sia da Albertario.

[520] B. BIONDI, *Contratto* cit., 100; M. KASER, *'Ius honorarium'* cit., 14: probabilmente a partire da Gaio («*Obligari*, *obligatio* sind, angewandt auf prätorische Verbindlichkeiten, erstmals vermutlich bei Gaius belegt»); G. GROSSO, *Osservazioni sulle vicende della terminologia giuridica*, in *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, Milano 1943, 24 ss.; ID., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino <1944>, 38 ss.; ID., *Obbligazioni*[3] cit., 9; ID., *Il sistema*[3] cit., 70 s.; C.A. CANNATA, v. *Obbligazioni* cit., 412 s. nt. 15, 423, il quale osserva come «nel linguaggio dei giuristi non si assiste a una vera separazione sostanziale tra i doveri relativi fondati nel diritto civile o nel diritto pretorio»; ancora più recentemente R. SCEVOLA, *'Obligamur lege' (Mod. 2 reg., D. 44.7.52 pr.). Alle radici di un problema antico e moderno*, in G. LUCHETTI (a cura di), *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea. Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano* (Bolonia-Rávena, 25-28 de marzo de 2015), Bologna 2016, 713; soprattutto R. CARDILLI, *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in AUPA 61, 2018, 11 ss., che pensa a un processo di «attrazione» avviatosi già con Sabino e Cassio e probabilmente «facilitato» dalla stabilizzazione dell'editto perpetuo; a livello manualistico vd. A. GUARINO, *Diritto privato romano*,[11] Napoli 1997, 780, per il quale si potrebbe registrare tutt'al più una tendenza da parte della giurisprudenza classica ad avvalersi della locuzione '*teneri honoraria actione*' per qualificare i rapporti tutelati dal *ius honorarium*. Una resistenza alle conclusioni di Segrè si trova invece in E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 21 nt. * («Io credo di poter tenere ferma la mia intransigenza»); e ancora più tardi in E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 75 ss.

Arangio-Ruiz ad assumere un atteggiamento di maggiore cautela, sfumando talune dichiarazioni ritenute forse troppo perentorie.[521] Sicché può senza dubbio affermarsi che oggi la critica respinge con decisione la diagnosi radicale di interpolazione di *obligatio* e *obligari* in tutti quei passi in cui essi si trovano adoperati con riferimento a rapporti ricadenti nell'ambito del diritto onorario,[522] come nel caso del notissimo Mod. 2 *reg.* D. 44.7.52 pr. ('*obligamur iure honorario*').[523] Semmai qualche riserva è rimasta in relazione alla genuinità dell'artico-

[521] Si veda appunto V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,[3] Napoli 1934, 278 («i giuristi non sogliono usare la parola *obligatio*»), rispetto al più netto giudizio espresso nelle edizioni precedenti («L'uso della parola *obligatio* è dai giuristi romani scrupolosamente evitato»); l'osservazione risale a E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 21 nt. *; al riguardo vd. pure E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 74 nt. 3.

[522] Per la diagnosi interpolazionistica vd., per tutti, E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 21 nt. * («Quando […] i testi generalmente riconosciuti interpolati costituiscono una massa considerevole […] quando la distinzione tra *obligatio civilis* e *obligatio honoraria* o *praetoria* si riconosce di origine postclassica […] il sospetto su tutti i testi che adoperano *obligatio*, *obligare*, *obligari* per indicare un *teneri honoraria actione* è inevitabile»). Tra gli argomenti più significativi addotti dall'autore a sostegno dell'estensione bizantina dell'*obligatio* al di là dei rapporti di *ius civile* (23 s.), vi è, com'è noto, il raffronto testuale tra Gai 4.2 ([…] *qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*) e il corrispondente I. 4.6.1 («qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio […] per quas intendit adversarius dare aut facere praestare oportere *et aliis quibusdam modis*). Sospetti sull'inciso si trovano in verità anche in G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 548, 598. Sulla rispondenza tra Gai 4.2 e Gai 4.106-107 vd., con diverse conclusioni, G. SEGRÈ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*. *Corso di diritto romano 1924-1925*, Torino 1926, 80; ID., *Obligatio* cit., 552 nt. 143, 596 s.; E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 26 ss., per il quale «i §§ 106-107 non conservano il genuino pensiero gaiano».

[523] Per l'interpolazione V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44.7.25 § 1* cit., 86; E. ALBERTARIO, *La cosiddetta obligatio honoraria* (*Studi* 3) cit., 28; tendeva piuttosto a svalutare il rilievo del brano di Modestino («Un giurista tardo come Modestino può anche aver scritto "*obligamur iure honorario*"; ma è chiaro che si tratta di linguaggio improprio e senza rigore tecnico») E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 76. Per la genuinità dell'*obligari iure honorario* nel brano di Modestino, vd. diversamente G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 523 s., il quale, alla luce del successivo § 6, non escludeva che all'affermazione di carattere generale potesse seguire, a livello esemplificativo, un più specifico riferimento alle situazioni obbligatorie che venivano a costituirsi nell'ambito della procedura interdittale: «E forse potrà parere non troppo audace la congettura che Modestino dicesse qui, a un dipresso: *iure honorario obligamur*, *scilicet* (o *ut putat*), *ex interdictis, quibus a praetore aut a proconsule aliquid fieri praecipitur aut fieri prohibetur*»; C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 70; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* II, Torino 2008, 92 ss., 101 ss., con dubbi sulla genuinità complessiva del frammento che colpiscono soprattutto i §§ 1-8, ritenuti di origine glossematica, ma che non mettono in discussione il riferimento all'*obligari iure honorario* presente nel pr., per quanto l'autore (al pari del *lege obligari*) finisca in pratica per

lazione in *obligationes civiles aut praetoriae* che si legge nella *summa divisio obligationum* di I. 3.13.1, che già a Segrè parve rispondere a intenti di ordine sistematico maturati in ambiente postclassico-giustinianeo,[524] per quanto non siano mancate, anche recentemente, aperture in favore della genuinità del testo.[525]

---

restringerne significativamente l'ambito alle sole obbligazioni da delitto; ID., *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PICHONNAZ (a cura di), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Genève-Zürich-Bâle 2009, ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti* 3 cit., 18, anche qui con un giudizio molto severo sullo stato del testo («compare nel Digesto in uno stato miserando»), ma che ancora una volta non coinvolge il tratto in questione; G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 70 s.; P. LEPORE, *Rei publicae polliceri. Un'indagine giuridico-epigrafica*,[2] Milano 2005, 140; R. SCEVOLA, *'Obligamur lege' (Mod. 2 reg., D. 44.7.52 pr.)* cit., 701 ss., 712 e ivi nt. («l'impianto divisorio confezionato dal giurista tardoseveriano ha il merito […] di avere superato quella concezione ristretta secondo cui l'*obligatio* sarebbe gelosamente appartenuta al *ius civile*»), ove semmai si avanzano riserve sull'eventualità (prospettata da Segrè) che il § 6 si riferisse in origine a obbligazioni *ex interdictis*, propendendo piuttosto per la natura glossematica; sempre per la genuinità dell'*obligari iure honorario* vd. L. KOFANOV, *Le fonti delle obbligazioni secondo Modestino (D. 44.7.52)*, in L. VACCA (a cura di), *Dai giuristi ai codici. Dai codici ai giuristi. Convegno ARISTEC Roma 20 febbraio 2012*, Napoli 2016, 37 ss., ove si suggerisce una connessione con la nozione di *variae causarum figurae* di Gaio (40: «Queste ultime parole di Gaio corrispondono con *obligari lege aut iure honorario* di Modestino»). Non prende espressamente posizione sulla questione C. CASCIONE, *Consensus* cit., 444 s., in un contesto in cui si sollevano però diversi dubbi sulla genuinità complessiva del pr. del brano di Modestino e in cui si denuncia, comunque, uno scarto di prospettiva per «le tipologie *aut lege aut iure honorario aut necessitate*», passandosi da una visione di tipo negoziale (legata all'autonomia privata) a una di tipo «"ordinamentale"». Per una panoramica generale sulla questione vd. ancora utilmente M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., 17 s.

[524] G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 600 s. nt. 291 («si può arguire con buon fondamento che la distinzione si riferisse alle *actiones*»); senza che occorra naturalmente citare tutti coloro che hanno (più radicalmente) contestato l'estensione della nozione di *obligatio* allo *ius honorarium*, per l'origine compilatoria ci limitiamo qui a segnalare C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell"obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio* 1, Milano 1978, 148; G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 70 ss.

[525] G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 118 ss., il quale respinge con decisione («senz'altro infondata») l'attribuzione dei *duo genera obligationum* a uno dei compilatori delle *Institutiones*, ritenendo del tutto inverosimile che questi «avesse autonomamente escogitato una *divisio* su un relitto storico qual era ormai, il dualismo tra *ius civile* e *ius honorarium*» e prospettando per contro una derivazione dalle *res cottidianae*; sempre per la classicità R. CARDILLI, *Sul problema* cit., 31 s.; in questo senso già M. KASER, *'Ius honorarium'* cit., 14 nt. 48, che, sulla scia di Ferrini (C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR 13, 1901, 172 s.), pensava a una derivazione dalle *res cottidianae*; di «decisa impronta gaiana» discute egualmente G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 600 nt. 291; sembrebbe pensare a sviluppi classici maturati in età severiana, grazie al contributo di Ulpiano (Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1) e dell'allievo Modestino, S.

Va da sé che questa estensione della nozione di *obligatio* alla sfera dello *ius honorarium* ha avuto l'ulteriore effetto di indurre gli studiosi a interrogarsi sull'opportunità di una ridefinizione della connessa categoria del contratto, essendo lo stesso, per l'appunto, atto costitutivo di rapporti obbligatori. Che il termine *contractus* fosse impiegato dai giuristi romani per indicare non solo l'atto lecito fonte di *obligatio* basantesi sul *ius civile*, ma anche l'«atto (lecito) fonte di obbligazione […] secondo il diritto pretorio», è ipotesi sostenuta soprattutto da Voci,[526] non senza qualche precedente spunto in dottrina.[527]

Ma in effetti questa estensione, se indubbiamente sembra sorretta da una plausibile giustificazione sotto un profilo prettamente logico-giuridico, per le ragioni appena indicate, non trova però i necessari riscontri di carattere testuale, per cui ci sembra vada difesa l'idea che fa del contratto una categoria strettamente civilistica e dunque legata all'adozione di rimedi processuali della stessa natura.[528]

TONDO, *Classificazioni* cit., 52 s., per quanto l'autore si limiti a una valutazione generale del brano, senza entrare nel merito del tema dell'*obligari iure honorario*.

[526] P. VOCI, *La dottrina* cit., 21 s.; ID., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, in *Scritti Ferrini*, Milano 1946, 385 ss.; una cauta apertura in tal senso si registra («Doch hat man den Sprachgebrauch von *delictum* und vielleicht auch von *contractus* auf honorarrechtliche Verbindlichkeiten erstreckt») anche in M. KASER, RPR I,[2] 524 e ivi nt. 17, per quanto l'autore basasse integralmente le proprie conclusioni sul caso del pegno, considerato dai giuristi romani come un contratto pur in assenza di azione civile: conclusione che sarebbe stata però abbandonata negli studi successivi. A tal fine lo studioso adduceva Gai. 2 *aur.* D. 44.7.1.6 '*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur*' (= I. 3.14.4), brano che non sembra in verità avere la forza probatoria che si era voluto in quell'occasione attribuirgli; in termini ancor più netti, esclude una delimitazione del concetto di *contractus* (da parte di Gaio) allo *ius civile* («non può essere accolta») G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 16 s., 71, 119, 166 e ivi nt. 1, che pure giudica per altro verso eccessiva la teorizzazione, da parte di Voci, di una «dottrina generale del contratto nel diritto pretorio».

[527] Così C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 54 s., in un ordine di idee che, come si è avuto modo in più occasioni di evidenziare (soprattutto Cap. I § 2), tende a distinguere tra *actiones in factum* (*utilis*) contrattuali e *actiones* pretorie in senso stretto. Poco più che un dubbio può rinvenirsi anche in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 317 nt. 1 («ove si ritenga vero, ciò che peraltro devesi ancora dimostrare, che il *contratto* […] è un categoria civilistica»).

[528] In questo senso A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 196, 219 s. («Es ist aber stets beschränkt auf die mit a. civilis klagbaren Vertragsverhältnisse»); («Das Wort gehört der zivilrechtlichen Systematik an») L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 146 s. e ivi nt. 32, ove si faceva peraltro notare l'assenza del termine all'interno dell'editto («dem Edikt fehlt es fast gänzlich»); a questi vanno naturalmente aggiunti gli autori indicati *supra* in nt. 514, con esclusione, come si è appena osservato, di de Francisci.

Del resto, se si fa eccezione per Iul. 14 *dig*. D. 19.5.3, le uniche testimonianze che lo studioso era in grado allora di invocare a sostegno della propria tesi erano Pap. 27 *quaest*. D. 19.5.8[529] e Pap. 11 *resp.* D. 19.5.9.[530] Brani, peral-

[529] Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8: *Si dominus servum, cum furto argueretur, quaestionis habendae causa aestimatum dedisset neque de eo compertum fuisset et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset sive in admisso deprehensus fuisset: tunc enim et datam aestimationem reddi a domino oportere. Sed quaesitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset. Dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, 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., con diagnosi interpolazionistica («stark interpoliert»), A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 90 nt. 2; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 303; V. GEORGESCU, *'Lex contractus'. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain* 1, Bucarest-Paris 1940, 241 ss.; di recente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 282 s. Per la genuinità vd. già E. BETTI, *Sul valore* cit., 35, che si limita semplicemente ad espungere le parole *praescriptis verbis* (corrispondenti, queste, al nome bizantino dell'azione: in proposito vd. *supra* cap. I § 4); più recentemente G. MACCORMACK, *Contractual Theorie* cit., 144; J. KRANJC, *Die actio* cit., 448 nt. 41; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 49; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 286 ss., che pensa a un'applicazione in via utile, mediante *praescripta verba*, della *condictio* (o *actio civilis*) *incerti*; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 215 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 234; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 27 s., 70 nt. 197.

[530] Pap. 11 *resp.* D. 19.5.9: *Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur aut condemnatio sequetur*. Uncina l'intero tratto da *incerti actione* sino a *sequetur* P. VOCI, *La dottrina* cit., 271, su cui vd. *infra* nt. 533; sempre per una diagnosi interpolazionistica vd., con una critica che colpisce anche il riferimento al termine *contractus*, G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163 s., ove tuttavia non si esclude del tutto la genuinità del tratto finale, a partire dalle parole *iudicis officio*, se intese con riferimento alla *condictio certae pecuniae*; negli stessi termini, anche per ciò che riguarda il riferimento al contratto («fa specie il termine contractus riferito ad una convenzione di questa natura»), P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 238 ss.; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 312 s.; più recentemente B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York 1974, 40 ss. Per la classicità vd., seppur con significative divergenze in relazione alla concreta individuazione del modello di azione contrattuale adottato da Papiniano, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 49 s. (*a. civilis incerti*); F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 288 ss. (estensione in via utile dell'*a. de aestimato*); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 218 ss.; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 43; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 119 s. nt. 118 (con critica al punto di vista di Gallo), 366 nt. 408; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 27. Per la genuinità e nel senso di un'identificazione dell'*a. incerti* con l'*a.p.v.*, vd., ancor prima, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 256 ss., che pure non escludeva, sempre in base a Ulp. 39 *ad ed.* D. 12.4.4, il ricorso alternativo alla *condictio*: il brano serviva allo studioso francese per sostenere la natura arbitra-

tro, tutt'altro che decisivi, visto che la qualificazione in termini contrattuali di entrambe le fattispecie affrontate da parte di Papiniano –'*si tamen lex contractus non lateret*' (Pap. 27 *quaest*. D. 19.5.8), '*si fidem contractus non impleat*' (Pap. 11 *resp.* D. 19.5.9) – si riferisce a ipotesi per le quali il giurista severiano finiva per ammettere il ricorso all'azione civile: '*praescriptis verbis incerti et hic agi posse*' in Pap. 27 *quaest*. D. 19.5.8; '*incerti actione tenebitur*' in Pap. 11 *resp.* D. 19.5.9.

Così come lo stesso varrebbe per Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr. (*tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*)[531] da Voci giudicato però non genuino anche nel riferimento al contratto.[532]

Se l'autore ha ritenuto di poter fare affidamento su tali testimonianze, quali elementi di prova della supposta estensione della sfera contrattuale al di là dei ristretti confini del *ius civile*, è solo perché, operando sul presupposto di una tu-

---

ria dell'*a.p.v.*; in difesa del testo, e sempre per un'identificazione con l'*a.p.v.*, anche A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 207 nt. 5.

[531] Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr.: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

[532] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 21; così già («è frase sbalorditoia per un classico») S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 129 nt.; non meno severo il giudizio di P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 311 ss.: («la solita frase bizantina […] qui grottesca nella forma (*proprius*)»; più recentemente M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana* cit., 483 s., che sul piano della soluzione processuale pensa a un impiego della rivendica o di azione *in factum* pretoria; ID., *Labeone* cit., 68 s., ove semmai si prende in considerazione un possibile ricorso all'*a. mandati*. Salvo piccoli interventi formali, il brano è giustamente da tempo ritenuto genuino. Non muovono rilievi alla testimonianza P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 187 nt. 104; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 91 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 134 ss.; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 133; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 180 ss.; per la classicità della soluzione anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 85 s. e ivi nt. 96, per quanto lo studioso non sembri escludere del tutto l'ipotesi di un'origine glossematica («wenn er nicht sogar ein Glossem ist […] nicht unwahrscheinlich»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 115; C. PELLOSO, *Le origini* cit., 55 nt. 113; A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit., 57 ss.; E. SCIANDRELLO, *'Nomen contractus'* cit., 4 ss. Discussa rimane piuttosto la paternità dell'espressione '*quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*'. Si orientano per un'attribuzione a Ulpiano P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 187 nt. 104; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 115; propendono diversamente per il giurista augusteo A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 92 e ivi nt. 99, per il quale si spiegherebbe così anche la cautela con cui la soluzione è formulata; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 147 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 180 ss.; E. SCIANDRELLO, *'Nomen contractus'* cit., 6.

tela esclusivamente onoraria per i contratti atipici, ha potuto agevolmente disfarsi, non senza peraltro incongruenze,[533] dei riferimenti all'*actio praescriptis verbis* (*civilis incerti*), la cui classicità appare oggi però fuori discussione.

Né d'altra parte ci sembra che in favore dell'invocato uso di *contractus* non circoscritto al *ius civile* si possa fare realmente affidamento su Cels. 3 <8> *dig*. D. 12.4.16. In particolare non ci pare proprio si possa seguire l'autore nell'affermare che Celso qualificherebbe *contractus* un «negozio sfornito di tutela civilistica»,[534] o peggio che «Celso adopera il termine contratto nell'ambito del contratto innominato».[535] Ci si può semmai porre l'interrogativo se Celso inquadrasse nell'ambito della categoria contrattuale una fattispecie (*dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*) per la quale escludeva la riconducibilità alla compravendita o a contratto (atipico) ad essa affine, accordando piuttosto, e in via di mera ripetizione, la semplice *condictio ob rem dati re non secuta*.[536] Si tratta, come si può intuire, di questione estremamente problematica e di non facile soluzione,[537] in considerazione anche della struttura anfibologica del brano (*utrum id*

[533] Si consideri ad es. che, con riferimento a Pap. 11 *resp.* D. 19.5.9, a dispetto di quanto sembrerebbe doversi ricavare dall'intonazione complessiva delle affermazioni iniziali, che farebbero appunto pensare a un ricorso a mezzi di tutela pretori – P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 21 lett. *b*: «contractus indica l'atto (lecito) fonte di obbligazione e il rapporto che ne sorge secondo il diritto pretorio: è usato in materia di contratto innominato […] I testi sono pochi […] D. 19.5.9 Pap. 11 resp.» –, in realtà lo studioso finiva (271) per prospettare il ricorso alla (civilissima) *condictio* (*ob causam datorum*), invocando Ulp. 39 *ad ed.* D. 12.4.4, Ulp. 31 *ad ed.* D. 16.1.8.8, nonché Iav. 1 *ex Plaut*. D. 12.4.10. Per un possibile esercizio della *condictio* vd. già, come si è visto (*supra* nt. 530), G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 239; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 50 s.; diversamente B. KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 42, ove si pensa piuttosto alla predisposizione di apposita *a. in factum* con possibile presenza di clausola restitutoria.

[534] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 22.

[535] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 21.

[536] Sul brano vd. *supra* cap. II § 1.2.

[537] Per la riconduzione al contratto vd. S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 103 nt.: «qui Celso qualifica senz'altro l'atto per *contractus* [...] chiedendosi se codesto genere di contratto (*id genus contractus*) […]»: posizione rivista in ID., *Istituzioni* 2 cit., 218 nt. 1, in cui viene uncinata l'intera frase '*utrum-venditionis est*' («non è genuina»); diversamente E. BETTI, *Sul valore* cit., 52, per il quale Celso si sarebbe ben guardato «dal chiamare contractus una datio pecuniae (obligationis solvendae causa) che non è una mutui datio (datio ob rem)». È appena il caso di osservare che la *datio* presa in esame nella testimonianza celsina non può propriamente qualificarsi *solutionis causa*. Essa è anzi con certezza fatta *contrahendi causa*, almeno nelle intenzioni del *dans*: '*dedi tibi pecuniam ut mihi Sticum dares*'. Una critica al punto di vista di Perozzi, anche per ciò che concerne la genuinità della frase, si trova in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 360

contractus genus pro portione emptionis venditionis est) che rende astrattamente percorribili entrambe le ipotesi (a seconda che *id* si intenda come pronome o aggettivo pronominale),[538] ma che in ogni caso riguarda il ben differente tema del rapporto *contrahere-condicere*, più che quello della relazione *contrahere-agere in factum*. A essere in discussione, al più, potrebbe essere la natura dell'*obligatio ob rem dati*: se questa fosse appunto un'*obligatio ex contractu*, ferma restando naturalmente la presenza, (anche) agli occhi di Celso, di un *negotium* (*contractum*).[539]

Neppure può ritenersi che l'estensione della categoria del *contractus* alla sfera del *ius honorarium* sarebbe ulteriormente dimostrata dalla circostanza che i giuristi romani avrebbero considerato contratti fattispecie quali deposito e comodato, per la cui tutela si sarebbe fatto in principio affidamento su azioni pretorie *in factum*,[540] o ancora istituti come il pegno o la fiducia per i quali l'esistenza di un programma di giudizio *in ius* sarebbe, rispettivamente, estremamente discussa,[541] se non addirittura esclusa.[542]

(«apertamente contrario alla tesi del Perozzi, pel quale è *contractus* qualsiasi affare […] perché qui Celso nega che nell'ipotesi si abbia un *contractus*»), 376 s. («Celso non ritiene possibile parlare di *contractus*»), adducendo, sempre nel senso della configurabilità di una *obligatio re* al di fuori del *contractus*, Cels. 5 *dig.* D. 12.1.32 '*subsisto si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed proprius est, ut obligari te existimem*'. Che Celso abbia negato «l'esistenza del contratto» è stato più recentemente sostenuto da F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 168: «il caso del *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* viene confinato negli atti leciti extracontrattuali».

[538] La frase ('*utrum* [...] *id contractus genus pro portione venditionis est*') si presta infatti a una duplice interpretazione, a seconda che si legga '*utrum id/ contractus genus* (*emptionis venditionis*) *est* (ovvero: se q u e l l o sia un genere di contratto *pro portione* [...]), o al contrario '*utrum id contractus genus/ pro portione* (*emptionis venditionis*) *est* (ovvero: se q u e l g e n e r e di contratto sia *pro portione* [...]). È superfluo dire che se la prima soluzione lascerebbe insoluta la questione, la seconda al contrario la chiuderebbe, dimostrando che per Celso l'ipotesi contemplata, benché non fosse *pro portione emptionis venditionis*, sarebbe stata pur sempre un *genus contractus*. Non sembra avere dubbi («Non mi sembra discutibile») sulla natura pronominale e non aggettivale C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 36 ss. e ivi nt. 11, il quale non affronta però il tema della relazione tra *condicere* e *contractus* in Celso.

[539] Sulla questione del rapporto tra *condictio* e *negotium* (*contractum*) vd. vol. II, cap. IV § 4.1, cap. V § 8.

[540] Così invece P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 23; sul punto vd. G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 61 ss.; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 301 ss.

[541] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 23.

[542] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 23.

L'argomento,[543] al di là delle apparenze, non si rivela in realtà decisivo, soprattutto per quanto riguarda deposito e comodato, che sono peraltro gli unici tra i rapporti indicati da Voci per i quali abbiamo informazioni precise sul piano della tutela processuale. Esso non tiene conto della possibilità, come già si è visto, che attraverso l'esperimento dell'*actio in factum*, almeno inizialmente, non si facesse valere il rapporto contrattuale (o per meglio dire: che tale sarebbe stato ritenuto a partire dalla concessione delle *actiones in ius*), ma si agisse sulla base della mancata restituzione in quanto tale: rispetto alla quale il sottostante rapporto veniva a degradare a mero elemento di fatto che consentiva semplicemente al giudice di valutare l'imputabilità della mancata restituzione al convenuto.[544] Nulla di strano però se, una volta concesse le azioni civili, la configurazione contrattuale del rapporto avesse finito per essere estesa anche al caso in cui si agisse con i più antichi rimedi pretori.[545]

Decisamente più complessa è la questione posta dall'autore con riferimento alla tutela processuale di pegno e fiducia. Soprattutto per il primo negozio. Quanto alla *fiducia*, è infatti oggi largamente maggioritaria l'idea di una tutela civilistica (di buona fede), al punto che possono ritenersi senz'altro superate le riserve espresse da Lenel nella terza edizione dell'editto perpetuo,[546] a prescinde-

---

[543] Negli stessi termini vd. G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 71.

[544] In questo senso R. SANTORO, *Il contratto* cit., 239 nt. 191, il quale correttamente le considera azioni di «responsabilità» aventi «carattere extracontrattuale»; negli stessi termini, in sostanza, M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 61 s.

[545] Del resto il rilievo che sulla questione dovette assumere la sovrapposizione di rimedi processuali civili rispetto ai più antichi strumenti pretori è messa ben in evidenza anche da G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 119 s., che pure è tra quanti prendono posizione per un allargamento della nozione di *contractus* ai rapporti pretori («il mescolarsi di azioni civili alle azioni pretorie per alcuni rapporti spiega poi meglio l'estensione dei concetti e dei problemi dell'*obligatio* e del *contractus*»). Negli stessi termini ancor prima, pur se con riferimento alla più generale questione del rapporto *obligatio-ius honorarium* («la presenza di una formula con oportere ex fide bona rendeva abbastanza ovvia la qualificazione civilistica del vincolo e una riassunzione nella categoria della obligatio») E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 75, con conclusioni che sono ancor più significative se si tiene conto della diversa posizione teorica di partenza, che vedeva l'illustre studioso diversamente legato all'idea tradizionale di una delimitazione della nozione di *obligatio* alla sfera dello *ius civile* (*supra* ntt. 514, 520).

[546] I dubbi sulla natura dell'azione sono (o meglio sarebbe oggi dire: erano) in larga misura legati, com'è noto, all'interpretazione della clausola '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' attestata da Cicerone nel discusso *de off.* 3.17.70: ci si è in particolare chiesti se essa rappresentasse un presupposto di fatto, da sottoporsi all'accertamento del giudice (*a. in factum*), o se piuttosto fungesse da criterio di valutazione dell'*oportere*, analogamente alla clausola *ex fide*

re dal fatto se (e in che modo) il negozio avesse trovato o meno protezione già

bona presente nei giudizi con *intentio* al *quidquid dare facere oportet*. A dispetto di Gai 4.62 e con svalutazione di Cic., *off.* 3.17.70, la presenza di una *formula in ius ex fide* era stata esclusa da O. LENEL, EP,[3] 292 s., anche qui con revisione delle conclusioni prospettate ancora sino alla seconda edizione, in cui si prendeva piuttosto in considerazione l'ipotesi di una duplicità formulare, con vicende evolutive analoghe a quelle di deposito e comodato (O. LENEL, EP,[2] 284: «wird man […] wahrscheinlich für beide Arten der fiducia noch eine zweite in ius konzipierte Formel und zwar wohl nach dem gewöhnlichen Schema der bonae fidei actiones»); l'ipotesi di una redazione del programma di giudizio nella (più tarda) formulazione *quidquid dare facere oportet ex fide bona* è respinta (anche) da E. BETTI, *L'antitesi di iudicare* cit., 54 s. e ivi. nt., per il quale ciò non avrebbe però impedito un'assimilazione sostanziale ai *iudicia bonae fidei* (dovendosi così intendere Cic., *off.* 3.17.70), di cui anzi l'*a. fiduciae* avrebbe costituito la «forma più antica». Per la natura civile dell'azione vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 124 s.; P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890, 224 ss.; nel senso di un unico programma di giudizio *ex fide bona* vd. G. ROTONDI, *Contributo alla storia* cit., 5 s.; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in Annali Camerino 3, 1929, 81 ss., ove si pensa (però) all'esistenza di due modelli di giudizio, entrambi *in ius ex fide bona*: uno col '*si paret*', secondo la ricostruzione di Pernice; l'altro con *demonstratio* e *intentio incerta*, secondo l'ordinaria struttura dei *iudicia bonae fidei*; ID., *Sulla fiducia* cit., 277; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 90 ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 34; per la natura di buona fede dell'azione vd., con limpida discussione di fonti e letteratura, N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia* cit., 37 ss., 58 ss., 74 ss., ove si esprimono riserve su un discostamento dallo schema standard delle azioni di buona fede, secondo quanto ipotizzato, in diversa misura, da Lenel e Grosso; C.A. MASCHI, Rec. a N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, in IVRA 25, 1974, 116 ss.; per la natura di buona fede anche M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* II. *Actio pigneraticia und actio fiduciae*, in TR 47, 1979, 319 ss., al quale si rinvia per un accurato resoconto delle diverse ipotesi ricostruttive avanzate sino ad allora in dottrina; ID., *Divisio obligationum* (*Römische Rechtsquellen*) cit., 166; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, in Index 18, 1990, 249 ss., ove ricostruzione del programma di giudizio secondo i consueti schemi espressivi; sempre nel senso di un unico programma di giudizio di buona fede J. PARICIO, *Apuntes sobra la actio fiduciae*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., vol. III, 49 ss., 55 s., ove si prendono tuttavia le distanze dal modello ricostruttivo proposto da Noordraven che vorrebbe collocare la clausola '*ut inter bonos* rell.' all'interno della *demonstratio*; ID., *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia* cit., 213 s.; S. ROMEO, *Fiducia auctionibus vendunda nelle Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle testationes nelle auctiones puteolane (51-61 d.C.)*, in F. COSTABILE (a cura di), *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, 2, Roma 2006, 219. Per la duplicità di rimedi processuali (*a. in factum*, *a. in ius ex fide bona*), secondo quanto inizialmente ipotizzato da Lenel, vd. S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 201; e più recentemente P. FUENTESECA, *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 396 ss., con ricostruzione dei rispettivi programmi di giudizio (402); rimane cauto sull'esistenza di un'azione *in ius ex fide bona* D. MANTOVANI, *Le formule*[2] cit., 66 s. e ivi nt. 233, con rilievi rispetto alla tesi di Noordraven di un unico modello processuale *ex fide bona* anche dal punto di vista della *conceptio verborum* concretamente proposta: apprezzamento invece per il diverso modello ricostruttivo di Fuenteseca («ricostruzione plausibile»).

nel più antico processo *per legis actiones*.[547] Semmai meno sicura è l'appartenenza della *fiducia* all'area contrattuale, tema, questo, da tempo estremamente dibattuto[548] e che già aveva messo in seria difficoltà gli interpreti del diritto co-

[547] Per la tesi positiva ci limitiamo a segnalare A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 122 ss.; O. LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, in ZSS 30, 1909, 344 ss., il quale riteneva di poter così spiegare il motivo per cui Gaio (Gai 4.33) avesse riportato solo fiducia, comodato e *negotiorum gestio* come esempi di negozi tutelati con azioni prive di *fictio legis actionis* («auch für die Forderungen aus commodatum, fiducia und negotiorum gestio die Möglichkeit einer legis actio ausdrücklich erwähnt gewesen sein müsse und daß er gerade darum die formulae aus ebendiesen Geschäften als Beispiele für formulae ohne Legisaktionsfiktion gewählt habe»); S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 201; in senso contrario N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia* cit., 17 ss., 37 ss., per la quale l'istituto avrebbe trovato una prima tutela solo nell'ambito del processo formulare, a partire dalla prima metà del II sec. a.C., come potrebbe (tra l'altro) desumersi dall'impiego nel programma di giudizio della forma arcaica dell'infinito *agier* (al posto di *agi*), attestata, come si è visto, in Cic., *off.* 3.17.70 e di uso frequente sino all'epoca di Plauto; P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit., 396 s., al quale si rinvia per una panoramica sul tema; per la tesi negativa («argomenti alquanto deboli, o […] semplici congetture») anche J. PARICIO, *Genesi e natura* cit., 213; da ultima aderisce alle conclusioni di Bellocci P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in Studi Urbinati 66, 2015, 36.

[548] Per la letteratura moderna, contro la natura contrattuale vd. E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 124 s.; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 121 e ivi nt. 1 («sie wird nicht nie als *contractus* bezeichnet oder behandelt»), con svalutazione di Gai 2.60 '*fiducia contrahitur* […] *fiducia contracta*'; P. OERTMANN, *Die Fiducia* cit., 107; P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit., 419 ss.; dubbi in M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 227. In senso contrario, per la riconduzione al sistema del contratto («In der classischen Zeit erscheint die fiduciarische Clausel […] als Vertrag […] und […] geradezu als contractus bezeichnet wird») vd. già O. GEIB, *Actio fiduciae und Realvertrag*, in ZSS 8, 1887, 126; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 103 s. nt., con una soluzione su cui però pesava l'idea di una stretta equivalenza contratto-negozio; ID., *Istituzioni* 2 cit., 199 e ivi nt. 2, ove si invocano in tal senso Gai 2.60 (*fiduciam contrahere*) e Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.24 pr. (*et a contractu recessum*), nel presupposto ovviamente di un originario riferimento alla *fiducia* anziché al pegno; adesivamente («Che la fiducia, negozio produttivo di un'*actio civilis* e quindi di *obligatio*, potesse considerarsi come un *contractus* pur fuori da ogni schema è da ammettere») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 427 e ivi nt. 2; così anche P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni: Corso di diritto romano II. Le garanzie reali*, Padova 1963, 9 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 114 ss.; per una riconduzione al contratto reale anche M. KASER, *Divisio obligationum* (*Römische Rechtsquellen*) cit., 166; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit., 242 s.; ID., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 140 ss., ove non si manca tuttavia di evidenziare la difficoltà di ricondurre la fiducia all'interno di uno dei modelli della quadripartizione gaiana, compreso quello dell'*obligatio re contracta*; J. PARICIO, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justinianea*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 51, che assegna valore meramente esemplificativo all'elencazione gaiana (Gai 3.90: *velut*); per un'inclusione in epoca tardo-classica (tra il II e il III sec. d.C.) R. FERCIA, *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, 5 ss., con ampia rassegna bi-

mune, divisi tra le opposte prospettive del *contractus* e del *pactum*.[549]

Si presenta certamente più delicato il caso del pegno, per il quale rimane controversa l'esistenza di un programma di giudizio civile (di stretto diritto o *ex fide bona* che fosse),[550] mentre non sembrano sussistere significativi margini di

bliografica (nt. 13); lascia formalmente insoluta la questione N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, 117 ss., in un contesto espressivo in cui non è sempre facile seguire con precisione il pensiero dell'autrice, anche per via di una poco opportuna sovrapposizione del profilo del negozio a quello dell'*obligatio* che finisce per stravolgere la quadripartizione gaiana delle *obligationes ex contractu* (che diventa quasi una classificazione di negozi), per quanto sembri alla fine prendere corpo l'idea di una estraneità rispetto alla quadripartizione gaiana, ritenuta peraltro non tassativa, e in particolar modo allo schema dell'*obligatio re* (125): senza che però venga formalmente chiarito se si tratti o meno di *obligatio ex contractu*.

[549] Una breve sintesi della questione, con riferimenti alla principale letteratura dell'epoca, può trovarsi in F. C.C. CONRAD, *De pacto fiduciae exercitatio* I., Helmstadii 1732, (*§ 1. Fiducia, pactum, non contractus*) 1 s., il quale da parte sua prendeva posizione per la natura non contrattuale, svalutando l'impiego del verbo *contrahere* in associazione alla *fiducia* che si poteva talvolta registrare nelle fonti («cum latius pateat *contrahendi* verbum, quam ut contractum proprie dictum»): si tratta, com'è noto, della prima trattazione monografica dedicata all'istituto.

[550] L'esistenza di un'azione civile verrà negata da O. LENEL, EP,[3] 255, ribaltando del tutto il punto di vista espresso in ID., EP,[2] 247; per la negativa soprattutto, argomentando *a contrario* da Gai 4.47, B. BIONDI, *Iudicia contraria*, in AUPA 7, 1918, 90; ID., *Iudicia bonae fidei. III. L'elenco classico dei iudicia bonae fidei*, in AUPA 7, 1918, 233, ove peraltro si tende a svalutare Ulp. 38 *ad ed.* D. 13.7.13 pr. '*scripsit Iulianus* […] *pigneraticiis actionibus*', ritenuto interpolato e adducendo in senso opposto Bas. 21.1.13 (Hb. III 60 = Schelt. A III 1016) e Marcian. *l. sing. ad form. hyp.* D. 20.5.7; così, inizialmente, anche («die Klage […] offenbar keine zivile Formel hatte») M. KASER, RPR I,[2] 524 nt. 17, 537 e ivi nt. 11, su cui però *infra* in questa stessa nt.; sempre per la tesi negativa vd. H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 4 cit., 604, il quale giudica inverosimile l'introduzione di un'azione di buona fede all'interno dell'editto in epoca tardo-classica secondo quanto sostenuto da Kaser: sarebbero stati piuttosto i compilatori ad attribuire all'azione natura di buona fede, una volta sciolta la *fiducia* (che aveva, essa sì, azione di buona fede) nel pegno; scettico sull'esistenza di un'azione di buona fede anche B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13.7.6 pr.: un caso di pignus*, in BIDR 82, 1980, 252 s.; J. DE CHURRUCA, *Pignus*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit., 369 ss.; J. PARICIO, *Las fuentes* cit., 51; ID., *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia* cit., 209, 214 («assolutamente improbabile che apparisse nell'editto un'azione di buona fede per il pegno»). A favore dell'esistenza di un'azione *in ius ex fide bona* vd. diversamente G. ROTONDI, *Contributo alla storia* cit., 4 s.; con ulteriori indicazioni bibliografiche (ntt. 114-115) e con superamento dello scetticismo iniziale M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* 2 cit., 214 ss., soprattutto 220 ss., ove si mantengono al più riserve sulla presenza dell'azione all'interno dell'albo pretorio; ID., *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, in ZSS 99, 1982, 256 s. nt. 42; ID., *Ius honorarium* cit., 85; ID., *Divisio obligationum* (*Römische Rechtsquellen*) cit., 166 e ivi nt. 53; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*,[4] Berlin-Heidelberg-NewYork-Lon-

incertezza sulla natura contrattuale del rapporto.[551] Proprio però per i molti interrogativi che ancora sussistono sul versante della protezione processuale, ci sembra davvero azzardato voler fondare un'intera teoria su elementi così malfermi.

D'altro canto, occorre non di meno osservare che, contro l'estensione della categoria contrattuale anche alle obbligazioni pretorie, pare deporre in maniera decisamente più significativa proprio Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, in cui la contrapposizione processuale tra i due orientamenti giurisprudenziali viene prospettata come il riflesso di una disputa strettamente legata all'individuazione dei caratteri specificamente contrattuali all'interno della fattispecie in esame: diversamente la replica rivolta da Mauriciano a Giuliano, tutta incentrata sul richiamo all'idea del contratto, ancorché sinallagmatico, (*ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: e s s e e n i m c o n t r a c t u m , quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*) perderebbe buona parte del suo significato.[552]

---

don-Paris-Tokyo 1987, 203; M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 61 e ivi nt. 188; M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008, 64 ss., al quale si rinvia per una limpida sintesi della questione. Sempre per la natura civile dell'azione, ma nell'ottica di un programma di giudizio di stretto diritto, vd. E. LEVY, *Zur Lehre* cit., 1 ss.; così per un certo periodo anche M. KASER, *Oportere und ius civile* cit., 32 s., con una conclusione che, come si è appena visto, sarebbe stata però abbandonata negli studi successivi. Sulla struttura dell'*a. pigneraticia contraria* vd. ancora utilmente, con discussione di letteratura e fonti, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* 2 cit., ove si prende egualmente posizione a favore di azione in *ius ex fide bona*, anche qui con profonda revisione rispetto al punto di vista espresso in ID., *Oportere und ius civile* cit., 32 s., ove si pensava ad azione pretoria, con dubbi peraltro sulla stessa classicità («[…] die *actio pigneraticia contraria* setzt, sofern sie überhaupt klassisch ist, keine *in ius* konzipierte Formel voraus»).

[551] In proposito vd. A. BURDESE, v. *Pegno (diritto romano)*, in Enc. dir. 32, Milano 1982, 662 ss.; per la natura contrattuale, T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 68 s.; in un'ottica che suggerisce un accostamento con lo schema dell'*obligatio consensu contracta*, vd. C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 57 s., («tutta la giurisprudenza classica impiegò tecnicamente la denominazione di *contractus* per i soli atti obbligatori che creano obbligazioni *consensu* […] il che implica […] che anche deposito, comodato e pegno sono contratti, in quanto le rispettive obbligazioni nascono *consensu* e non *re*»: con svalutazione ovviamente di Gai 3.88); nega la natura contrattuale del *pignus*, ma in una prospettiva che non ammette altra tutela se non quella interdittale, G. LA PIRA, *La struttura classica del pignus*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, vol. II, Padova 1933, 3 ss.; ID., *La struttura classica della conventio pignoris*, in Studi Senesi 47, 1933, 61; sulla questione vd. S. PIETRINI, *La Pira e il pegno*, in Index 34, 2006, 201 ss.

[552] Diversamente, ritiene che «la fattispecie concreta di per sé non riconducibile ad una clau-

Di questo probabilmente doveva essere cosciente lo stesso Voci, la cui ricostruzione della testimonianza ulpianea sembra far trasparire la preoccupazione di sopprimere ogni richiamo alla categoria della *civilis obligatio* o del *contractus* che potesse in qualche modo inficiare la supposta estensione della categoria contrattuale, inserendo per contro un ingiustificato richiamo alla *honoraria actio*[553] che avrebbe dovuto invece confermarla. Si legga appunto il brano nella restituzione suggerita:

Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, [*dedi ut aliquid facias*]*: hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci* [*civilem obligationem*] <*honorariam actionem*>*. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem* [*incerti*] *actionem,* [*id est praescriptis verbis*] *sufficere:* [*esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*].[554]

Dovendosi escludere, per le ragioni appena indicate, che si possa far rientrare l'azione *in factum* in senso stretto tra i rimedi propriamente attuativi del contratto, e non essendovi d'altra parte elementi specifici per ritenere che il riferimento al contratto sia bizantino, è ragionevole concludere che in *l.* 14 *dig.* Giuliano proponesse il ricorso ad azione civile a tutela di quelle vicende contrattuali per le quali non fosse prevista un apposito rimedio a livello edittale.[555]

---

sola tipica, non sia qualificabile […] in termini di contratto» C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 69 ss.: al riguardo vd. *supra* cap. II § 1.2, e vol. II, cap. V § 2.

[553] Ipotesi respinta da M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 40, il quale ritiene «non conciliabile con la dichiarata natura contrattuale […] che Aristone attribuiva alla fattispecie di *do ut des*»; critiche anche in L. GAROFALO, *Contratto* cit., 362 nt. 58.

[554] P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 243 s.

[555] Questo del resto era, salvo rarissime eccezioni (P. VERNET, *Textes choisis* cit., 103 nt. 1), il punto di vista della dottrina, prima degli studi di Accarias e Pernice. Si vedano ad es. O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculurum* cit., 374. Per un impiego dell'azione civile da parte di Giuliano vd., tra gli studi più recenti, in aggiunta a Burdese (citato *supra* nt. 505), J. KRANJC, *Die actio* cit., 454, per il quale a rimanere imprecisati sarebbero unicamente gli esatti termini formali – diciamo pure: denominativi (*a. c. incerti*, *a. in f. civilis*, *cond. incerti*) – con cui il giurista si sarebbero riferito all'azione: «so daß wir nicht genau wissen, wie Julian die präskribierte Klage(formel), um die es sich zweifelsohne handelt, eigent-

Non sembra vi siano invece margini per ammettere che nelle intenzioni del giurista adrianeo il pronome relativo '*in quam*' dovesse riferirsi alla locuzione *actio in factum* nella più generale accezione di azione extraedittale, da congegnare di volta in volta, «comprensiva sia delle azioni *praescriptis verbis* che di quelle *in factum* per il caso concreto».[556] Stando a questa congettura, Giuliano avrebbe suggerito il ricorso all'*actio praescriptis verbis* per tutte quelle ipotesi in cui fosse ravvisabile un'analogia con le fattispecie contrattuali previste nell'editto, limitando l'ambito applicativo dell'*actio in factum* ai soli casi in cui, invece, pur non essendo ravvisabili i necessari requisiti per procedere a una estensione analogica, apparisse comunque opportuno assicurare un rimedio per l'adempimento.[557]

L'ipotesi non pare però praticabile. Se è ammissibile, come già si è visto, che la locuzione *actio in factum* potesse alludere ad ambedue i modelli processuali,[558] non è però seriamente pensabile che li potesse indicare congiuntamente. Del resto, se Giuliano avesse voluto alludere a un ipotetico impiego di entrambe le azioni avrebbe più correttamente affermato '*in quibus necesse est confugere*', senza contare poi che un riferimento ad ambedue i mezzi processuali riproporrebbe, pur se in misura certamente ridotta, le stesse difficoltà legate all'impiego

---

lich genannt hat». Il solo dato a potersi ritenere acquisito era (com'è del resto evidente) che il pronome non potesse riferirsi direttamente ai *praescripta verba* («Die Singularform des Relativpronomens (*in quam*) schließt das Wort *praescripta verba* als Satzsubjekt aus»); O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre* cit., 235 nt. 52, su cui vd. *infra*. in questo stesso §; ID., *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86; W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 452, 464; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147 s.; A. SCHIAVONE, *'Ius'* cit., 358, 488 nt. 59, con revisione peraltro del punto di vista precedentemente espresso, sulla scia di Betti, in ID., *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 243; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34, 75 ntt. 244, 247.

[556] Così F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 184, ove si vorrebbe, peraltro, far risalire tale ipotesi interpretativa già a Lenel («rispondente al nucleo dell'ipotesi del Lenel»). In realtà non sembra che fosse questa l'intenzione dello studioso tedesco, il quale ricollegava piuttosto il pronome (*in quam*) all'*a. in factum civilis* (Pal. 1.358, Iul. 238: «[…in factum civilis actio,] in quam»). Ad aver ingenerato la diversa interpretazione attribuitagli da Gallo deve essere stata la precisazione contenuta in nt. 1 («Huic titulo subiecisse puto Iulianum tractatum de civili aliisque in factum actionibus»): e così in effetti F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 183 s. L'ipotesi di un riferimento al più generale modello delle azioni decretali, sia che si trattasse di un adattamento tramite *praescripta verba* di azioni edittali, sia che si trattasse di azioni con *intentio in factum concepta*, non è esclusa neppure da A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche* cit., 527, con una presa di posizione che sembra segnare un parziale allontamento rispetto alle conclusioni raggiunte negli studi precedenti (*supra* ntt. 504-505).

[557] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 184 ss.

[558] In proposito vd. *supra* § 1.1 di questo cap.

del sostantivo *contractus* in riferimento a situazioni giuridiche tutelate con formula *in factum concepta*, di cui già si è discusso.[559]

Rimarrebbe invero l'eventualità di un riferimento originario alla *condictio* e che a questa, appunto, occorresse rifarsi in assenza di preordinati programmi di giudizio.[560]

La congettura, per quanto astrattamente percorribile, anche da un punto di vista meramente sintattico-grammaticale (*in quam*), non pare però in concreto plausibile, per diversi ordini di ragioni. Il primo e più serio riguarda, come si può intuire, il profilo della finalità dell'azione, (di regola)[561] non coerente con la prospettiva di uno strumento diretto a dare attuazione a un preordinato programma obbligatorio (azione da contratto). Secondo: la *condictio*, ancorché azione astratta,[562] presentava tuttavia un ambito applicativo estremamente circoscritto (*si paret* […] *dare oportere*) che non avrebbe certo consentito a Giuliano di attribuirle quella funzione di rimedio di carattere generale per le convenzioni atipiche cui chiaramente allude il giurista nel brano in esame: in quam necesse est confugere, *quotiens* contractus existunt. Funzione che invece facilmente avrebbe potuto essere assolta da un'azione contrattuale incerta da causalizzare in concreto (*a. civilis incerti* o *praescriptis verbis* che dir si voglia). Terzo (che in qualche modo si collega al secondo): il totale silenzio (a questo punto) da parte del giurista adrianeo circa l'impiego dell'*actio in factum*, alla quale, con non così diverse finalità,[563] si sarebbe dovuto fare ricorso (perlomeno) in tutti quei casi in cui (come in Ulp. 4 *ad ed.*) a dover essere chiesta indietro fossero prestazioni

---

[559] Compatibilità che peraltro è esclusa sia da Gallo sia da Burdese.

[560] Seppure in via meramente congetturale, l'ipotesi di un nesso con l'azione di ripetizione non è esclusa da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 147.

[561] Non senza eccezioni. Al di là delle ben note applicazioni contrattuali tipiche (mutuo, *expensilatio*, *stipulatio certi*), un impiego contrattuale, ma mediante *praescripta verba*, sembra potersi perlomeno prospettare in Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15: in proposito vd. vol. II, cap. V § 6. Per un'applicazione contrattuale della *condictio* con riferimento alla vicenda di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.3-4, si veda A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 26; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 521; ID., *Divagazioni* cit., 344, su cui vd. vol. II, cap. IV § 6, nt. 344.

[562] In proposito vd. vol. II, cap. V § 6.

[563] Pur con le prima indicate differenze sul piano della determinazione della *litis aestimatio*, nessuna delle due azioni sarebbe stata in effetti rivolta all'attuazione del vincolo contrattuale. Sulla relazione tra azione di ripetizione e *a. in factum* ed in particolare sulla funzione residuale che quest'ultima sembrerebbe talvolta assolvere rispetto alla prima, vd. *supra* cap. II § 5 (con richiamo in particolare a Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 e Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10: nt. 465), nonché vol. II, cap. V § 1.1.

che, come quella di *facere*, non fossero perseguibili mediante *condictio*. Silenzio che sarebbe invece facilmente spiegabile nell'ottica di un riferimento alla sola azione contrattuale (civile) rivolta, come tale, all'adempimento, e dunque ben distinta sul piano delle finalità e dell'ambito applicativo. La *condictio* o l'*actio in factum* in assenza di contratto e a fini, rispettivamente, oggettivamente o soggettivamente ripetitivi (interesse negativo); l'*actio in ius*, in presenza di contratto e al fine dell'adempimento (interesse positivo).

Se non vi è dunque motivo per dubitare della genuinità del brano, non sembra si possa però concordare con Behrends nel ritenere che esso rifletta l'esito di un processo di maturazione del pensiero di Giuliano che lo avrebbe portato a rivedere le rigide posizioni ancora tenute in Ulp. 4 *ad ed.*,[564] per aprirsi piuttosto al più innovativo punto di vista prospettato da Aristone.[565] A seguire sino in fondo una ipotesi di questo genere e dunque a dover attribuire alla decisione di Ulp. 4 *ad ed.* un valore paradigmatico del più generale atteggiamento inizialmente assunto sul piano della tutela dei *nova negotia* da parte di Giuliano, riuscirebbe davvero difficile comprendere il senso del rimprovero che ben più tardi gli sarebbe stato mosso da Mauriciano e Ulpiano, se quella posizione fosse stata effettivamente superata nel corso degli anni da Giuliano. Non occorre davvero evidenziare come si sarebbe trattato di critica a dir poco pretestuosa. E non è un caso se lo studioso abbia sostanzialmente abbandonato tale punto di vista, per avvicinarsi a ipotesi interpretative vicine a quelle di Giffard, in cui a determinare la mancata concessione dell'azione contrattuale in Ulp. 4 *ad ed.* sarebbe stato piuttosto il mancato verificarsi dell'effetto traslativo.[566]

---

[564] Ciò nel solco, peraltro, di un atteggiamento metodologico che avrebbe visto Giuliano, al pari dei giuristi sabiniani della sua epoca, costantemente impegnato nella ricerca di soluzioni compromissorie (*media sententia*) in grado di smorzare i contrasti tra opposti indirizzi solutivi: così O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre* cit., 235e ivi nt. 52 («Dieser Kompromiß stellt insofern eine typische, den großen Traditionsgegensatz mildernde *media sententia* dar»).

[565] O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre* cit., 235 nt. 52: «Die berühmte Durchbrechung des klassisch-institutionellen Vertragssystems durch die später sogenannten Innominatrealkontrakte rezipiert Julian (vgl. 14 digestorum D. 19, 5, 3) von Aristo, der vermutlich sein Schulgenosse war, nach anfänglichem Zögern (vgl. Ulpian 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2)».

[566] O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86, nell'ottica di una sostanziale adesione di Giuliano al punto di vista di Aristone mediato attraverso l'innovativo filtro pediano di Paul. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.3 (su cui vd. *infra* vol. II, cap. IV § 7), in modo che la concessione dell'*a.p.v.*, in assenza di un effetto propriamente traslativo, avrebbe comportato, agli occhi del giurista adrianeo (ma anche di Pedio), una sostanziale violazione del principio per cui il nudo patto è improduttivo di obbligazione: «daß Julian mit Pedius darin überein-

5. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.: valutazione della tesi di Gallo circa un impiego dell'*actio de aestimato* per i casi di incerta qualificazione.

Rimane a questo punto da verificare la possibilità prospettata da Gallo di legare al nome del giurista adrianeo il riconoscimento dell'*aestimatum* come contratto tipico, mediante la predisposizione di un'apposita azione edittale di buona fede.[567] Ipotesi che sarebbe in qualche modo avvalorata, a detta dell'autore, dall'accenno contenuto in Marcell. 9 *dig.* D. 37.8.3 a una '*nova clausola*' di introduzione giulianea in materia di *bonorum possessio*: *id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausola*.[568]

Indipendentemente dal fatto se la veridicità di quest'ipotesi costituisca o meno prova di apertura e sensibilità nei confronti del fenomeno in questione, potendosi certo sostenere esattamente il contrario,[569] rimane la constatazione

---

stimmte, daß es den klassischen Satz: „ein *nudus consensus* erzeugt keine Obligation" verletzen würde, wollte man ein Synallagma im Sinne Aristos auch dann anerkennen, wenn die *datio ob rem* mangels Eigentums des Gebenden keine realvertragliche Wirkung gehabt hatte». Sulla parziale adesione alla tesi di Giffard già si è detto *supra* cap. II nt. 299. Sempre in proposito vd. vol. II, cap. V nt. 53.

[567] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 178, 201.

[568] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 178 nt. 4; sul brano vd., anche per un resoconto della letteratura, E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 424 s., il quale da parte sua si pronuncia per l'origine glossematica o compilatoria dell'inciso '*id est ex nova clausola*', difendendo per contro la genuinità del tratto immediatamente precedente (*id caput edicti, quod a Iuliano introductum est*). Più in generale sull'ampiezza dell'intervento giulianeo in sede di codificazione dell'editto vd. P.F. GIRARD, *Un document sur l'édit antérieur a Julien*, in *Mélanges de droit romain* 1, Paris 1912, 177 ss.; B. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative*, Paris 1950, 45; G. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, 172 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio del diritto*,[2] Torino 1973, 46 ss.; E. BUND, *Salvius Iulianus* cit., 421 ss.; A. TORRENT, *La ordinatio edicti en la politica juridica de Adriano*, in AHDE 53, 1983, 17 ss.; V. SCARANO USSANI, *L'utilità* cit., 103; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana* II, Milano 1993, 403; 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, 129 ss.

[569] L'inserimento di apposita clausola, rispetto a una vicenda negoziale con un quadro di tutele consolidato nel tempo, potrebbe in effetti ritenersi espressione di una politica giurisdizionale incapace di ammettere aree contrattuali al di fuori dei limiti fissati a livello edittale. Quanto poi alla più specifica questione dell'*aestimatum*, non è così sicuro che possa effettivamente parlarsi di una «vittoria della concezione analogistica […] sulla contraria concezione anomalistica» secondo quanto sostenuto da E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 324 ss., tenuto conto che non vi sono elementi specifici per attribuire ai giuristi (anomalisti) di scuola sabiniana il programmatico ricorso al-

che l'idea, per quanto altamente suggestiva, non pare sufficientemente suffragata. Il brano fondamentale al riguardo rimane il già richiamato

D. 19.3.1 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati: melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*: *est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*.

Anche in questa circostanza ci troviamo di fronte a una testimonianza notissima, che non si è sottratta agli strali della critica interpolazionistica.[570]

Essa ha assunto un rilievo nevralgico, più che per le vicende interne al contratto estimatorio – importanti indubbiamente, ma non tali da giustificare il

---

l'*actio ex vendito propter aestimationem*, così come invece congetturato dall'illustre studioso. Appare pertanto indimostrata (e certo non supportata dalle informazioni reseci qui da Ulpiano) l'idea che a un riconoscimento a livello edittale dell'azione si sia arrivati allo scopo di comporre un contrasto tra i giuristi (sabiniani) di indirizzo anomalistico i quali «tendevano a riassumere questo *novum negotium* nel tipo di "vendita"» e i giuristi (proculeiani) di indirizzo analogistico che piuttosto lo «configuravano come un tipo di *novum negotium* a sé stante». Sempre nel senso di un ricorso all'*a. ex venditio propter aestimationem* vd. lo stesso autore in ID., *Sul valore* cit., 31 s. («essi *concepivano la aestimatio stessa quale venditio*»).

[570] I sospetti degli studiosi si sono in particolare concentrati sul tratto '*quotiens- actionem*'; sulla scia di Lenel, estendeva le proprie critiche anche al tratto '*est enim-bona fide*' P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 87 ss., 95 s.; in termini più radicali, riteneva interpolata anche la prima parte del frammento G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920, 135; con una diagnosi condivisa da A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 105 («Immerhin fällt D. 19.3.1. pr. völlig aus»); ma giudicata eccessiva da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 92 s.; un severo giudizio rispetto al punto di vista di Beseler («assurance qui déconcerte […] s'agit là d'une *decisio Beselerana* […] en français, d'une pétition de principe») può trovarsi in PH. MEYLAN, *Origine* cit., 102 e ivi nt. 1, il quale reputa la prima parte del brano irreprensibile anche sul piano della forma, con l'unica eccezione per l'impiego dell'indicativo *videor*, in luogo del congiuntivo *videar*, da doversi ritenere, peraltro, un mero errore di trascrizione. Uncinava l'intero tratto '*quotiens-diximus*' G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto* cit., 267, suggerendo piuttosto di leggere: «*hanc actionem proponi* <quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat>», con una proposta ricostruttiva che provava a riproporre, in termini che complessivamente non risultano convincenti, la ben nota formulazione espressiva di C. 2.4.6.1 (Alex., a. 230).

grande interesse che si è andato coagulando intorno al brano –, per le informazioni che più generalmente si è ritenuto di poter rivacare sul piano della ricostruzione delle concrete vicende evolutive dell'*agere praescriptis verbis*, essendo qui documentato, secondo l'opinione assolutamente prevalente, un esempio (l'unico, in effetti)[571] di riconoscimento, a livello edittale, di una delle sue ipotesi applicative (*proponitur*).[572] Non è certo qui possibile impegnarsi in una valutazione delle diverse opinioni che sono state avanzate al riguardo in dottrina, anche in relazione a possibili contestuali processi migratori della *praescriptio* all'interno del programma di giudizio.[573]

---

[571] Sembra doversi escludere l'ipotesi di un analogo riconoscimento anche per l'*actio* (*p.v.*) *de permutatione* secondo quanto talvolta congetturato in dottrina in base alla presenza di un apposito titolo, sia nel Digesto (D. 19.4) che nel Codice (C. 4.64 *De rerum permutatione et de praescriptis verbis actione*): così ad es. J. KRANJC, *Die actio* cit., 461: «Es waren […] wahrscheinlich zwei präsckribierte Klagen (die *actio aestimatoria* und die Tauschklage) im Edikt proponiert»; un'apertura («probabilmente») anche in M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 72 nt. 96; con più decisione ID., *La tipicità* cit., 102 nt. 257. In senso contrario già O. LENEL, EP,[1] 238; più recentemente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 83 ss., 204 nt. 66; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 150 e ivi nt. 426; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 356; punto di vista confermato in ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 420; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 286 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 102 s. e ivi nt. 31. Da questo punto di vista potrebbe ritenersi non casuale, ed anzi ponderata, la diversa opzione lessicale che si registra per le due azioni in I. 4.6.28 'praescriptis verbis quae de aestimato *proponitur* et ea quae ex permutatione *competit*': al riguardo vd. PH. MEYLAN, *Origine* cit., 107 nt. 2.

[572] Che il verbo alluda a una *propositio* all'interno dell'albo pretorio è sostenuto, tra i tanti, da PH. MEYLAN, *Origine* cit., 101 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 149; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 150 e ivi nt. 427; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 104 ss. Per un'origine compilatoria vd. piuttosto G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; diagnosi condivisa da O. LENEL, EP,[3] 300 e ivi nt. 5, il quale, oltre a invocare l'impiego non classico del presente '*proponitur*', fa osservare come Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. sia l'unica testimonianza, se si prescinde da I. 4.6.28, in cui il verbo *proponere* si trovi associato a un programma di giudizio di buona fede; un'articolata critica al punto di vista di Lenel può trovarsi in W.W. BUCKLAND, *Aestimatum*, in LQR 48, 1932, 495 ss.; per una svalutazione dell'uso del presente *proponitur* (in luogo del perfetto *proposita est*) vd. («das Präsens ist nicht anstößig») M. KASER, RPR I,[2] 582 e ivi nt. 15; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 151 nt. 428; negli stessi termini anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 106 s., il quale non esclude che il ricorso a una «prospettiva attualizzante» servisse ad Ulpiano «per rimarcare il distacco con la situazione precedente alla *propositio in albo*»; per la genuinità anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 93 e ivi nt. 2, che pure si dichiarava contrario alla presenza di un titolo *de aestimato* nell'editto. Sull'uso del presente *proponitur* vd. anche *infra* nt. 585.

[573] Così già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 66; F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 70 s. («war damit dem Gebiete der praescripta verba entrückt»); E. BETTI, *Su la formola* cit., 716 ss.; W. SELB, *Formeln* cit., 47 ss.; (un'apertura in) R. SANTORO, *Il contratto* cit., 94; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 240

Per le tante questioni che la testimonianza e più in generale l'intero titolo *de aestimatoria actione*, hanno suscitato – dall'individuazione dei tratti caratteristici dell'istituto, alla non semplice (e connessa) questione dell'individuazione del modello di responsabilità da applicarsi – non rimane che rinviare alla cospicua letteratura formatasi sull'argomento.[574]

Qui, ai nostri fini, sarà sufficiente ricordare come possano considerarsi definitivamente tramontati i forti dubbi un tempo avvertiti circa la presenza all'interno dell'editto di un'apposita azione in materia di *aestimatum*,[575] i quali avevano indotto lo stesso Lenel nella sua terza edizione dell'Editto perpetuo a una significativa revisione critica rispetto alla posizione possibilista espressa nelle prime due edizioni,[576] ove l'azione era stata rispettivamente collocata dopo le rubriche *pro socio*[577] e *locati conducti*,[578] finendo così per accogliere i rilievi formulati da Beseler alcuni anni addietro.[579] Sul riconoscimento a livello edittale dell'azione non vi sono più esitazioni.[580] Semmai qualche riserva sembra ancora

---

(«la *praescriptio* […] fu recepita nella clausola proposta nell'editto per la sua tutela»); M. VARVARO, *Ricerche* cit., (soprattutto) 154 ss.; negli stessi termini anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 153, 158 s.

[574] In proposito si veda, con indicazione di letteratura e fonti, E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 107 ss., 171 ss.

[575] In questo senso, ovviamente, G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161, per il quale l'intero frammento sarebbe uscito dalla penna di Giustiniano («Eine *decisio Iustiniana* in klassizistischem Mantel»); così («dati ben scarsi») anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 88 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana* cit., 231 ss.; B. BIONDI, *Contratto* cit., 105 ss.

[576] O. LENEL, EP,[3] 300 ss.

[577] O. LENEL, EP,[1] 237 ss.; punto di vista confermato in O. LENEL, Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, in ZSS 9(=22), 1888, 181.

[578] O. LENEL, EP,[2] 190.

[579] Così G. BESELER, *Beiträge* 4 cit., 135, alle cui conclusioni si richiamava espressamente Lenel.

[580] Per la presenza dell'azione all'interno dell'editto, subito dopo l'*a. pro socio*, vd. già A.A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum* cit., (§ 114 *De aestimato*), 123; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877, 250 («unzweifelhaft»); M. WLASSAK, *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 105, il quale però respinge l'ipotesi di A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 107, che vorrebbe l'azione accompagnata dall'emanazione di un apposito editto; sempre in favore di un riconoscimento a livello edittale F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 70 s.; K.R. CZYHLARZ, *Lehrbuch* cit., 171; É. CUQ, *Manuel*[2] cit., 503 («la seule action *praescriptis verbis* qui figure dans l'Édit pérpetuel»); PH. MEYLAN, *Origine* cit., 101 ss., 138 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 32 s.; ID., *Istituzioni* 2 cit., 324 s.; W.W. BUCKLAND, *Aestimatum* (1932) cit., 495; M. KASER, RPR I,[2] 581 s.; prudente («vielleicht») in ID., *'Ius honorarium'* cit., 86; G. LOMBARDI, *L'"actio*

cogliersi sul piano dell'esatta denominazione, essendosi (anche di recente) messo in dubbio che l'espressione *a. de aestimato*, che oggi si legge in D. 19.3.1 pr., potesse costituire la designazione tecnica dell'azione.[581] Anche alla luce di I. 4.6.28[582] (oltre che ovviamente dello stesso Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.),[583] nessuna incertezza vi è invece sul fatto che si trattasse di programma di giudizio di buona fede.[584]

---

aestimatoria" cit., 129 ss.; tra gli studiosi più recenti si segnalano M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 91 («molto probabile che per il contratto estimatorio fosse prevista una formula edittale»), 98; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 150; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 239 s.; ID., *Alle origini dell'analogia* (*Opuscula*) cit., 922 ss.; ID., *Synallagma* 2 cit., 148 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 150; da ultimo, con bibliografia, E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 103 ss., 104 nt. 84, su cui vd. *infra* nt. 590; cautela ancora in C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 63 nt. 77 («forse a partire da una certa epoca fu a questo punto [scil. dopo il titolo *locati conducti*] inserito l'*edictum de aestimato*»).

[581] In questi termini soprattutto PH. MEYLAN, *Origine* cit., 114 ss., che così argomenta anche dagi usi linguistici dei Bizantini i quali erano soliti chiamare l'azione '*aestimatoria*' («[…] constitue une excellente raison de croire que les prudentes ne l'appellaient pas *actio de aestimato*. On ne conçoit guère, en effect, pourquoi les compilateurs se fussent écartés ici de la terminologie traditionnelle»). A detta dello studioso francese l'espressione di Ulpiano '*actio de aestimato proponitur*' andrebbe piuttosto intesa nel senso: (117) «une action est proposée dans l'edit pur le cas d'*aestimatum*»; G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 139 nt. 16, 156; cautela («cosiddetta *actio de aestimato*») in M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 72 nt. 96; da ultimo, non esclude che si tratti di denominazione non tecnica («traducibile con "in tema di *aestimatum*"»), analogamente a I. 4.6.28 '*actio praescriptis verbis quae de aestimato proponitur*', E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 151 s. Per l'origine bizantina G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; sempre in una prospettiva di tipo interpolazionistico, perplessità circa la denominazione dell'azione si trovano in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 96 («potrebbe essere molo dubbia»).

[582] I. 4.6.28 '*actionum autem quaedam bonae fidei sunt* […] *bonae fidei sunt haec* […] *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur*'. In aggiunta agli autori di volta in volta già indicati, sul brano vd. anche A. DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius*, Messina 1900; W. OSUCHOWSKI, *Notes critiques sur l'interpretation du D. 19.3.1.1*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Verona 27-19 settembre 1948), Volume III, Milano 1951, 369 ss.; recentissimamente F. LOMBARDO, *Studi sulla «stipulatio»* cit., 111 s., il quale propende per la natura tassativa dell'elencazione.

[583] Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. '*est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent quae in bonae fidei iudiciis diximus*'.

[584] Sul punto la dottrina è unanime. Tolti ovviamente i fautori dell'origine bizantina dell'azione, per la tesi negativa («Ulp. tende a equiparare il iud. de aestimato che per sé manca della clausola 'ex fide bona' a quelli che l'hanno») vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 22 nt. 2, 28 nt. 3, in un'ottica che pensa piuttosto a un'assimilazione sul versante del regime processuale; dubbioso, ma con una propensione a escluderlo, V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio* cit., 22 s.

Quanto poi all'aspetto dell'ipotesi avanzata da Gallo che qui interessa esaminare, va detto che, pure a volersi limitare a una rapida lettura del testo, l'unico dato che può considerarsi ragionevolmente acquisito è l'alta risalenza dell'introduzione della clausola in questione, come si evince dal sistematico ricorso da parte di Ulpiano al perfetto '*fuit enim magis dubitatum* [...] *itaque visum est hanc actionem proponi*': non dovendo da questo punto di vista trarre in inganno l'impiego del presente indicativo (*a. de aestimato*) *proponitur*.[585] Ciò ci mette indubbiamente nella condizione di poter affermare che, all'epoca in cui Ulpiano scriveva, la questione fosse da considerarsi da tempo risolta. Non ci consente però di determinare con la necessaria precisione il momento in cui si sarebbe pervenuti alla tipizzazione edittale del contratto estimatorio.

In sostanza, l'unica circostanza che potrebbe più concretamente invitare ad attribuire a Giuliano un riconoscimento a livello edittale dell'azione è il fatto che, come risaputo, la dottrina quasi unanimemente individui nel giurista

[585] Il presente si trova in effetti frequentemente impiegato, come presente storico (praesens historicum). Il caso certo più significativo sembra essere quello di Tryph. 14 *disp.* D. 26.7.55.1, relativamente alla decemvirale *a. rationibus distrahendis*: '*ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum*'; nello stesso ordine di idee si possono segnalare Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.1.15; Ulp. 16 *ad ed.* D. 5.6.1; Pap. 3 *resp.* D. 13.7.42 (*a. pigneraticiam in personam*: fine età repubblicana); Pap. 3 *resp.* D. 20.1.2 '*Fideiussor* […] *ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, convenire non potest*. Rimedi edilizi (età tardo-repubblicana): Paul. 2 *ad ed. edil. curul.* D. 21.1.44.1: *actio quanti minoris*; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 21.2.31 '*stipulatio qua ab aedilibus proponitur*': *Stipulatio sanum esse, furem non esse*, rell.; Paul. *l. sing. ad L. Falc.* D. 35.2.1.16 '*cautionis locus est quae in edicto proponitur: quanto amplius accipit reddi*'; Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.1.20.1 '*Interdictum hoc proponitur ex eiusmodi causis*': *de operis novi nuntiatio* (ultima età repubblicana). Pap. 29 *quaest.* D. 39.5.27 '*ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur*'; Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.13.1.12 '*Hoc interdictum restitutorium proponitur*': (*Quod in flumine publico ripave* etc.: certamente conosciuto da Labeone); Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.1 '*Hoc interdictum proponitur*'; Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.3.12 '*hoc interdictum* […] *proponitur*' (*de vi et de vi armata*: fine età repubblicana); Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.1.4 '*hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur* […] *proponitur*'; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2 '*Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis*' (*de superficiebus*: I sec. a.C.); Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.30 '*Hoc interdictum de aqua aestiva proponitur*'; Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.22.1.1 '*hoc interdictum proponitur*' (*de fonte*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.23.1.5 '*Hoc interdictum, quod primum proponitur* (*de cloacis*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.1.1 '*Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa*' (*De homine libero exhibendo*); Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.30.1.1 '*Hoc interdicto proponitur*' (*De liberis exhibendis*); Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1.1 '*Hoc interdictum proponitur inquilino*' (*De migrando*); Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.8.4.1 '*Hoc edictum de eo damno proponitur*' (*De turba*). In Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.35 il verbo non è adoperato per indicare la predispozione di apposito rimedio giudiziale a livello edittale, ma semplicemente per dire che l'azione è concessa: '*in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet*'.

adrianeo l'autore della c. d. codificazione dell'editto pretorio.[586]

Ma, com'è del tutto evidente, questa considerazione da sola si dimostra assolutamente insufficiente per avvalorare l'altra. Nulla impedisce infatti di ritenere che Giuliano si fosse semplicemente limitato a mantenere nel testo codificato una clausola già preesistente, né certamente da questa eventuale condotta sarebbe legittimo ricavare implicazioni sul pensiero del giurista adrianeo in tema di atipicità contrattuale.

Non si può del resto ignorare che il momento dell'introduzione (nell'editto) dell'*actio de aestimato* costituisce un tema estremamente dibattuto in dottrina, così come estremamente incerte sono le informazioni che più in generale si hanno sulle vicende relative alla formazione del testo edittale preadrianeo.[587]

Basti qui ricordare che per Meylan tale azione avrebbe fatto il suo ingresso all'interno dell'editto addirittura già a partire dal principato augusteo,[588] anche se va detto le conclusioni dello studioso francese erano fortemente condizionate dall'idea per cui la tutela dei contratti atipici sarebbe stata assicurata mediante applicazione utile dell'*actio de aestimato*, che avrebbe per l'appunto operato da modello generale al quale il pretore si sarebbe rifatto, previ opportuni adattamenti, in caso di assenza di strumenti edittali tipici, secondo quanto emergerebbe dal pur interpolato Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1.1. Ciò, unito al fatto che i primi casi di concessione dell'*a.p.v.* risalirebbero a Labeone,[589] induceva appunto lo studioso a proporre la predetta datazione.

---

[586] Per il diverso punto di vista ribadito in più occasioni da Guarino vd. *supra* cap. II nt. 329.

[587] In proposito vd. C. FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, in RIL 24, 1891 = *Opere* 2, Milano 1929, 103 ss.; E. WEISS, *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, in ZSS 50, 1930, 258 ss.; A. WATSON, *The Development of Praetor's Edict*, in JRS 60, 1970, 105 ss.; N. PALAZZOLO, *La propositio in albo degli edicta perpetua e il plebiscitum Cornelium del 67 a.C.*, in *Sodalitas* V, Napoli 1984, 2427 ss. = F. ARCARIA (a cura di), *IUS e* TEXNE. *Dal diritto romano all'informatica giuridica. Scritti di Nicola Palazzolo* 1, Torino 2008, 236; ID., *Il principe, i giuristi, l'Editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto a Traiano*, in F. MILAZZO (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 1994*, Napoli 1996 = *Scritti* 1 cit., 339 s.; A. SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico* cit., 43, ove si denuncia lo stato desolante delle nostre conoscenze; C. GIACHI, *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'* cit., 113 ss.

[588] PH. MEYLAN, *Origine* cit., 103 nt. 1, 178; adesivamente É. CUQ, *Manuel*[2] cit., 503.

[589] PH. MEYLAN, *Origine* cit., 178: «la concession de l'action *p. v.* par Labéon déjà».

Senza considerare che anche recentemente è stata avanzata, seppur con estrema cautela, l'ipotesi di un inserimento in epoca postadrianea, in considerazione del fatto che le uniche informazioni in materia provengono da un giurista di tarda età severiana come Ulpiano.[590] Idea che pure in passato ha fatto presa su qualche isolato autore,[591] ma che nel complesso non pare coerente col registro espressivo impiegato nel testo che, come si è detto, parla un linguaggio rivolto a un passato lontano.

Quanto poi all'argomento dell'introduzione a opera di Giuliano di un *caput edicti* in materia di *bonorum possessio*, secondo quanto testimoniatoci da Marcello, non occorre sottolineare che esso assume un valore puramente suggestivo, che tutt'al più prova un intervento integrativo giulianeo sull'impianto edittale; intervento che, se in linea di principio tende ad avvalorare l'ipotesi prospettata, o meglio la rende non inverosimile, certamente è ben lontano dal dimostrarla.

Ancor meno è da ritenersi poi provato che nella prospettiva giuliano-adrianea tale azione avrebbe dovuto fungere da modello per una possibile applicazione analogica mediante l'impiego di *praescripta verba* al fine di tutelare quei rapporti non propriamente atipici, ma piuttosto di incerta qualificazione, in quanto suscettibili di essere ricondotti a più tipi edittali, secondo quanto sempre sostenuto da Gallo.[592]

Com'è noto, e come si è del resto appena osservato, lo studioso non è l'unico ad aver ipotizzato l'impiego dell'azione quale modello (Musterklage) da adattare in concreto.

L'ipotesi vanta in effetti origini assai risalenti e annovera tra i suoi sostenitori autorevolissimi studiosi,[593] i quali hanno addirittura e diversamente ipotizzato un ricorso ordinario all'*actio aestimatoria* (mediante *praescripta verba*) per la tu-

---

[590] In tal senso («non ci sentiamo di escludere con assoluta certezza che la previsione di un apposito rimedio per l'*aestimatum* sia avvenuta ben dopo la riforma di Adriano») E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 103 ss., 104 nt. 84.

[591] Così A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 77: «Neque actio singularis de aestimato ante Ulpianum et Paulum commemoratur, sed sine dubio ad clausulam generalem de praescriptis verbis pertinebat».

[592] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 148 ss., 201; una cauta adesione in G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 206.

[593] K.R. CZYHLARZ, *Lehrbuch* cit., 171: «In allen übrigen Fällen wurde sich nach Befund *ad exemplum* dieser Klage gegeben»; E. BETTI, *Sul valore* cit., 33: «L'actio proposita dovè servire agli ultimi classici di modello pel trattamento formale di negotia che escivano dai tipi tradizionali, quasi paradigma per estensioni ulteriori»; punto di vista confermato in ID., *Istituzioni* 2 cit., 325; PH. MEYLAN, *Origine* cit., 178; più genericamente di prototipo discute M. KASER, *'Ius honorarium'* cit., 86.

tela di tutti i rapporti contrattuali che avessero continuato a mantenersi al di fuori dell'ambito edittale: non solo dunque per quelli di incerta qualificazione. A proporla fu Lenel, prima ovviamente del brusco e ben noto revirement interpretativo che sarebbe emerso nelle sue ultime ricerche sull'Editto perpetuo.[594]

Si era così peraltro creduto di poter spiegare l'origine dell'insolita denominazione *actio aestimatoria praescriptis verbis*, da molti invece ritenuta sospetta,[595] anche in ragione del qui prospettato ricorso in via generale all'*a. p. verbis* appositamente prevista per l'*aestimatum* (così andrebbe in sostanza interpretato l'aggettivo *aestimatoria*), che si sarebbe tradotto in sostanza in una sua incongrua applicazione per casi dichiaratamente diversi.[596]

---

[594] O. LENEL, EP,[1] 238 («Die actio de aestimato war die einzige im Edict proponirte actio praescriptis verbis. In allen andern Fällen wurde dieselbe ad exemplum dieser erteilt»).

[595] A un'origine glossematica pensava già F. HOTOMANUS, *Observationum et emendationum in Ius Civile Libri XIII*, Genevae 1599, (*Liber V. Cap. XXVII)*, 163; ripreso da A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De aestimatoria actione. Titulus III. Ad l. Actio 1.*), 635: «legendum est deleta dictione *aestimatoriam* […] ex glossa imperiti alicuius interpretis»; bizantina la qualificazione '*aestimatoria*', non attestata altrove, per C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 77 ss.; F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 71 ss.; A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 58; tribonianea anche secondo P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 95 s.; sospetti («le nom d'*actio aestimatoria* à cause de l'*aestimatio* contenue dans la *taxatio*? C'est peu probable [...] peut être attribué aux compilateurs») anche in A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 199, ove si ipotizza un originario riferimento all'*actio civilis incerti* («[…] supprimant les mots *aestimatoria praescriptis verbis* qui auraient remplacé: *incerti civilem reddendam*»), con un punto di vista riproposto in ID., *Une interpolation prétendue dans Dig. de aestimatoria 19.3.1*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959, 135 ss., con la differenza però che l'autore tenderà qui a escludere che con l'aggettivo *aestimatoria* i compilatori avrebbero inteso riferirsi all'*a. de aestimato*: piuttosto l'aggettivo sarebbe stato impiegato come epiteto per evidenziare come l'azione (ogni azione *p.v.*) fosse diretta alla stima dell'interesse alla controprestazione («toute *actio praescriptis verbis* pouvait porter l'épithète d'*aestimatoria* parce qu'elle comportait normalement l'aestimation […]»): eventualità che invece era espressamente scartata in ID., *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 199 («C'est peu probable, car le nom *aestimatoria* ne se trouve qu'en matière d'*aestimatum*»: per un riferimento all'*aestimatio* vd. più recentemente L. D'AMATI, *I nova negotia* cit., 575 nt. 38); per la fattura bizantina vd. PH. MEYLAN, *Origine* cit., 115 s. («interpolation manifeste»); a un'origine glossematica più che compilatoria pensa C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 21; la genuinità della locuzione '*actio aestimatoria praescriptis verbis*' è difesa invece da F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 151 s.; e più recentemente da E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 151 s.

[596] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 77 («prenez le texte à la lettre, et vous arrivez à cette absurdité que, dans tous les cas ou l'on ne sait de quel nom appeler un contrat, faut donner l'action *praescriptis verbis aestimatoria*»); sospetti sulla frase conclusiva si trovano anche in R. VON JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei*, in Jh. Jb. 15, 1877, 384 ss., con la proposta di leggere '*conveniret tamen aestimationem dari'* anziché *aliquam actionem*; aderisce alle critiche, ma non alla resti-

Si è per lo più trattato di proposte congetturali estremamente incerte, dalle quali peraltro ha preso le distanze lo stesso Gallo,[597] e che sono state favorite da una non felice comprensione del brano dovuta al fatto che non si è stati in grado di distinguere, nella non poi così complessa trama narrativa del passo, i differenti piani temporali su cui si muove il ragionamento ulpianeo. È così accaduto che, anche nell'interpretazione fornita dal Maestro torinese, considerazioni evidentemente appartenti al passato (*quotiens-actionem*) si siano malauguratamente trasformate in linee guida, se non addirittura in prescrizioni per il futuro, con un'interpretazione che ha avuto l'ulteriore effetto di indurre lo studioso a denunciare un incongruente scarto di prospettiva tra le due parti del frammento,[598] da spiegarsi (a suo dire) attraverso l'ipotesi di un intervento compilatorio,[599] ove a cadere sarebbe stata la parte (da *quotiens enim*) in cui Ulpiano si sa-

---

tuzione testuale proposta da Jhering, coinvolgente il tratto *quotiens-actionem*, («Cette proposition est déraisonnable. Comment parler de l'action estimatoire lorsque la convention sur laquelle on se fonde pour agir n'est pas un *aestimatum*?») anche A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 39, con la precisazione: «il est à croire que non seleument l'action générale *praescriptis verbis* n'était pas dite *aestimatoria* (ce qui est évident), mais que l'action spéciale *de aestimato* elle-même ne s'appelait pas *praescriptis verbis*»; severo il giudizio («Io ritengo […] contenga una vera e propria assurdità») di P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 87, 90 ss.; rilievi anche in A. GIFFARD, *Une interpolation prétendue* cit., 136 s. Provava a risolvere tale inconveniente ipotizzando un guasto testuale («Weglassung eines Homöoteleuton») rispetto a un originario '*conveniret aliquam actionem dari <dandam praescriptis verbis actionem; hic ergo dandam> aestimatoriam praescriptis verbis actionem*' A. PERNICE, *Ulpian als Schrifsteller* cit., 451. Per un'interpretazione della locuzione nel senso di «dandam esse praescriptis verbis actionem, quae in hoc casu aestimatoria appellatur» vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 63 nt. 52; così già vd. ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad Lib. XIX. Titulus III. De aestimatoria actione* cit., 1000: «Aestimatoriam id est quae aestimatoria in hoc casu […] nec enim quoties datur in subsidium aestimatoria dicitur».

[597] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 203 («non ci pare adeguatamente fondata l'ipotesi […] secondo cui l'*actio de aestimato* […] sarebbe servita da modello per la tutela di tutte le convenzioni atipiche»); in senso contrario vd. già A. PERNICE, *Ulpian als Schrifsteller* cit., 450 s. («scheint es mir klar, dass diese actio selbst ein ganz freies Gebilde war, nicht etwa eine Nachahmung der a. aestimatoria»): il riferimento («diese actio») è ovviamente all'*a.p.v.*; W.W. BUCKLAND, *Aestimatum* (1932) cit., 495.

[598] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 149: «Le dispute ricordate all'inizio circa l'azione spettante per l'*aestimatum*, sono dispute del passato […] al contrario le incertezze di cui si parla più avanti […] sono dispute del presente, non eliminate dall'aggiunta al novero delle azioni previste nell'editto di quella *de aestimato*».

[599] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 150 («Le incongruenze rilevate tra la prima e la seconda parte del frammento sono senza dubbio un indice, difficilmente contestabile, dell'intervento dei compilatori del Digesto»).

rebbe trovato ad affrontare il tema dell'estensione analogica dell'*actio de aestimato* alle convenzioni di incerta qualificazione, dato che nel diritto giustinianeo la tutela non sarebbe più avvenuta tramite la concessione in via utile dell'*actio aestimatoria*, ma attraverso il ricorso a «un'apposita categoria di azioni da essa indipendenti e dette *praescriptis verbis*».[600]

Non si è però considerato che i congiuntivi impiegati da Ulpiano sono congiuntivi imperfetti e non presenti e dunque esprimono contemporaneità nel passato. Ciò significa che il tratto '*quotiens-dari*', non va tradotto, come tendeva a fare invece Gallo, «ogni qualvolta infatti si dubiti [...] e convenga tuttavia»,[601] ma piuttosto: 'ogni qualvolta infatti si dubitasse [...] e convenisse tuttavia'.[602]

Le implicazioni di questa diversa interpretazione sono evidenti. Se anche le considerazioni contenute nel seconda parte del brano sono da intendere con riferimento al passato,[603] e se dunque contengono un resoconto (anche se ormai non pienamente intellegibile per via dei probabili interventi che lo stesso deve aver subito)[604] di ciò che avveniva prima del riconoscimento a livello edittale dell'*actio de aestimato*, è impossibile che esse siano da interpretare come affermazione di un principio di estensione analogica della medesima azione, quando si riferiscono a un periodo, nel quale l'azione non era stata ancora introdotta.

Senza contare che, come è stato già argutamente rilevato,[605] a questo punto l'unica somiglianza tra la convenzione da tutelare e l'*aestimatum* avrebbe ri-

---

[600] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 150.

[601] F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 148 s. nt. 58; negli stessi termini più di recente C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 226 («quando vi è controversia sul nome […] si deve dare l'*actio praescriptis verbis*»).

[602] Così giustamente E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 122 ss.

[603] Così del resto già F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 71 («passt der ganze ausgeschriebene Satz von quotiens an gar nicht zu der actio de aestimato, sondern nur zu der Klage mit Präscriptio»).

[604] A un intervento di sunteggiatura del testo pensa J. KRANJC, *Die actio* cit., 442 s., il quale così spiega i vari profili problematici che il testo presenta («Die Unklarheiten, auf die man in Ulp. D. 19.3.1 pr. stößt, sind daher den Kürzungen des originalen Textes als etwaigen Ergänzungen zuzuschreiben. Der Inhalt des Fragments ist in seinem Kern echt»); F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 239 s.; ID., *Alle origini dell'analogia* cit., 922 ss.; ID., *Synallagma* 2 cit., 150 ss.; in proposito vd. E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 126 ss., 151 ss., 160 s., ove si prende posizione in difesa della genuinità dell'aggettivo '*alicuius*', la cui interpretazione andrebbe contestualizzata (e dunque riferita ai soli «accordi che potevano dar luogo ai dubbi esposti nella prima parte del brano»).

[605] Così A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 526; ID., *Tra causa e tipo* cit., 94.

guardato l'incertezza circa la qualificazione,[606] con un'osservazione che del resto non era neppure sfuggita a Gallo, il quale si era anzi preoccupato di precisare come la somiglianza non avrebbe investito l'aspetto strutturale o ancora funzionale del negozio, ma avrebbe avuto piuttosto ad oggetto l'«incertezza dell'inquadramento».[607]

6. Breve valutazione sulla tenuta dell'interpretazione tradizionale di Ulp. 4 *ad ed.* alla luce dei risultati sin qui acquisiti.

Gli elementi sino ad ora raccolti sono serviti, crediamo, a revocare in dubbio la *communis opinio*, quantomeno nella sua impostazione più radicale, che vorrebbe attribuire a Salvio Giuliano un ricorso incondizionato all'azione pretoria in tutti casi in cui il concreto assetto di interessi realizzato dalle parti non fosse riconducibile, neppur in via assimilativa, ad una delle fattispecie contrattuali tipiche, non consentendo così l'impiego delle relative azioni previste a livello edittale.

Si è altresì osservato come non si via spazio neppure per pensare a un rifiuto da parte di Giuliano nei confronti dei rapporti indicati in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 (*do ut des*, *do ut facias*), secondo quanto (inizialmente) sostenuto, come senz'altro si ricorderà, da Gallo.[608] In effetti, tale circostanza non risulterebbe esclusa neppure dall'apertura giulianea che sembra profilarsi in via generale in Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3, dato che si tratterebbe pur sempre di stabilire in quali casi e a quali condizioni Giuliano ritenesse esistente un *contractus*.

Tuttavia neanche questa posizione, benché presenti indubbiamente il pregio di rivelarsi più moderata, può essere accolta. Ancor più se si pensa che, nonostante i molti sforzi compiuti in tal senso, non si è fatta chiarezza intorno ai motivi che avrebbero dovuto indurre Giuliano a riconoscere civilisticamente la fattispecie discussa in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, tanto per fare un esempio, e non invece quei rapporti riconducibili agli schemi di cui in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.

Affermare che soltanto nel caso lì prospettato si sarebbero delineati profili analogici con un contratto tipico, nel caso di specie il *mandatum*,[609] ed esclu-

[606] Aderisce al punto di vista di Burdese E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 118 ss.

[607] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 154.

[608] Sul punto vd. cap. II § 6.

[609] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 176 ss., 202 ss.

derlo a priori per gli altri rapporti, sulla base di un esame limitato al solo aspetto dello schema contrattuale, e non anche invece a seguito di una più attenta valutazione condotta intorno al concreto profilo causale dell'operazione negoziale, rappresenta, come si è più volte avuto occasione di rilevare,[610] un tentativo di sottrarsi a ogni esigenza di chiarezza. Tanto più che anche per i rapporti appena indicati dovevano presentarsi elementi di affinità con i contratti tipici. Si pensi al caso, certamente più eclatante, della permuta, la cui somiglianza con la compravendita consensuale non poteva sfuggire neppure a quanti escludevano la concessione di un'azione d'adempimento, se è vero che una nutrita componente sabiniana, proprio basandosi su queste affinità, si era addirittura spinta al punto di proporne una completa assimilazione con lo schema della compravendita; o ancora, all'ipotesi presa in considerazione in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, su cui avremo modo di tornare, ove viene prospettato il ricorso all'azione contrattuale (in alternativa alla *condictio*) in relazione a fattispecie di *do ut facias* analoga alla *locatio conductio*, se non per il fatto che, a titolo di compenso per le opere locative, è stata prevista l'attribuzione di un corrispettivo diverso dal denaro, in termini che, come si è visto, riproponevano (in un quadro certo non altrettanto problematico) parte delle questioni legate al rapporto vendita-permuta.[611]

In una prospettiva sempre analogista, sarebbe già più ragionevole provare a circoscrivere l'ampiezza del dissenso giulianeo alla sola fattispecie analizzata nel *l.* 4 *ad ed.* di Ulpiano, la quale certamente presentava tratti estremamente peculiari, che avrebbero potuto rendere incerta l'individuazione di un'affinità di tipo analogico con fattispecie tipiche edittali, secondo quanto è stato suggerito, come si è visto, da Burdese,[612] nel solco peraltro di un consolidato indirizzo interpretativo.[613] Anche in questo caso ci troviamo però di fronte a una spiegazione che non sembra del tutto soddisfacente e che soprattutto non pare trovare precisa corrispondenza nel resoconto ulpianeo, ove la questione del rifiuto giulianeo viene diversamente impostata nell'ottica di una presa di posizione legata alla logica sinallagmatica aristoniana – e dunque a un modo di procedere di tipo sillogistico-deduttivo, diretto alla individuazione del contratto all'interno del negozio, nel suo essere in grado di proporsi come *species* di un più ampio *genus* –,

[610] Cap. II § 7, cap. III § 1.2

[611] Cap. III § 1.

[612] Al riguardo vd. cap. I § 6.

[613] In proposito vd. cap. I § 1, cap. V § 1.1.

piuttosto che all'esito di una valutazione maturata nella diversa prospettiva di un approccio di tipo analogista, diversamente calibrato su un raffronto tra tipi, ove è essere in discussione sarebbe più propriamente la riferibilità di una *species* ad altra *species*. Le parole di Ulpiano non sembrano lasciare significativi dubbi in proposito: *Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc* […] *esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*.

Resta da chiarire a questo punto il senso della decisione di Giuliano di ricorrere all'*a. in factum* in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 e di come questa si inquadri nell'ambito della dottrina aristoniana del sinallagma. Per farlo, occorrerà partire, come si è anticipato, da un più attento esame della tesi di Giffard. Alla soluzione di tali questioni sarà integralmente dedicata la seconda parte dell'indagine.

RIEPILOGO

È il caso di provare a riassumere per sommi capi i risultati ai quali questa prima parte dell'indagine ci ha condotti. Si è innanzi tutto avuto modo di evidenziare (*cap. I § 1*) come l'ipotesi di una chiusura giulianea al fenomeno dell'atipicità contrattuale non sia risalente. Di essa non vi è quasi traccia sino alla prima metà del XIX secolo, quando comincerà gradualmente ad emergere l'idea di una *dissensio opinionum* tra i giuristi romani in tema di tutela dei *nova negotia*: *dissensio* che avrebbe visto i giuristi di area sabiniana, e tra questi in particolare Giuliano, refrattari a un allargamento l'area del contratto al di là delle ipotesi previste a livello edittale. Sino a quel momento gli studiosi si erano piuttosto mossi lungo un percorso interpretativo che credeva diversamente a una omogeneità di forme di intervento e che, proprio per tale ragione, era abituato a considerare i casi che documentavano l'impiego dell'azione *in factum* pretoria come ipotesi del tutto eccezionali, giustificate dalla specificità delle singole vicende negoziali. Non vi era pertanto motivo per attribuire a Giuliano un atteggiamento restrittivo, in dissenso con le vedute aristoniane in materia: non perlomeno in base a Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, al quale era del resto facile contrapporre Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3, in cui il giurista adrianeo mostrava di fare larghissimo uso dell'azione contrattuale atipica.

Il primo a ventilare la possibilità di un dibattito interno alla giurisprudenza sulle forme di tutela da approntare fu Eduard Gans (*cap. I § 2*), il quale ne fece tuttavia una semplice questione di metodo, come se la disputa tra Sabiniani e Proculeiani avesse riguardato l'interrogativo se procedere attraverso un'estensione dell'ambito applicativo delle azioni edittali (secondo logiche di tipo assimilativo) o piuttosto per il tramite di una loro applicazione in via utile, mediante l'inserimento di appositi *praescripta verba* all'interno della struttura dei relativi programmi di giudizio (in via quindi analogica). Sempre attraverso, dunque, forme di tutela che avrebbero assicurato una piena appartenenza dei *nova negotia* alla categoria del contratto. Il primo in effetti ad aver avanzato l'ipotesi di un contrasto di scuola che avrebbe visto i Sabiniani contrari alla possibilità di riconoscere l'esistenza di nuove obbligazioni civili da tutelare median-

te *a.p.v.* fu piuttosto August Wilhelm Heffter, nelle *Observationes* poste a commento del quarto libro delle istituzioni di Gaio (*Gai Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827). Si trattò però di un semplice spunto, che peraltro l'autore non ebbe cura di raccordare col pensiero espresso all'interno della stessa opera, ove egli mostrava diversamente di aderire a quelle logiche omologative cui si erano isipirati i suoi predecessori. Se si prescinde da un'analoga breve notazione presente (già) nella prima edizione dei *Precis de droit romain* di Accarias del 1872, che costituiva un significativo revirement interpretativo rispetto alle non sempre lineari conclusioni prospettate dall'autore francese nel più ampio e celebre lavoro monografico pubblicato appena sei anni prima (*Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866), o ancora da fugaci spunti apparsi qua e là in dottrina, può dirsi che è con Pernice (*Parerga* 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, ZSS 9, 1888) che prende compiutamente corpo l'idea di un radicale rigetto dell'atipicità contrattuale da parte dei Sabiniani e massimamente di Giuliano (*cap. I § 3*). I termini della questione erano ormai ben tracciati: da un lato i Proculeiani che avrebbero ammesso l'esistenza di un contratto, produttivo come tale di obbligazione da tutelarsi mediante azione civile (*actio civilis incerti*, altrimenti detta *a.p.v.*), dall'altro i Sabiniani (con in testa Giuliano) che, negando il contratto, avrebbero diversamente configurato una responsabilità quasi da illecito, da farsi valere medante il ricorso ad apposita azione pretoria (*a. in factum*).

Grazie anche agli studi di Joseph Pokrowsky, che ebbe il merito di richiamare l'attenzione sui riflessi pratici che sarebbero scaturiti dall'adesione all'uno o all'altro orientamento, l'idea si diffuse rapidamente. In Italia (*cap. I § 4*) fu certo decicisiva l'approvazione di Emilio Betti in un notissimo studio apparso nel 1915 sul Bullettino (*Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*), il quale in particolare raccolse l'ipotesi di una diversità funzionale tra i due modelli processuali formulata da Pokrowsky, assegnando così, anch'egli, all'*a. in factum* la funzione di perseguire il solo interesse negativo, a differenza dell'*a.c.i.* diversamente indirizzata a far valere l'interesse (positivo) all'adempimento.

(*Cap II §§ 1-3*) Un peso decisivo nella formazione di tale tradizione di pensiero ha giocato, come si è anche adesso ricordato, Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, il cui impianto narrativo parrebbe in effetti suggerire l'idea di una resistenza da parte di Giuliano a riconoscere l'esistenza di un contratto, per lo meno per quanto concerne le tipologie di rapporti indicati nel testo ulpianeo (*do ut des*, *do ut facias*). Non si può d'altra parte non considerare l'assoluta specificità del caso ricordato da Ulpiano. Non è pretestuoso ritenere che se tra i due giuristi, o meglio ancora tra Giuliano e Aristone, si fosse effettivamente venuto a delineare un contrasto

che avesse investito in una prospettiva assai più generale il problema della tutelabilità delle c.d. convenzioni atipiche, Ulpiano avrebbe probabilmente indirizzato la propria attenzione verso passaggi di più ampio respiro, tali da far trasparire in modo non frammentario il pensiero di tutti i giureconsulti coinvolti. Considerazione che non si può certo superare attraverso la sola ipotesi di un condizionamento derivante dal materiale al quale avrebbe attinto il giurista severiano.

Si è anche avuto modo di rilevare (*cap. II § 4*) come nessuna delle interpretazioni maturate nel quadro dell'orientamento tradizionale sia stata in grado di fornire un chiarimento soddisfacente sulle ragioni che avrebbero dovuto convincere Giuliano a chiudersi in un ostinato rifiuto dell'atipicità negoziale. La questione non è certo marginale: soprattutto se si tiene conto che è oggi prevalente l'idea di ricondurre l'origine della tutela civilistica delle fattispecie atipiche in senso stretto già all'epoca del principato augusteo, se non addirittura alle ultimissime fasi dell'età repubblicana. In quest'ottica, la posizione di Giuliano sarebbe destinata ad assumere il significato di un vistoso arretramento su posizioni ampiamente superate da oltre un secolo, che sarebbe ingenuo pensare di poter giustificare attraverso il solito argomento del contrasto fra scuole.

Si è visto (*cap. II § 5*) che la notazione non è del tutto sfuggita in dottrina. Di ciò si è in particolare avveduto Sargenti, il quale ha anzi provato a sfruttare tale incongruenza ricostruttiva per mettere in discussione l'idea di un riconoscimento civilistico per i rapporti negoziali extraedittali, per lo meno sino alla metà del II sec. d. C. Il rilievo in sé è certo da accogliere, per quanto non altrettanto possa dirsi per ciò che riguarda il profilo delle conclusioni raggiunte dallo studioso, sulle quali per altro verso ha pesato l'idea di una piena equivalenza processuale tra *a. in factum* e *a. praescriptis verbis*, sia dal punto di vista della spettanza dell'azione che da quello delle finalità. Se sul primo punto si può essere d'accordo con l'autore nel rigettare l'idea per cui la concessione di un'*a. in factum* avrebbe fatto degradare la pretesa attrice da diritto soggettivo a mera aspettativa (di tutela), non altrettanto può dirsi per la seconda questione. Non sembra si possa infatti ammettere che anche l'azione pretoria fosse diretta all'attuazione del programma obbligatorio e dunque volta al risarcimento dell'interesse c.d. positivo. Nulla prova da questo punto di vista il fatto che la giurisprudenza avesse a lungo lavorato sull'interpretazione delle formule, come le azioni *in factum*, con clausola condennatoria al *quanti ea res est* (*erit*, *fuit*), in modo da mettere il giudice nella condizione di fissare l'importo della condanna secondo il più duttile criterio dell'*id quod interest*, anziché quello originario e più stringente della *vera aestimatio* (Sachwert).

Si è osservato come la questione non possa essere risolta facendo affidamento sulle astratte potenzialità espressive di certe formulazioni linguistiche (*quanti ea res*

est), occorrendo al contrario concentrarsi sulla funzione in concreto assolta dal singolo strumento processuale. Se si accetta l'idea per cui la concessione dell'*actio in factum* (*concepta*) debba essere interpretata come la conseguenza della mancata individuazione dei caratteri propriamente contrattuali di una determinata fattispecie, risulta poi incongruente sostenere che la stessa azione potesse essere esercitata per il conseguimento dell'interesse all'esatto adempimento della prestazione, una volta che si è preliminarmente escluso che vi fosse la fonte stessa (contratto) dal quale tale interesse (o tale diritto) sarebbe dovuto discendere. Si è anzi fatto notare come le fonti sembrino talvolta attribuire all'*a. in factum* una funzione ripetitiva in senso stretto, prospettando una sostanziale assimilazione con la *condictio*.

Si è visto (*cap. II § 6*) come proprio la segnalata inadeguatezza della tesi tradizionale nel fornire una coerente ricostruzione sotto il profilo dell'evoluzione storica deve aver convinto parte della dottrina a spostarsi su indirizzi ricostruttivi meno radicali. Se si fa eccezione, per il momento, per Giffard, gli studiosi che sembrano essersi maggioremente impegnati in tal senso sono stati indubbiamente Burdese e Gallo. Volendo prescindere da più specifici aspetti di dettaglio, può dirsi che entrambi gli autori hanno rigettato l'ipotesi di una resistenza giulianea all'estensione dell'area del contratto al di là dei tipi edittali. Il dissenso rispetto alla veduta aristoniane non avrebbe avuto infatti ad oggetto la possibilità di un riconoscimento di tali rapporti, mediante la predisposizione di appositi rimedi 'civilistici', quanto la determinazione dei requisiti a tal fine necessari, con dirette conseguenze sull'individuazione del rimedio processuale da impiegare a tal fine. Con una certa approssimazione possiamo dire che il contrasto riferitoci in Ulp. 4 *ad ed.*, che avrebbe visto Mauriciano e lo stesso Ulpiano prendere le distanze dalla soluzione patrocinata dal giurista adrianeo, non sarebbe altro che espressione del più ampio dibattito che agitava all'epoca la giurisprudenza, divisa tra le opposte logiche solutive labeoniana e aristoniana. La prima, quella labeoniana, che si affidava alla concessione di un'azione *in factum* decretale concessa per il caso concreto, sul modello dei *iudicia bonae fidei*, sul presupposto di una negoziazione produttiva, anche solo potenzialmente, di obbligazioni in capo ad entrambe le parti (*ultro citroque obligatio*); la seconda, quella aristoniana, che puntava piuttosto sul ricorso all'*a. civilis incerti* di stretto diritto, sul diverso presupposto di una reciprocità di prestazioni, a condizione, però, che una delle due avesse trovato spontanea esecuzione (Vorleistung).

Si è osservato (*cap. II § 7*) come entrambi i tentativi non possano essere accolti, né sotto il profilo delle conclusioni proposte, né ancora sotto il profilo dell'apparato motivazionale a tal fine addotto. Senza dover qui analiticamente ripetere quanto si è evidenziato nel corso dell'indagine e a prescindere da rilievi

che andrebbero mossi più nello specifico alla tesi di Gallo, può tuttavia dirsi che entrambi gli studiosi hanno finito per operare una contaminazione tra le due diverse teoriche contrattuali (labeoniana e aristoniana). Si è così attribuito ai fautori dell'orientamento labeoniano soluzioni che avrebbero dovuto risultare del tutto estranee alla loro impostazione metodologica. In una prospettiva ancor più generale ambedue le tesi risentono della tendenza, assai diffusa, a proporre un'omologazione sul piano della configurazione dogmatica delle c.d. *dationes ob rem*, che, per l'essere incentrata sulla prospettiva dell'obbligazione unilaterale, ha finito per porsi in termini di incompatibilità rispetto all'ipotesi di un modello contrattuale basato sulla bilateralità del profilo obbligatorio, dando vita così a una distinzione tra convenzioni atipiche sinallagmatiche e *dationes ob rem*, che nei termini in cui è stata delineata, rischia di apparire artificiosa. Non si è infatti sino in fondo considerato che le c.d. *dationes ob rem* non costituiscono una categoria giuridica contrassegnata da una precisa fisionomia sul piano degli elementi strutturali o meglio ancora dei processi di perfezionamento, ma rappresentano piuttosto uno schema per lo più descrittivo dell'operazione negoziale vista dalla più ristretta angolazione del profilo causale, in assenza dunque di una più specifica attenzione ai meccanismi giuridici che dovranno condurre alla realizzazione dell'operazione negoziale stessa. Si tratta pertanto (e in altri termini) di un modello coerente con l'ipotesi di fattispecie contrattuali orientate alla costituzione di un vincolo obbligatorio in capo a entrambe o tutte le parti. Si è anche osservato come la descrizione dell'operazione negoziale da parte dei giuristi, in termini che pongono l'accento sull'avvenuta esecuzione di una prestazione in funzione di una controprestazione, non rappresenti mai un motivo per escludere una qualificazione della fattispecie all'insegna dello schema di uno dei contratti consensuali tipici. Si è altresì evidenziato come nella tesi di entrambi gli studiosi si assista, non di rado, a una commistione tra metodiche argomentative dallo statuto concettuale ben distinto: con un'interferenza tra logiche ricostruttive che, in misura ancor più accentuata, si riscontrava già in Betti. Si è visto (*cap. II § 8*) come a rilievi sostanzialmente non differenti si esponesse, per lo meno per ciò che riguarda il tema del rapporto tra *dationes ob rem* e contratti sinallagmatici, la tesi formulata intorno alla metà degli anni Novanta da Cannata, in cui l'illustre studioso provava anch'egli a prendere le distanze rispetto all'indirizzo dottrinale maggioritario che escludeva un ricorso di Giuliano all'azione contrattuale in tema di *nova negotia*: indirizzo al quale aveva, in effetti, egli stesso inizialmente aderito e che sarebbe tornato ad abbracciare negli ultimissimi lavori.

Di fronte alla constatazione che neppure le più moderate posizioni emerse in dottrina sono state in grado di fornire una soddisfacente lettura della dottrina

giulianea in materia di atipicità contrattuale, si è passati ad esaminare le fonti addotte a sostegno della *communis opinio*, al fine di verificare fino a che punto queste siano realmente decisive per l'attribuzione a Giuliano di un atteggiamento di diffidenza verso modelli negoziali che sfuggissero a un esatto inquadramento nei tipi edittali, e non siano piuttosto compatibili con un'interpretazione non generalizzante di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.

Si è cominciato (*cap. III §§ 1-1.4*) con l'esame di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1. *Ego* trasferisce a *Tu* un proprio appezzamento di terreno con l'intesa che questi, una volta edificata sull'area una costruzione a più elevazioni (*insula*), provveda a trasferirgli a sua volta la proprietà di parte del suolo con annesso stabile. La fattispecie non si prestava a essere ricondotta nell'ambito dei consueti schemi contrattuali. Di fronte all'impossibilità di avvalersi di rimedi processuali edittali il giurista prospettava il ricorso a un'*actio in factum* (*in factum putat actionem Iulianus dandam*), nel testo qualificata come *praescriptis verbis*. La soluzione ha destato naturalmente svariati sospetti in dottrina. Anche chi, come Gallo (*cap. III § 1.2*), ha ritenuto di salvare il riferimento all'*a.p.v.* ha tuttavia pensato a un incisivo (e sostanzialmente manipolativo) intervento di sintesi da parte dei commissari. È infatti opinione dell'autore che, alla citazione del punto di vista di Giuliano, Ulpiano avesse fatto seguire una puntualizzazione critica, alla stregua di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Sarebbero stati i compilatori a sopprimere l'intero tratto in questione, mantenendo però l'ablativo *praescriptis verbis* e premettendovi l'inciso *id est*, al fine di ottenere una facile identificazione tra l'*actio in factum* giulianea e l'*actio praescriptis verbis*. A spingere Giuliano verso il ricorso all'azione pretoria, sarebbe stata la struttura rigorosamente unilaterale della vicenda negoziale, che avrebbe reso impraticabile, nel solco (pare di capire) della dottrina labeoniana, l'impiego dell'azione contrattuale (*a.p.v.)*. Si tratta di un punto di vista che non può essere accolto. Tutta la tesi dello studioso risente di quell'idea di fondo che tende, come si è detto, a inquadrare le diverse ipotesi di scambio sinallagmatico indiscriminatamente nello schema della c.d. obbligazione unilaterale, senza peraltro tener conto, anche nella più specifica prospettiva aristoniana della prestazione c.d. costitutiva, dell'obbligazione di garanzia fatta gravare sul primo esecutore mediante l'*a. civilis incerti* (si pensi appunto al caso di Ulp. 4 *ad ed*.). Non si è poi considerato che la vicenda riassunta nel brano ulpianeo (come più in generale ogni negoziazione di scambio) non è di per sé né unilaterale, né bilaterale, anche solo imperfettamente. Ogni considerazione sulla numerosità dei soggetti gravati da obbligazione nell'ambito di una determinata vicenda negoziale non può che dipendere in realtà dal tipo di valutazione che dello stesso rapporto viene effettuata sul piano strutturale, in relazione al suo momento costitutivo (*obligatio*

re o *consensu contracta*): valutazione che a sua volta è in diretta e stretta connessione con la qualificazione giuridica della fattispecie. La circostanza che il giurista fosse chiamato a pronunciarsi in relazione a un caso per il quale si fosse verificata una consegna, magari anche traslativa di proprietà, non impediva affatto che dello stesso rapporto venisse fornito un inquadramento all'interno di uno schema contrattuale organizzato secondo i meccanismi propri dell'*obligatio consensu contracta*. D'altra parte, se così non fosse stato, di fronte al trasferimento dell'area, Giuliano non si sarebbe neanche preso la briga di prendere in considerazione una riconduzione agli schemi dell'*emptio-venditio*, del *mandatum* o della *societas*. Né del resto è stato l'avvenuto trasferimento di proprietà, in quanto tale, ad avere in questa occasione indotto il giurista a respingere la configurabilità di uno dei contratti appena indicati: ad incidere era stata piuttosto la 'misura' del trasferimento. Si è avuto peraltro modo di osservare come Gallo avesse dato risalto a un elemento, come quello della sussistenza di una bilateralità oggettiva anche solo eventuale, che non avrebbe dovuto assumere alcun rilievo di fronte al mutato indirizzo di politica giurisdizionale che, a detta dell'autore, si sarebbe avviato con la codificazione dell'editto e che avrebbe slegato la questione del riconoscimento delle fattispecie contrattuali atipiche dalla sussumibilità delle stesse in un predeterminato modello contrattuale (sinallagma), per proporre modi e forme di intervento che si sarebbero piuttosto preoccupati di individuare precise relazioni analogiche rispetto a singoli tipi contrattuali.

Quanto poi alla congettura di una soppressione compilatoria dei rilievi ulpianei all'impostazione giulianea, si è osservato (*cap. III § 1.3*) come non vi siano in verità elementi che consentano di aderire all'ipotesi di un intervento critico da parte di Ulpiano. L'assenza di rilievi da parte di Ulpiano, diversamente da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, non può non far pensare a una condivisione della soluzione giulianea da parte del giurista severiano. Si potrebbe astrattamente ritenere che Giuliano concedesse l'azione pretoria e che alla stessa azione si rifacesse Ulpiano, con un'ipotesi che appare tuttavia non molto verosimile, tenuto conto che, tra i giuristi classici, Ulpiano è senza dubbio colui che più di altri mostra di far ricorso all'azione contrattuale. Senza contare che, se così fosse, la testimonianza perderebbe buona parte del proprio valore ai fini di una ricostruzione del punto di vista del giurista adrianeo secondo gli usuali schemi antiaristoniani, visto che si tratterebbe comunque di fattispecie per la quale anche Ulpiano avrebbe dichiarato inammissibile l'impiego dell'azione civile: lo stesso Ulpiano che in Ulp. 4 *ad ed*. si sarebbe apertamente schierato in favore di Mauriciano nei panni di recensore di Giuliano. In sostanza non potrebbe certo suffragare l'immagine di giurista ostinatamente contrario ad ogni allargamento dell'area del contratto.

Si è tuttavia ritenuta preberibile l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale

da parte di entrambi i giureconsulti. Tali conclusioni hanno trovato conferma nell'esame di Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., ove il giurista severiano, con riferimento a una fattispecie (solo) affine all'*aestimatum* si fa suggeritore del ricorso a un'azione parimenti qualificata come *actio in factum*, ma da identificarsi con l'*a.p.v.* che egli concedeva in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44. Ipotesi che ci è parsa avvalorata dal ricorso alla categoria del *negotium* (*quasi alio negotio gesto*), la cui associazione all'*a.p.v.* (o *a.c.i.*) ritorna frequentemente negli scritti di Ulpiano soprattutto quando, a livello argomentativo, occorre giustificare la concessione dell'azione contrattuale atipica: come nel caso di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. o Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15. Ammettere l'impiego dell'azione pretoria da parte di Ulpiano in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr., magari sulla scia di Giuliano, significherebbe cominciare a interrogarsi seriamente sulla genuinità delle due ultime testimonianze citate, e a questo punto anche sull'ampiezza dell'intervento bizantino in materia di contratti innominati, in termini che costituirebbero un primo e inevitabile passo verso il ritorno a impostazioni non distanti da quelle della dottrina interpolazionistica. Si è visto come non sia per nulla verosimile che Ulpiano potesse negare l'azione contrattuale in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr. e Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.44, rispetto dunque a una fattispecie non particolarmente problematica, e concederla invece in una vicenda come quella di Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15, in cui l'individuazione dei tratti sinallagmatici (e negoziali in senso stretto) poteva e doveva ritenersi ancora più incerta.

Tenuto conto che l'assenza di rilievi critici da parte di Ulpiano alla soluzione di Giuliano (nel § 1) deve far pensare a un'adesione al punto di vista del giurista adrianeo, e considerato ancora che poco prima, nello stesso contesto tematico, Ulpiano si era fatto suggeritore del ricorso a un'azione *in factum*, da ritenersi (per le ragioni chiarite) civile, è ragionevole ritenere che al medesimo modello processuale si stesse rifacendo anche Giuliano per il caso esaminato nel § 1 e che dunque anche il giurista adrianeo stesse proponendo l'impiego di un'azione contrattuale atipica. Guardando in concreto all'azione concessa da Giuliano (*cap. III § 1.4*), tenuto conto delle analogie della vicenda negoziale col contratto societario, si è pensato a un intervento adeguativo del modello processuale dell'*actio pro socio*, secondo lo schema proprio delle c.d. 'klageerweiternden *actiones in factum*', riprendendo così una proposta per lungo tempo diffusa in dottrina. A essere in discussione, in altri termini, non era il fatto che le parti volessero svolgere insieme, in forma societaria, un affare. A essere qui segnalata era piuttosto una deviazione sul piano dei meccanismi regolativi, per così dire, dell'assetto dei beni societari: senza che questo toccasse però il profilo causale, del *nomen iuris* della fattispecie. In particolare si trattava di stabilire entro quali limiti e in che misura si potesse ammettere la c.d. *societas quoad sortem*. L'ade-

guamento del programma di giudizio sarebbe in sostanza servito a superare le riserve che sarebbero potute emergere in sede di giudizio nel considerare *societas* un rapporto che aveva dato luogo a un integrale, ancorché momentaneo, trasferimento del bene 'societario', col risultato finale e con l'obiettivo di rendere possibile un'estensione del normale ambito applicativo dell'azione. Sempre nell'ottica di un impiego dell'azione contrattuale da parte di Giuliano, ci è parso di non poter seguire la proposta di quanti hanno voluto mettere in relazione la soluzione adottata qua da Giuliano con il punto di vista labeoniano espresso nel notissimo Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: quasi avesse qui trovato impiego un'azione contrattuale generale, nell'impossibilità di procedere a una semplice rimodulazione del programma di giudizio previsto per il caso edittale analogo. Proposta che, al di là di più specifici rilievi, non ci è parsa coerente con l'impostazione complessiva dell'argomentazione giulianea, che, col richiamo a una vicenda contrattuale simile, segue gli schemi logici propri dell'argomentare per analogia, costruiti sul raffronto tra *species*, più che quelli sillogistico-deduttivi, diversamente basati sulla riconduzione di una o più *species* all'interno di un *genus*.

(*Cap. III §§ 2-2.5*) Neppure nel senso voluto dalla dottrina tradizionale sembra si possa invocare Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24. *Titius* consegna una somma di denaro a *Sempronius*, il quale si impegna a pagare il *tributum* dovuto da *Titius*, facendo ricorso agli interessi maturati sul capitale, da calcolarsi nella misura del 6%. Pagato il tributo, *Sempronius* avrebbe dovuto restituire, in aggiunta al capitale, la somma di interessi eventualmente rimasta. Nel caso in cui l'importo dell'imposta si fosse rivelato maggiore rispetto a quello degli interessi così computati, *Sempronius* avrebbe dovuto attingere al capitale, deducendo la somma così prelevata da quella che andava restituita a conclusione dell'intera operazione negoziale. Da parte sua *Titius* si impegnava a tenere indenne *Sempronius*, rifondandogli quanto esborsato, nell'eventualità che l'insufficienza del capitale lo avesse costretto ad aggiungere di tasca propria la somma necessaria per far fronte al pagamento del *tributum*. Le parti non si erano preoccupate di ricorrere a una *stipulatio* nella quale riversare il contenuto complessivo dell'accordo o anche del solo patto usurario. A rivolgersi a Salvio Giuliano era *Titius*, il quale chiedeva chiarimenti in relazione alle modalità con cui ottenere la somma di interessi rimasta nella disponibilità di Sempronio una volta che questi aveva provveduto al pagamento del *tributum*. La soluzione del quesito passava dalla qualificazione della fattispecie. Un inquadramento della vicenda negoziale negli schemi propri del mutuo avrebbe assunto il significato di negare al richiedente il diritto di pretendere il pagamento degli interessi, essendo, in tal caso l'azionabilità della pretesa rigorosamente subordinata all'adozione di

un'apposita *stipulatio usurarum*. A questo punto Giuliano si chiedeva se per caso l'operazione posta in essere dalle parti non andasse più propriamente ricondotta all'interno del contratto di mandato. Qualificazione che, in considerazione della natura di buona fede dell'azione, avrebbe diversamente consentito a *Titius* di ottenere la corresponsione degli interessi. Anche questa soluzione non era però priva di inconvenienti. Per un verso, l'operazione era tale da recare all'ipotetico mandatario un possibile vantaggio patrimoniale, potendo egli trattenere gli interessi eventualmente percepiti oltre l'aliquota pattuita del 6%. Per altro, la riconduzione al mandato avrebbe avuto l'effetto di regolare il rapporto alla luce di un criterio di responsabilità, quello del dolo, inadeguato per l'operazione negoziale concretamente posta in essere: per quanto si trattasse di osservazione che non avrebbe avuto implicazioni nel caso in questione. Di qui la decisione di Giuliano di agire, per maggiore sicurezza (*tutius*), *praescriptis verbis in factum*: tanto più che la pattuizione in virtù della quale l'importo versato oltre la misura degli interessi convenuti dovesse essere scomputato dalla sorte appariva difficilmente conciliabile con il regime della *pecunia credita*. (*cap. III § 2.1*) Sulla genuinità della soluzione e in particolare sulla locuzione '*praescriptis verbis in factum actio*(*nem*)' sono stati sollevati molti rilievi. Si tratta di contestazioni non più giustificate sulla base dell'attuale indirizzo metodologico. Peraltro le critiche rivolte alla soluzione erano largamente condizionate dall'idea di un rifiuto dell'*a.p.v.* da parte di Giuliano. Si è da altro punto di vista osservato (*cap. III §§ 2.2-4*) come non si vi siano neppure i presupposti per ritenere che Giuliano avesse proposto qui il ricorso all'*actio mandati*, con un'ipotesi che ha fatto largo affidamento su Gai. 2 *cott.* D. 17.1.2.4. Dal brano si ricava, al più, che per Gaio la percezione di interessi da parte del mandatario non rappresentasse un limite insuperabile alla configurazione di un contratto di mandato. Ciò non rappresenta però un valido motivo per mettere in discussione la decisione di Giuliano, tanto più che il giurista adrianeo non aveva qui categoricamente escluso la configurabilità di un contratto di mandato, ma si era piuttosto limitato a ritenere più sicuro (*tutius*), il ricorso all'*agere praescriptis verbis*. Si è da questo punto di vista osservato (*cap. III § 2.2*) come tra i giuristi non vi fosse unanimità di vedute per ciò che riguarda la valutazione del requisito della gratuità, essendovi un settore della giurisprudenza che non si accontentava di verificare, in termini meramente negativi, l'assenza di un preciso corrispettivo (*merces*), e che richiedeva piuttosto, in positivo, che l'operazione negoziale non comportasse alcuna utilità di natura patrimoniale per il mandatario, anche se non necessariamente correlata, sotto il profilo sinallagmatico, alla prestazione incombente su quest'ultimo. All'interno di questo indirizzo parrebbe militare Ulpiano (Ulp.

31 *ad ed.* D. 17.1.10.3, Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.) e forse lo stesso Giuliano, come sembrerebbe potersi desumere da Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.6, ma anche (indirettamente) da Iav. 7 *ex Cass.* D. 17.1.36.1, dal quale risulta che l'idea di lucro elaborata da Giavoleno in tema di mandato andava ad ricomprendere qualsiasi possibile ritorno economico a favore del mandatario. Il che rende non irragionevole che Giuliano, come suo diretto discepolo, ne avesse recepito l'insegnamento. Si è inoltre visto (*cap. III § 2.3*) come l'ipotesi di un originario impiego dell'*actio mandati* non appare coerente con il tratto '*Sed nedebuisse*', nel quale Giuliano passava ad esaminare gli inconvenienti che sarebbero potuti potenzialmente scaturire, sul piano della responsabilità, da una riconduzione della vicenda all'interno del contratto di mandato. Più in generale non si comprende per quale motivo i compilatori avrebbero dovuto inventarsi di sana pianta la questione affrontata in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, se Giuliano avesse effettivamente preso posizione in favore dell'*actio mandati* (*cap. III § 2.4*).

Quanto all'azione concessa in concreto da Giuliano (*cap. III § 2.5*) si è pensato alla predisposizione di un programma di giudizio con *demonstratio*(-*praescriptio*) descrittiva del rapporto giuridico sottostante, (secondo le consuete modalità, e dunque *ex latere actoris*), seguita da *intentio incerta*, magari *ex fide bona*, in modo da mettere il giudice in condizione di elaborare la soluzione più rispondente alla complessità dell'operazione negoziale, anche sul non semplice piano dell'individuazione del criterio di responsabilità. Non si è però neppure escluso un approccio processuale di tipo c.d. aristoniano, o per meglio dire con azione incerta con *demonstratio*(-*praescriptio*) ma di stretto diritto, non potendosi da questo punto di vista invocare l'inadeguatezza di tale soluzione ai fini della restituzione degli interessi, secondo quanto è stato variamente sostenuto in dottrina. Si è invece ritenuto di escludere sia l'ipotesi di un adattamento formulare dell'*actio mandati*, con mantenimento del *nomen actionis*, sia quella di una rielaborazione da parte di Africano dell'originaria soluzione giulianea, tradottasi in un'integrazione mediante *praescripta verba* del programma di giudizio predisposto dal proprio maestro (*actio in factum*). La prima, per gli inconvenienti che ciò avrebbe comportato sul piano dell'individuazione dei criteri di responsabilità del quasi-mandatario. La seconda per la dubbia utilità di ricorrere a una *praescriptio* 'determinativa', nell'ambito di un programma di giudizio, in cui il compito di assicurare l'individuazione della *res de qua agitur* sarebbe stato già efficacemente assolto dall'*intentio* (*in factum concepta*), ove appunto avremmo trovato indicati gli elementi descrittivi del fatto costitutivo della pretesa.

(*Cap. III §§ 3-3.2*) Nessun indizio a sostegno della tesi tradizionale, ma neanche nella direzione opposta, può ricavarsi dall'esame di Iul. 13 *dig.* D.

43.26.19.2, in cui Giuliano parrebbe ammettere, in favore del *precario dans* e in aggiunta alla tutela interdittale, il ricorso alla *condictio incerti*, nel testo identificata con l'*actio praescriptis verbis*. Si è visto come nel corso degli ultimi anni vi sia stato un significativo mutamento di prospettiva sulla genuinità della soluzione: soprattutto in relazione all'eventualità di un impiego qui della *condictio incerti* (*possessionis*). Pur se in misura decisamente minore, lo stesso atteggiamento conservativo si è esteso all'inciso *id est praescriptis verbis*, per il quale è stata anche presa in considerazione l'eventualità di un adeguamento, mediante *praescripta verba*, della struttura formulare della *condictio incerti*. Si è avuto modo di evidenziare come entrambe le aperture siano da respingere. Quanto all'inciso '*id est praescriptis verbis*' c'è poco da dire, trattandosi certamente di un'intrusione. Le stesse riserve vanno mantenute anche con riferimento alla locuzione '*sed et incerti condictione*': pur a voler ammettere che Giuliano si stesse qui riferendo all'azione di ripetizione e non a quella contrattuale (*a.c.i*). A queste conclusioni (*cap. III § 3.1*) ci ha condotto la lettura di Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14, e in particolare del tratto conclusivo '*magis-conditio*', in cui Paolo, con l'intento di giustificare la dichiarata assenza di tutela, pone un accostamento del precario all'istituto della donazione, piuttosto che alla categoria del *negotium contractum*. Lo stesso impianto logico-argomentativo ritorna, in un contesto ancora più significativo, in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11, in cui anche Ulpiano insiste sull'analogia con l'istituto della donazione (*simile donato*) per giustificare la mancata concessione di azione a favore del concedente nei confronti del precarista. Il che ci ha indotto a ritenere non genuino Ulp. 71 *ad ed*. D. 43.26.2.2, testimonianza ben nota in cui il giurista severiano sembrerebbe diversamente ammettere il ricorso all'*a.p.v.*, con una soluzione che non può che attribuirsi ai commissari di Giustiniano e che del resto è perfettamente coerente con l'idea bizantina del precario come contratto che ritroviamo sintetizzata in Ulp. 29 *ad Sab*. D. 50.17.23. Né d'altra parte è credibile che Ulpiano stesse qui riferendo la diversa opinione di Sabino, come si è anche recentemente provato a sostenere. Si è inoltre osservato come la soluzione adombrata in Ulp. 71 *ad ed.* presenta una straordinaria affinità lessicale con la testimonianza di Giuliano (Iul. 13 *dig*. D. 43.26.19.2), in termini che non possono che rafforzare la sensazione di trovarsi di fronte a un intervento manipolativo condotto dalla stessa mano. Dall'esame di Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14, ma soprattutto di Ulp. 29 *ad Sab*. D. 47.2.14.11, si è arrivati alla conclusione, non nuova in dottrina, che il brano giulianeo sia andato incontro a due distinti interventi manipolativi. Diversamente i commissari sarebbero intervenuti con le stesse forme di Ulp. 71 *ad ed.* e oggi leggeremmo: (Iul. 13 *dig.*) *Cum quid precario rogatum est, non so-*

lum interdicto uti possumus, sed [*et incerti condictione, id est*] <*etiam*> *praescriptis verbis actione*, o qualcosa di simile. Ciò prova che il riferimento alla *condictio incerti* doveva essere già presente nel testo impiegato (e rielaborato) dai collaboratori di Giustiniano. A favore di un primo intervento già in età postclassica depone d'altra parte Paul. Sent. 5.6.10, pur con i non pochi problemi che il testo continua a porre sul piano interpretativo (*cap. III § 3.2*). Il fatto che il riferimento in Iul. 13 *dig.* alla *condictio incerti*, identificata con l'*a.p.v.*, debba considerarsi non genuino assume in ogni caso un rilievo del tutto marginale ai fini della presente indagine, nel senso che non consente di differenziare in alcun modo la posizione di Giuliano rispetto a quella tenuta dagli esponenti della giurisprudenza tradizionalmente ritenuti fautori dell'apertura negoziale.

(*Cap. III §§ 4-4-1*) Per la concessione di un programma di giudizio con *formula in ius concepta* da parte di Giuliano depone invece Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3 (*in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*). Una delle principali difficoltà poste dal brano riguarda l'individuazione dell'azione alla quale riferire il pronome relativo ('*in quam*'). In molti hanno supposto che in origine il pronome potesse alludere a un'*actio in factum* (*concepta*), anziché all'*a. in factum civilis* di cui si discute in Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1. Si tratta di ipotesi che non sembra potersi accogliere. È davvero difficile ritenere che Giuliano potesse suggerire un'*actio* con formula *in factum concepta* a tutela di ipotesi atipiche da lui espressamente qualificate come *contractus*, con una configurazione dogmatica che dovrebbe orientare verso l'impiego di un modello di giudizio diretto al conseguimento dell'interesse positivo, piuttosto che verso un modello processuale diversamente congegnato per operare al di fuori di una logica propriamente contrattuale, e la cui concessione muoveva anzi dal presupposto che si fosse preventivamente esclusa la sussistenza di una contratto. Di ciò si era avveduta la dottrina interpolazionistica, la quale aveva coerentemente suggerito di considerare spurio il passaggio in questione, insospettita anche dall'intonazione generalizzante dell'affermazione giulianea, con una proposta che è stata raccolta in tempi più recenti da alcuni studiosi. Si tratta però di ipotesi non condivisibile e che avrebbe l'unico effetto di condannare il passo a una assoluta genericità. Sul piano della compatibilità tra *actio in factum* e *contractus*, si è ritenuto di non poter condividere il punto di vista di quanti, come Voci, hanno proposto un'estensione della categoria contrattuale anche alle obbligazioni pretorie. Si tratta di tesi priva di solide basi testuali e che si pone peraltro in contraddizione con Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, dal quale al contrario emerge come l'alternativa tra azione civile e azione pretoria dipendesse proprio dall'attribuzione o meno di una natura contrattuale alla fattispecie in esame.

(*Cap. III § 5*) Siamo così passati ad occuparci dell'ipotesi avanzata da Gallo che vorrebbe attribuire al giurista adrianeo il riconoscimento dell'*aestimatum* come contratto tipico, mediante la predisposizione di un'apposita azione edittale di buona fede. Si è visto come tale ipotesi non trovi elementi di riscontro in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. L'unico dato che può in effetti considerarsi ragionevolmente acquisito è l'alta risalenza dell'introduzione di un'apposita azione all'interno dell'editto. Ancor meno è da ritenersi poi provato che nella prospettiva giuliano-adrianea tale azione avrebbe dovuto fungere da modello per una possibile applicazione analogica mediante l'impiego di *praescripta verba* al fine di tutelare quei rapporti non propriamente atipici, ma piuttosto di incerta qualificazione, in quanto suscettibili di essere ricondotti a più tipi edittali, secondo quanto sempre sostenuto da Gallo. Se l'autore è giunto a tali conclusioni lo si deve soprattutto al fatto che non ha egli tenuto conto dei differenti piani temporali su cui si sviluppa il ragionamento ulpianeo. È così accaduto che, (anche) nell'interpretazione fornita dal Maestro torinese, considerazioni evidentemente appartenti al passato (*quotiens-actionem*) si siano trasformate in prescrizioni per il futuro, con un'interpretazione che ha avuto l'ulteriore effetto di indurre lo studioso a denunciare un scarto di prospettiva tra le due parti del frammento da imputarsi, sempre a detta dell'autore, a un intervento compilatorio. Più precisamente a cadere sarebbe stata la parte (da *quotiens enim*) in cui Ulpiano avrebbe affrontato il tema dell'estensione analogica dell'*actio de aestimato* alle convenzioni di incerta qualificazione, ormai superato nel diritto bizantino. Non si è però considerato che i congiuntivi impiegati da Ulpiano sono congiuntivi imperfetti e non presenti e dunque esprimono contemporaneità nel passato. Il che significa che le considerazioni contenute nella seconda parte del brano sono da intendere con riferimento al passato, nel senso che rappresentano un resoconto (anche se ormai non pienamente intellegibile) di ciò che avveniva prima del riconoscimento a livello edittale dell'*actio de aestimato*. Non è dunque possibile che esse vadano interpretate come affermazione di un principio di estensione analogica della medesima azione, quando si riferiscono a un periodo nel quale l'azione non era stata ancora introdotta.

I risultati ai quali si è sin qui giunti sono serviti a revocare in dubbio l'idea di una netta chiusura da parte di Giuliano rispetto alla questione del riconoscimento dei *nova negotia*. Hanno altresì dimostrato, riteniamo, l'implausibilità complessiva delle tesi di Burdese e di Gallo che (non senza oscillazioni) hanno provato a giustificare la soluzione di Ulp. 4 *ad ed.* nell'ottica di un'adesione giulianea alla dottrina del sinallagma labeoniano o di un approccio valutativo di tipo paradigmatico, in cui dunque a pesare sulla decisione del giurista sarebbe stata la rilevata assenza di affinità rispetto a vicende contrattuali tipiche.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ACCARIAS C., *Précis de droit romain. Tome second*, Paris 1872

ACCARIAS C., *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866

ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus*, Lugduni 1549

ALBANENSIS D., *Promptuarium universorum operum Jacobi Cujacii*, *Tomus* I, in CUJACIUS J., *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus duodecimus*, Prati 1843

ALBANESE B., *'Agere' 'gerere' e' contrahere' in D.50 16. 19. Congetture su una definizione di Labeone*, SDHI 38, 1972

ALBANESE B., *Iudicium contrarium e ignominia nel mandato*, in IVRA 21, 1970

ALBANESE B., *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971

ALBANESE B., *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978

ALBERTARIO E., *Actio e interdictum: nota esegetica*, Pavia 1911

ALBERTARIO E., *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in RIL 59, 1926 = *Studi di diritto romano. Volume terzo. Le obbligazioni*, Milano 1936

ALBERTARIO E., *Contributi allo studio della procedura civile giustinianea. I. Actiones e interdica*, in RISG 52, 1912 = ID., *Studi di diritto romano* 4. *Eredità e processo*, Milano 1946

ALBERTARIO E., *La cosiddetta obligatio honoraria*, in RIL 59, 1926 = ID., *Studi* 3 cit.

ALBERTARIO E., *Procurator unius rei*, in *Studi dell'Istituto giuridico dell'Università di Pavia*, 6, 1921 = ID., *Studi* 3 cit.

ALBERTARIO E., *Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivanti da patto*, in BIDR 25, 1912

ALCIATUS A., *Ad rescripta Principum Commentarii*, Lugduni 1537

ALEMÁN MONTERREAL A., *Consideraciones sobre Ulpiano 32 ad edictum D. 19,3,1,1 de aestimatoria*, in *El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno. IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano* (Las Palmas de Gran Canaria 1, 2 y 3 de febrero de 2006), Las Palmas de Gran Canaria 2007

ALEMÁN MONTERREAL A., *El contrato estimatorio: desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid 2002

ALIBRANDI I., *Del concorso delle azioni*, in Giornale di giurisprudenza teorico-pratica 1, 1870 = *Opere giuridiche e storiche*. Vol. 1, Roma 1896

ALIBRANDI I., *Delle azioni utili e dirette*, in Giornale di giurisprudenza teorico-pratica 1, 1870 = *Opere* 1 cit.

ALIBRANDI I., *Dell'utilità che arrecano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scoliasti de' basilici* (Dissertazione letta nell'Accademia romana di Archeologia, 1865) = *Opere* 1 cit.

ALONSO J.J., *Estudios sobre la delegación.* I. *La doble atribución patrimonial (Primera y secunda parte)*, Santiago de Compostela 2001-2002

ALZAMORA D.L.-CORTÉS L., *Apuntes de derecho romano*, Lima 1897

AMELOTTI M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953

AMIRANTE L., *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR 62, 1959

ANGELINI P., *Il 'procurator'*, Milano 1971

ANKUM H., *Afrikan Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in ZSS 97, 1980

ANKUM H., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo*, in F. MILAZZO (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convengo internazionale di diritto romano* (Copanello, 3-7 giugno 2000), Napoli 2004

ANKUM H., *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi* IV, Milano 1982

ANKUM H., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in RIDA 39, 1992

ANKUM H., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990*, vol. II, Milano 1991

APPLETON CH. (Charles), *La date des digesta de Iulianus*, in NRHD 34, 1910

APPLETON CH., *Le fragmente 16, D.XII, 4. L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine et la cause determinante dans les contracts*, in Revue général du droit, de la legislation et de la jurisprudence 36, 1912

APPLETON CH., *Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des digesta de Iulien*, in NRHD 35, 1911

APPLETON CH., *Le vrai et le faux sénatus consulte Juventien*, in RHD 9, 1930

APPLETON CH., *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, in NRHD 30, 1906

APPLETON CH., *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII,* 4 - *Post scriptum*, in NRHD 31, 1907

APPLETON CH., *Résumé du cours de droit romain. Tome second*, Paris-Lyon 1884

APPLETON H. (Henri), *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (*Thése pour le doctorat*), Paris 1894

ARANGIO-RUIZ V., *Ancora sulle Res Cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1, Milano 1930

ARANGIO-RUIZ V., *D. 44.7.25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges de droit Romain dédiées à G. Cornil* 1, Paris 1926
ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno 1948-1949*, Napoli 1949
ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*,[3] Napoli 1934
ARANGIO-RUIZ V., *La compilazione giustinianea e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano 1946 = *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977
ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anni 1951-1953*,[2] Napoli 1954
ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano*, Napoli 1950
ARANGIO-RUIZ V., *Le formule con demonstratio e la loro origine*, Cagliari 1912
ARANGIO-RUIZ V., *Responsabilità contrattuale*,[2] Napoli 1933
ARANGIO-RUIZ V., *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936
ARCES P., *Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.79. Un caso di ius controversum in Giavoleno*, in L. SOLIDORO, M. SCOGNAMIGLIO, P. PASQUINO (a cura di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018
ARCHI G.G., *Donare e negotium gerere*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971 = *Scritti di diritto romano. Volume II. Studi di diritto privato* 2, Milano 1981
ARCHI G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960
ARTNER M., *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002
AUDIBERT A., *L'expression "civilis in factum". Son caractère byzantin*, in *Mélanges H. Fitting* 1, Montpellier 1907
AUDIBERT A., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in NRHD 24, 1900
AUDIBERT A., *Sur les différents noms de l'actio praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907
AZO, *Summa*. *Locuples Iuris civilis Thesaurus*, Venetiis 1584

BABUSIAUX U., *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006
BACHOFEN J., *De Romanorum judiciis civilibus, de legis actionibus, de formulis et de condictione dissertatio historico-dogmatica*, Gottingae 1840
BACOVIUS R., *Tractatus de actionibus*, Francofurti 1657
BALZARINI M., v. *Permuta (diritto romano)*, in Noviss. dig. it. 12, Torino 1965
BARON J., *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die Condictionen*, Berlin 1881
BARON J., *Pandekten*,[1] Leipzig 1872
BARREIRO A.F., *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico,* in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid 1994

BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris Commentaria*, Basileae 1588
BAUMAN R., *Lawyers and Politics in the early Roman Empire. A study of relations between the Roman jurist and the emperors from Augustus to Hadrian*, München 1989
BECK I.L.G., *Corpus iuris civilis. Tom. I. Pars II.*, Lipsiae 1826
BEHRENDS O., *Die condictio causa data causa non secuta. Ihr familienrechtlicher Tatbestand im klassischen Bereicherungsystem und ihre Erweiterung zur Kondiktion wegen Zweckverfehlung unter vorklassischem Einfluss*, in H.G. KNOTHE, J. KOHLER (a cura di), *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001*, München 2001
BEHRENDS O., *Die Spezifikationslehre in der römischen Jurisprudenz*, in ZSS 112, 1995
BEHRENDS O., *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium classico*, in SCDR 9-10, 1997-1998
BEKKER E.I., *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, in ZSS 6, 1885
BEKKER E.I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Erster Band. Ius civile*, Berlin 1871
BEKKER E.I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Zweiter Band. Prätorisches richterliches kaiserliches Recht*, Berlin 1873
BELLOCCI N., *La struttura della fiducia* II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983
BELLOCCI N., *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974
BENIGNI P., *La condictio incerti*, in AG 75, 1905
BENKE N., *Eigentumserwerb der Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in ZSS 104, 1987
BENÖHR H.P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965
BERETTA P., *Le formule in "id quod interest"*, in SDHI 3, 1937
BERGER A., *Contributi alla storia delle fonti della giurisprudenza romana. I. Intorno all'epitome giavoleniana dei libri posteriorum di Labeone*, in BIDR 44, 1937
BERTRAND J., *BIOI NOMIKWN sive de jurisperitis libri duo. Secunda editio, emendatior & nitidior*, Lugduni Batavorum 1675
BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2, Tübingen 1911
BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913
BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920
BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 6, in ZSS 66, 1948
BESELER G., *Einzelne Stellen*, in ZSS 43, 1922
BESELER G., *Einzelne stellen*, in ZSS 47, 1927
BESELER G., *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929
BESELER G., *Miscellanea critica*, in ZSS 43, 1922
BESELER G., *Romanistische Studien*, in ZSS 50, 1930
BESELER G., *Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937
BETANCOURT F., *Recursos supletorios de la cautio damni infecti en el derecho romano clásico*, in AHDE 45, 1975

BETTI E., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sezioni: I, II, e III*, Roma 1958
BETTI E., *Diritto romano* 1. *Parte generale*, Padova 1935
BETTI E., *Istituzioni di diritto romano. Volume secondo. Parte prima*, Padova 1960
BETTI E., *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (damnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915
BETTI E., *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-Negozio giuridico*, Roma 1959
BETTI E., *Su la formola del processo civile romano*, in Filangieri, 38, 1914
BETTI E., *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915
BIAVASCHI P., *Ricerche sul precarium*, Milano 2006
BIONDI B., *Contratto e stipulatio*, Milano 1953
BIONDI B., *Corso di istituzioni di diritto romano.* II. *Obbligazioni*, Milano 1940
BIONDI B., *Diritto e processo nella legislazione di Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette. (Milano 15 dicembre 1930)*, Milano 1931
BIONDI B., *Iudicia bonae fidei. III. L'elenco classico dei iudicia bonae fidei*, in AUPA 7, 1918
BIONDI B., *Iudicia contraria*, in AUPA 7, 1918
BIONDI B., *La vendita di cose fuori commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936
BIROCCHI I., *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento (materiali per un corso monografico)*, 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
BISCARDI A., *L'unità del processo nella esperienza giuridica romana*, in BIDR 65, 1962
BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938
BONETTI P., v. *Precario (diritto romano e intermedio)*, in Noviss. dig. it. 13, Torino 1966
BONFANTE P., *Diritto romano*, Firenze 1900
BONFANTE P., *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, I, Torino 1898 = *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926
BONFANTE P., *Il contratto e la causa del contratto*, in Riv. dir. comm. 6, 1908 = ID., *Scritti giuridici* 3 cit.
BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*,[5] Milano 1907
BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*,[9] Milano 1932
BONFANTE P., *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia 1915
BONFANTE P., *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in RIL 40, 1907 = *Scritti* 3 cit.
BONITZ H., *Index Aristotelicus*, Berolini 1870
BONJEAN L.B., *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains* 2,[2] Paris 1845

BORTOLUCCI G., *Actio utilis*, Modena 1909
BORTOLUCCI G., *Note sul contratto romano*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* 1, Roma 1935
BRANDES I.M., *Dissertatio juridica de contractibus innominatis*, Helmaestadi 1643
BRAUKMANN M., *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008
BREMER F.P., *De Domitii Ulpiani Commentatio: particula prima. Dissertatio inauguralis*, Bonnae 1863
BRENKMANNUS H., *Historia Pandectarum, seu Fatum Exemplaris Florentini. Accedit gemina dissertatio de Amalphi*, Trajecti ad Rhenum 1722
BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998
BRETONE M., *Storia del diritto romano*,[8] Roma-Bari 1993
BRETONE M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*,[2] Napoli 1984
BREZZO C., *L'utilis actio nel diritto romano. Rei vindicatio utilis. Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.*, Torino 1889
BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator* I. *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007
BRINI G., *Sul fr. 16 Dig. XII, 4*, Bologna 1908
BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten. Zweiter Band. Erste Abtheilung*,[2] Erlangen 1879
BROCK W., *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin 1902
BROGGINI G., *Causa e contratto*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
BRUNS C.G., *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar 1874
BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*,[2] Torino 2011
BRUTTI M., *Il diritto romano come metafora*, *Postfazione* a G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Napoli 2006
BUCHER K., *Das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts*,[2] Leipzig 1830
BUCKLAND W.W., *Aestimatum*, in *Mélanges de droit Romain dédiées à G. Cornil* 1, Paris 1926 = LQR 43, 1927
BUCKLAND W.W., *Aestimatum*, in LQR 48, 1932
BUHL H., *Africans Quaestionen und ihr Verhältniss zu Julian*, in ZSS 2, 1881
BUHL H., *Salvius Julianus* 1, Heidelberg 1886
BUND E., *Salvius Iulianus. Leben und Werk*, in ANRW II 15, Berlin-New York 1976
BUND E., *Untersuchungen Zur Methode Julians*, Köln-Graz 1965
BURDESE A., *Ancora in tema di contratti innominati*, in SDHI 52, 1986
BURDESE. A., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in SDHI 51, 1985
BURDESE A., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in SDHI 62, 1996
BURDESE A., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 1, Napoli 2001
BURDESE A., *I contratti innominati*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid 1994

BURDESE A., *In margine a D.4.3.9.3*, in SCDR 7, 1995
BURDESE A., *In margine ai contratti innominati*, in BIDR 88, 1985
BURDESE A., *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1952
BURDESE A., *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988
BURDESE A., *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*, vol. I, Napoli 2007
BURDESE A., v. *Pegno (diritto romano)*, in Enc. dir. 32, Milano 1982
BURDESE A., Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, in Rivista di filologia e istruzione classica 81, 1958 = ID., *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, vol. I, Padova 2009
BURDESE A., Rec. a G. MELILLO, *Contrahere*, *pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*,[2] in Labeo 41, 1995
BURDESE A., Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in SDHI 55, 1989
BURDESE A., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in Labeo 38, 1992
BURDESE A., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988
BURDESE A., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in SCDR 5, 1993
BURDESE A., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985
BURDESE A., *Tra causa e tipo negoziale. Dal diritto classico al postclassico in tema di transazione*, in SCDR 9-10, 1997-1998
BURDESE A., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 11-12 maggio 1995), Milano 1998
BÜRGE A., *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung*, Darmstadt 1999
BÜRGE A., *Salarium und ähnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York etc. 1993
BURILLO (LOSHUERTOS) J., *Contrahere y contractus*, in Temis 13, 1963
BURILLO J., *Las formulas de la 'actio depositi'*, in SDHI 28, 1962

CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991
CANNATA C.A., *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano* II.2, Torino 2017
CANNATA C.A., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Ju-*

risprudenz der klassischen Zeit, in R. FEENSTRA, A.S. HARTKAMP, J.E. SPRUIT, P.J. SIJPENSTEIJN, L.C. WINKEL (a cura di), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam 1995
CANNATA C.A., *Istituzioni* 1, Torino 2001
CANNATA C.A., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in IVRA 58, 2010
CANNATA C.A., *Labeone e il contratto*, in Panorami 5, 1993
CANNATA C.A., *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009
CANNATA C.A., *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PICHONNAZ (a cura di), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Genève-Zürich-Bâle 2009 = L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*. Vol. III, Torino 2012
CANNATA C.A., *Le definizioni romane dell'"obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio* 1, Milano 1978
CANNATA C.A., *Lo splendido autunno delle due scuole*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (a cura di), *Pacte, convention, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Buno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1998
CANNATA C.A., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo* II, Torino 2008
CANNATA C.A., v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. civ. 12, Torino 1995
CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano*. *II. Il processo formulare*, Torino 1982
CANNATA C.A., *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in IVRA 21, 1970
CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996
CANNATA C.A., *Tuscianus*, in *Studi in onore di R. Martini* 1, Milano 2008 = L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano* 3, Torino 2014
CAPONE P., *Valore e uso giurisprudenziale di absurdus*, in SDHI 63, 1997
CARCATERRA A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964
CARDILLI R., *Il 'periculum' e le 'usure' nei giudizi di buona fede*, in *L'usura ieri e oggi*, Bari 1997
CARDILLI R., *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in AUPA 61, 2018
CASAVOLA F., *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in *Giuristi adrianei*, Napoli 1980
CASAVOLA F., *Lex Cincia*. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli 1960
CASINOS-MORA F.J., *'Auctoritas' in PS.2.17.1-3*, in Labeo 48, 2002
CENDERELLI A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano* 1. *Struttura, origini, azioni*, Torino 1997
CENDERELLI A., *Ricerche su Sesto Pedio*, in SDHI 44, 1978
CERAMI P., *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano (A proposito di D. 35.2.88 pr.)*, in IVRA 22, 1971

CERAMI P., *D. 2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle 'tres species conventionum',* in Atti Accad. sc. mor. pol. Napoli 85, 1974 = AUPA 36, 1976
CERAMI P., *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.). Una controversa fattispecie negoziale*, in AUPA 83, 2020
CERAMI P., *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.). Una controversa testimonianza celsina in tema di delegatio promittendi donationis causa*, in SDHI 44, 1978
CERAMI P., *Il comodato*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.
CERAMI P., v. *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in Enc. dir. 40, Milano 1989
CERAMI P., *'Vulgaria actionum nomina' ed 'agere praescriptis verbis' in D. 19.5.2 (Cels. 8 dig.)*, in IVRA 33, 1982
CERVENCA G., *In tema di locatio conductio. A proposito di un recente studio*, in Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell'Univ. di Trieste 9, 1963
CHARONDA L., *PEIQANWN seu Verisimilium. Libri tres*, in E. OTTO, *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula, in quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur, cum Praefatione Everardi Ottonis. Tomus I. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733
CHIAZZESE L., *Introduzione allo studio del diritto romano*,[3] rist., Palermo 1952
CHOE B.J., *'Culpa in contrahendo' bei Rudolf von Jhering*, Göttingen 1988
CHOE B.J., *Die Schulkontroverse bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York etc. 1993
COCHIS B., *Una presunta disputa di scuola in Gai., Inst. 3.147*, in RDR 3, 2003
COING H., *Europäisches Privatrecht, II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, München 1989
COLLINET P., *La nature des actions des intedicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours 1947
COLLINET P., *L'invention du contrat innommé: le responsum d'Ariston (D. 2.14.7.2) et la question de Celsus (D. 12.4.16)*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene 1934
COMA FORT J.M., *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid 1996
CONDORELLI O., *Sul contributo dei canonisti alla definizione del concetto di interesse. Frammenti di ricerca (metà sec. XII-metà sec. XIII)*, in D. VON MAYENBURG, O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (a cura di), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur* 5. *Das Recht der Wirtschaft*, Wien 2016
CONRAD F.C.C., *De pacto fiduciae exercitatio I.*, Helmstadii 1732
CONRAT M., *La glossa di Colonia alle Istituzioni*, in AG 34, 1885
COPPOLA BISAZZA G., *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in *Studi in onore di A. Metro*, vol. 1, Milano 2009
COPPOLA G., *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994
COPPOLA G., *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità*, in TSDP 3, 2010
COPPOLA BISAZZA G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano 2008

CORBINO A., METRO A., *Contrahere. Gli accordi costitutivi di "obligatio" nella riflessione giurisprudenziale romana*, Messina 1995
CORBINO A., *L'oggetto della aestimatio damni nella previsione del primo e del terzo capitolo del Plebiscito Aquiliano*, in *Studi in onore di R. Martini* 1, Milano 2008
CORIAT J.P., *Le Prince legislateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial a la fin du Principat*, Roma 1997
CORNIOLEY P., *De 'la communicatio rerum' dans la societas omnium bonorum*, in W.G. BEKKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD (a cura di), *Sein und Werden. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburstag am 21. August 1970*, Berlin 1970
CORNIOLEY P., *De la "sponsio" a la stipulation: procedure et 'contrat'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli 1984
COSTA E., *Storia delle fonti del diritto romano*, Milano-Torino-Roma 1909
CRIFÒ G., *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari 2000
CRIFÒ G., *Cristianesimo, diritto romano, diritti della personalità: una rilettura*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Roma 1985
CRIFÒ G., *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in BIDR 64, 1961
CRIFO G., *Honeste vivere et alia*, in *Hommages à H. Bardon*, Bruxelles 1985
CRIFÒ G., *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L'emersione di una vicenda istituzionale*, Roma 1984
CRIFÒ G., *Normazione e libertà. Il rapporto tra la legislazione altorepubblicana ed identità civica*, in W. EDER (a cura di), *Staat und Staatlichkeit in den frühen römischen Republik*, Stuttgart 1990
CRIFO G., *Remarques sur les problèmes de l'égalité et de la liberté à Rome*, in Ktema 6, 1981
CRIFÒ G., *Riflessioni antiche e nuove in tema di persona*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano 2002
CRISTALDI S.A., *«Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares». A margine di D. 12.4.16*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007
CRISTALDI S.A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007
CUJACIUS J., *Ad Africanum tractatus IX* (1569-1573), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus quartus*, Prati 1837
CUJACIUS J., *Ad Julii Pauli Jurisconsulti libros quaestionum XXV* (1588 †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus quintus*, Prati 1838
CUJACIUS J., *Ad Libros XC. Digestorum Salvii Juliani Recitationes solemnes* (s.d. †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus tertius*, Prati 1837
CUJACIUS J., *Commentaria accuratissima in libros Quaestionum summi inter veteres Jurisconsulti Aemilii Papiniani* (†), in *Opera* IV cit.
CUJACIUS J., *Commentarius ad titulum de pactis* (1559), in *Opera ad parisiensem fabro-*

tianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus sestus, Prati 1838

CUJACIUS J., *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*, in *Opera* III cit.

CUJACIUS J., *In librum II codicis Recitationes solemnes*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus nonus*, Prati 1839

CUJACIUS J., *Notae in IV. Libros Institutionum D. N. Justiniani, quibus et scholia in eosdem libros adiiciuntur*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus secundus*, Prati 1836

CUJACIUS J., *Observationum et emendationum libri XXVIII*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus primus*, Prati 1836

CUJACIUS J., *Recitationes in lib. IV priores codicis Justiniani*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*, in *Opera* IX cit.

CUJACIUS J., *Recitationes solemnes 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

CUQ É., *Manuel des Institutions juridiques des Romains*,[2] Paris 1928

CURSI F., FIORI R., *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011

CURTIUS W., *Dissertatio juridica inauguralis de actione praescriptis verbis*, Lugduni Batavorum 1742

CZYHLARZ K.R., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Wien-Leipzig 1908

DABELOW C.C., *Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren. Zweiter Theil*, Halle 1817

DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004

DALLA MASSARA T., *Come nasce un'idea: la causa del contratto*, in LR 2, 2013

DALLA MASSARA T., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in IVRA 52, 2008-2009

DALLA MASSARA T., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011

DALLA MASSARA T., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro* 2, Milano 2010

DALLA MASSARA T., *Sulle origini del dolo incidente*, in TSDP 3, 2010

DALLA MASSARA T., *Sul responsum di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'ela-*

borazione del concetto di causa del contratto, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006
D'AMATI L., *I 'nova negotia' nella riflessione romana*, in BIDR 90, 1987
DANZ H.A., *Lehrbuch der Geschichte des römischen Recht. Zum Gebrauche bei Vorlesungen. Zweiter Theil*,[2] Leipzig 1873
DARKWARDT H., *Das Prekarium und die Emphyteuse*, in Jh. Jb. 14, 1875
DAUBE D., *Utiliter agere*, in IVRA 11, 1960
D'AVEZAN J., *Contractuum liber prior*, Aureliae 1644, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus Juris civilis et Canonici continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera. Tomus quartus*, Hagae-Comitum 1752
DE CHURRUCA J., *Pignus*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.
DE COCCEJUS S., *Jus civile controversum. Editio altera multis quaestionibus aucta*, Francofurti et Lipsiae 1729
DE FRANCISCI P., *Frammenti di un indice del Digesto*, in RIL 45, 1912
DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924
DE FRANCISCI P., *SUNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* I, 1913
DE FRANCISCI P., *SUNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* II, Pavia 1916.
DEGENKOLB H., *Platzrecht und Miethe. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, Berlin 1867
DEL CHIARO E., *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques*, Paris 1928
DEMANGEAT C., *Cours élémentaire de droit romain. Tome deuxieme correspondant aux livres III et IV des Institutes*, Paris 1866
DE MARINI AVONZO F., *Critica testuale e studio del diritto*,[2] Torino 1973
DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937
DE MEDIO A., *Il contractus aestimatorius*, Messina 1900
DEMELIUS G., *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz 1872
DE RETES J.F., *Opusculorum libri quatuor*, Salmanticae 1650
DERNBURG H., *Pandekten. Erster Band. Allgemeiner Theil und Sachenrecht*,[4] Berlin 1894
DERNBURG H., *Pandekten. Zweiter band. Obligationenrecht*,[4] Berlin 1894
DE ROBERTIS A., *La interpretazione del Corpus iuris in Oriente e in Occidente. Approccio comparativo alle posizioni ermenutiche degli scoliasti bizantini e della Glossa di Accursio*, Napoli 1954
DE ROBERTIS F.M., *Culpa et diligentia nella compilazione giustinianea*, in *Studi in onore di E. Betti* 2, Milano 1962
DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* 1, Bari 1982

DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione* 2, Bari 1982
DE ROBERTIS F.M., *'Quanti ea res est-id quod interest' nel sistema della grande compilazione. Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo*, in SDHI 32, 1966
DE ROBERTIS F.M, Rec. a D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, in SDHI 29, 1963
DEROUSSIN D., *'Culpa in contrahendo'. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités*, in RHD 82, 2004
DESANTI L., *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015
DESJARDINS A., *De l'action praescriptis verbis*, in RHD 11, 1865
DETTERBECK S., *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, in AcP 192, 1992
DEVILLA V., *Actio incerti*, Catania 1932
DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006
DI MARIA S., *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti*. I, Torino 2020
DI PAOLA S., *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in BIDR 49-50, 1947
DI PAOLA V., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli 1969
DI PIETRO A., *El regimen del los contratos en el derecho romano. Prospectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificacion legislativa latino americana*, in Roma e America 7, 1999
Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis Tomus Tertius, ex Pandectis Florentinis, Aureliae 1625
DI SALVO S., *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in BIDR 105, 2011 = ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino 2013
DONATI A., *Giusnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*, Milano 2002
DONATUTI G., *Le causae delle condictiones*, in *Studi parmensi* 1, Milano 1950 = R. REGGI (a cura di), *Studi di diritto romano.* II, Milano 1977
DONELLUS H., *Commentariorum de iure civili*, in *Opera Omnia. Tomus tertius,* Maceratae 1829
D'ORGEVAL B., *L'empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative*, Paris 1950
D'ORS A., *A propos de l'actio commodati*, in IVRA 34, 1983
D'ORS A., *Las quaestiones de Africano*, Roma 1997
D'ORS A., *Los precedentes clasicos de la llamada "condictio possessionis"*, in AHDE 31, 1961
D'ORS A., *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in SDHI 19, 1953
D'ORS A., *Replicas Panormitanas III. «Conventiones» y «contractus»*, in AHDE 46, 1976
D'ORS A., *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, in IVRA 20, 1969
D'ORTA M., *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990

DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano*. Vol. I,[2] Firenze 1866
DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano.* Vol. II,[2] Firenze 1866
DUARENUS F., *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia quae in hunc usque diem edita extant in Iure Civili, Ab ipso demum Auctore recognita atque aucta*, Lugduni 1558
DUMONT F., *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1953
DUMONT F., Rec. a A. WATSON, *Contract of Mandate in roman Law*, in IVRA 8, 1962

EHRHARDT A., *Justa causa traditionis*. *Eine Untersuchung über dem Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930
EISELE F., *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in ZSS 10, 1889
EISELE F., *Beiträge zur Erkenntniss den Digesteninterpolationen*, in ZSS 11, 1890
EISELE F., *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in ZSS 30, 1909
EISELE F., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886
ELVERS C.F., *Ueber die Actio in factum civilis oder praescriptis verbis. Ein Beitrag zur Lehre von den Innominatcontracten*, in Themis 1, 1840
ENDLICHER S., *De Ulpiani institutionum fragmento in bibliotheca Palatina Vindobonensi nuper reperto*, Vindobonae 1835
ENGELBRECHT G., *De interesse damni emergentis et lucri cessantis*, Helmestadi 1698
ENSCHEDÉ J.J., *Dissertatio juridica inauguralis de Tito Aristone, jurisconsulto romano*, Lugduni Batavorum 1829
ERXLEBEN A., *De contractuum innominatorum indole ac natura commentatio*, Gottingae 1835
ERMAN H., *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZSS 19, 1898
ERMAN H., *Miscellen. [Noch einmal] 'die actiones in factum'*, in ZSS 23, 1902
ERMAN H., *Recht und Praetor*, in ZSS 25, 1904
ERMAN H., *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896
ESTERDING F.C., *Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien*, Band 4.1, Greifswald 1832
EVANGELISTI M., *Sull'origine policentrica della societas consensu contracta*, in L. FOFFANI-M.C. FREGNI-R. LAMBERTINI (a cura di), *Liber amicorum per M. Bione*, Milano 2011
EVANS-JONES R., *The Measure of Damages in the actio depositi in factum*, in TR 55, 1987

FABER A., *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Apud Petrum & Iacobum Chouër 1626
FABER A., *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus*, Aurelianae 1626

FABROTUS C. A., *TWN BASILIKWN X/. BIBLIA BASILIKWN Libri LX. in VII. tomos divisi*, Parisiis 1647

FADDA C., *I Contratti speciali. Lezioni di diritto romano*, raccolte dall'avv. F. Viafora nella R. Università di Napoli. Anno 1898-1899, Napoli 1989

FADDA C., *Le res religiosae nel Diritto Romano*, in Atti della R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli 31, 1900

FADDA C., *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909

FALCHI G. L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981

FALCONE G., *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA nella parafrasi di Teofilo*, in *"Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 3 cit.

FALCONE G., *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in AUPA 58, 2015

FALCONE G., *L'origine della definizione di SUNALLAGMA nella parafrasi di Teofilo. I. Le fonti*, in SCDR 11, 1999

FALCONE G., *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2004

FALCONE G., *Riflessioni sulla conventio in D. 2.14.1.3*, in AUPA 62, 2019

FARGNOLI I., *'Alius solvit alius repetit'. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001

FERCIA R., *Actiones ed actio utilis ex causa interdicti: vicende storiche, anomalie, opacità*, in D@S -Tradizione romana 8, 2009

FERCIA R., *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012

FERCIA R., *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014

FERRINI C., *Intorno all'ordinamento dell'editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, in RIL 24, 1891 = *Opere* 2, Milano 1929

FERRINI C., *La colonia partiaria*, in RIL 26, 1893 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere di Contardo Ferrini. Volume terzo. Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano 1929

FERRINI C., *Le origini del contratto di società in Roma*, in AG 38, 1887 = ID., *Opere* 3 cit.

FERRINI C., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in RISG 27, 1899

FERRINI C., *Sesto Pedio*, in RISG 1, 1886 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere. Volume secondo. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929

FERRINI C., *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza*, Milano 1885

FERRINI C., *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in AG 52, 1895 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere* 3 cit.

FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR 13, 1901

FERRINI C., *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio*, in *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere* 2 cit.

FINAZZI G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, vol. I, Napoli 1999
FIORI R., *'Contrahere' in Labeone*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (a cura di), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, Paris 2012
FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999
FIORI R., *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, in J. HALLEBEEK, M.J. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014
FITTING H., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*,[2] Halle 1908
FITTING H., *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876
FITTING H, *Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basel 1860
FITTING H., *Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter*, in ZSS 7, 1886
FLACH J., *Études juridiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, Paris 1890
FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990
FORCELLINI A., *Totius latinitatis Lexicon. Editio altera locupletior. Tomus tertius*, Patavii 1805
FRACANZANI M.M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003
FRANTZKIUS G., *Commentarius in viginti et unum libros pandectarum juris civilis priores, in quorum extremo utilis sed difficilis materia evictionum resolvitur & per modum iusti tractatus exhibetur. Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione*, Argentorati 1644
FRATRES KRIEGELII, *Corpus Juris civilis. Pars I. Institutiones et Digesta*, Lipsiae 1887
FRESE B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936
FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni: Corso di diritto romano II. Le garanzie reali*, Padova 1963
FREZZA P., *Responsa e Quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in SDHI 43, 1977
FUENTESECA P., *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.

GALLO F., *«Agere praescriptis verbis» e editto alla luce di testimonianze celsine*, in Labeo 44, 1998
GALLO F., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
GALLO F., *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994 = F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula Selecta*, Padova 1999

GALLO F., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in Roma e America. Diritto romano comune 7, 1999

GALLO F., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, 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

GALLO F., *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988

GALLO F., *La concretezza nell'esperienza giuridica romana*, in Index 5, 1974

GALLO F., Rec. a M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, in IVRA 49, 1998

GALLO F., *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955

GALLO F., *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e proculeiani nella materia contrattuale*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, Torino 1996

GALLO F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano* I, Torino 1992; II, Torino 1995

GANDOLFI G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976

GANS E., *Il diritto romano delle obbligazioni e spezialmente intorno alla teorica dei contratti innominati e del jus poenitendi*, traduzione a cura di E. Salvetti, Napoli 1856

GANS E., *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819

GARCÍA GARRIDO M.J., *Causa contractus en el derecho intermedio: influencia de Glosadores y Canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalà*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.

GAROFALO L., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche atipiche nel pensiero dei giuristi classici*, in L. GAROFALO, L. VACCA (a cura di), *Studi in ricordo di C.A. Cannata*, Napoli 2021

GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006

GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in TSDP 5, 2012

GEBAUER G.C., SPANGENBERG G.A., *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis quibusque editionibus collatis*, Gottingae 1776

GEIB O., *Actio fiduciae und Realvertrag*, in ZSS 8, 1887

GENOVESE M., *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino 2011

GEORGESCU V., '*Causa', 'contractus', 'conventio'. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain* I, Bucarest-Paris 1940

GEORGESCU V., *'Lex contractus'. Contribution a la théorie générale de l'acte juridique en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain* 1, Bucarest-Paris 1940

GERSTMAN SILESIUS D., *Disputatio juridica de praescriptis verbis et in factum actionibus*, Jenae 1619

GIACHI C., *Per una biografia di Sesto Pedio*, in SDHI 52, 1996

GIACHI C., *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 12-15 dicembre 2011), Milano 2011

GIACHI C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005

GIARO T., *Afrikan und die reductio ad absurdum*, in J.D. HARKE (a cura di), *Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin 2011

GIFFARD A., *Aestimatio, taxatio, id quod interest dans l'actio legis Aquiliae*, in RHD 12, 1933 = *Études de droit romain*, Paris 1972

GIFFARD A., *La condictio avec la taxatio et la certi condictio (D. 12.1.9)*, in RHD 15, 1936 = *Études* cit.

GIFFARD A., *L'actio civilis incerti et le synallagma (D, 2,14,7)*, in RHD 34, 1957 = *Études* cit.

GIFFARD A., *L'action qua incertum petimus*, in SDHI 4, 1938 = *Études* cit.

GIFFARD A., *La doctrine d'Ariston en matière de contrats innommés. Conférence 14 mars 1947* = *Études* cit.

GIFFARD A., *Les Maîtres de Beyrouth et l'action praescriptis verbis*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene 1934 = *Études* cit.

GIFFARD A., *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, in *Mélanges de Visscher* III, Bruxelles 1950 = *Études* cit.

GIFFARD A., *Precarium, condictio incerti, et actio praescriptis verbis*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 2, Palermo 1936 = *Études* cit.

GIFFARD A., *Une interpolation prétendue dans Dig. de aestimatoria 19.3.1*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959

GILBERTUS REGIUS NOSERENUS, *ENANTIOFANWN Juris civilis libri duo*, Anturpiae 1564

GIMENEZ-CANDELA T., *Algunas observaciones sobre D. 43.26.8 pr.*, in SDHI 48, 1982

GIOMARO A.M., *Problematiche generali su obbligazioni e contratti nell'antica Roma*, Fano 2014

GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*,[1] Paris 1897

GIRARD P.F., *Un document sur l'édit antérieur a Julien*, in *Mélanges de droit romain* 1, Paris 1912

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Vierten Theils*, Erlangen 1796

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Dreizehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1811

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Funfzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1813

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Siebenzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1815
GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816
GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887
GRÖSCHLER P., *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002
GRÖSCHLER P., *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19,* in N. BENKE, F.S. MEISSEL (a cura di), *Antike-Recht-Geschichte. Symposion zu Ehren von P. E. Pieler,* Frankfurt am Main 2009
GROSSO G., *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in Annali Camerino 3m 1929
GROSSO G., *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, in *Scritti in onore di G. Bonfante* I, Brescia 1976
GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941
GROSSO G., *Da Pedio ai Bizantini in D.2.14.1.3-4*, in *Studi in onore di E. Volterra* I, Milano 1971
GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*,[3] Torino 1963
GROSSO G., *Influenze aristoteliche sulla sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana*, in *La filosofia greca e il diritto romano* (Quad. Acc. Lincei, 221, 1), Roma 1976
GROSSO G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino <1944>
GROSSO G., *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droit moderns*, in W. WOLODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie 1978
GROSSO G., *La concretezza dei Romani come fatto e come valore*, in Index 5, 1974
GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*,[3] Torino 1966
GROSSO G., *Osservazioni sulle vicende della terminologia giuridica*, in *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, Milano 1943
GROSSO G., *Sul quasi usufrutto*, in BIDR 43, 1935
GUARINO A., *Alle origini del mandatum credendi*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.
GUARINO A., *Diritto privato romano*,[11] Napoli 1997
GUARINO A., *I digesti e la summa dell'"Anonimo'*, in SDHI 5, 1939 = ID., *Pagine di diritto romano* IV, Napoli 1994
GUARINO A., *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1952
GUARINO A., *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare. Postilla seconda: Analogia e dintorni*, in *Pagine di diritto romano* VI, Napoli 1995
GUARINO A., *Inter amicos*, in Labeo 40, 1994
GUARINO A., *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del Congresso Internazionale di Verona* 2, Milano 1953

GUARINO A., *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano*, Napoli 1983
GUARINO A., *L'esaurimento del 'ius honorarium' e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi E. Albertario*, Volume I, Milano 1953
GUARINO A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1968
GUARINO A., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990
GUARINO A., *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Catania 1946
GUARINO A., *Societas consensu contracta*, Napoli 1972 = ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1988
GUNDLING N.H., *Ausführlicher und gründlicher Discourse über die sämtlichen Pandekten.* Vol. 3, Frankfurt und Leipzig 1739

HACKL K., *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi* 1, Milano 1982
HACKL K., *Vom 'quasi' im römischen zum 'als ob' im modernen Recht*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINCKE (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999
HÄHNCHEN S., *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin 2003
HAIMBERGER A., *Reines Römisches Privat-Recht, nach den Quellen und Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten. IV. Theil*, Wien 1835
HASSE J.C., *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 6, Göttingen 1834
HAYASHI N., *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York etc. 1993
HEFFTER A.G., *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827
HEIMBACH G.E., *Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, nebst einigen Bemerkungen über die actio praescriptis verbis*, in ZCP 11, 1838
HEIMBACH G.H., *Constantini Harmenopuli, Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis*, Lipsiae 1851
HEINECCIUS I.G., *Antiquitatum romanarum Syntagma*, in *Operum tomus quartus*, Genevae 1762
HELDRICH K., *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924
HELMOLT T.L. VON, *Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast*, Gießen 1852
HERMANN J.H., *Einleitung zu den Actionibus Forensibus oder Gerichtlichen Klagen*, Leipzig 1737
HERNANDO LERA J., *El contrato de sociedad: La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992

HERTZBERG A., *Dissertatio inauguralis iuridica selecta quaedam capita e doctrina de lucro cessante et damno emergente continens*, Ienae 1763
HOFFMAN CH. H., *Historia Iuris Romano-Iustinianei. Volumen primum*, Lipsiae 1734
HONORÉ A.M., *Julian's Circle*, in TR 32, 1964
HONSELL H., *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969
HORAK F., *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969
HOTOMANUS F., *Coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreanum 1575
HOTOMANUS F., *Observationum et emendationum in Ius Civile Libri XIII*, Genevae 1599
HUBER U., *Praelectionum juris civilis tomi tres secundum institutionum et digesta Justiniani. Tomus* II. *Liber XIX. Tit. V. De praescriptis verbis & in Factum actionibus*, Maceratae 1838
HUGO G., *Note 7 zum §. 24* a J.C. LANGSDORF, *Über die pacta und contractus nach dem Justinianischen Rechte*, in Civilistisches Magazin 1, 1803
HUSCHKE PH. E., *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*,[5] Lipsiae 1886
HUSCHKE PH. E., *Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien. Dritte Folge. (Schluß)*, in ZCP 5, 1848
HUSCHKE PH. E., *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, in ZGR 13, 1846

Infortiatum seu Pandectarum iuris civilis. Tomus secundus, ex pandectis Florentinis, Aureliae cIↃ. IↃc. XXV (1625)

JHERING R. VON, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in Jh. Jb. 4, 1860/1861
JHERING R. VON, *Kritisches und exegetisches Allerlei*, in Jh. Jb. 15, 1877
JÖRS P., v. *Domitius Ulpianus*, in RE 9, 1903
JÖRS P., KUNKEL W., WENGER L., *Römisches Recht*,[3] Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
JÖRS P., KUNKEL W., WENGER L., *Römisches Recht*,[4] Berlin-Heidelberg-NewYork-London-Paris-Tokyo 1987

KALB W., *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*,[2] Nürnberg 1888
KALB W., *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig 1890
KANTOROWICZ H., BUCKLAND W.W., *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of theTwelfth Century*, Cambridge 1938
KARLOWA O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin 1877
KARLOWA O., *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872
KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig 1885

KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess. Erster Teil. Privatrecht*, Leipzig 1901

KASER M., *Das Römische privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*,[2] München 1971

KASER M., *Divisio obligationum*, in P.G. STEIN, A.D.E. LEWIS (a cura di), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas*, London 1983 = ID., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986

KASER M., *Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an der römischen Rechtsquellen*, in *Forschungen zum römischen Recht und angewandte Juristenmethode,* Wien-Köln-Graz 1979

KASER M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in Labeo 22, 1976

KASER M., *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, in ZSS 99, 1982

KASER M., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in M. HARDER, G. THIELMANN (a cura di), *De iustitia et de iure. Festgabe für U. von Lubtow zum 80. Geburstag*, Berlin 1980 = ID., *Römische Rechtsquellen* cit.

KASER M., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993

KASER M., *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, in ZSS 101, 1984

KASER M., *Mutuum und stipulatio*, in *Eranion in honorem G. S. Maridakis* I, Athenis 1963

KASER M., *Oportere und ius civile*, in ZSS 83, 1966

KASER M., *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, a cura di L. WENGER e W. OTTO, München 1935

KASER M., *Studien zum römischen Pfandrecht* II. *Actio pigneraticia und actio fiduciae*, in TR 47, 1979

KASER M., *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift F. Schulz* 2, Weimar 1951

KASER M., *Zum Ius honorarium*, in *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978 = ID., *Römische Rechtsquellen* cit.

KASER M., *Zur Geschichte des precarium* (Rec. a P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit.), in ZSS 89, 1972

KASER M., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen 1962

KELLER F.L., *Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*,[3] Leipzig 1863

KELLER F.L., *Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes*, Berlin 1854

KELLER F.L., *Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischen Römischen Recht*, Zürich 1827

KEMMERICH D.H., *De origine contractuum nominatorum et innominatorum*, Ienae 1733

KERBER W., *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Wurzburg 1970

KLAMI H.T., *Mutua magis videtur quam deposita. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969
KNIEP F., *Präscriptio und pactum*, Jena 1891
KNÜTEL R., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968
KNÜTEL R., *La causa nella dottrina dei patti*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
KNÜTEL R., *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien 1976
KOFANOV L., *Le fonti delle obbligazioni secondo Modestino (D. 44.7.52)*, in L. VACCA (a cura di), *Dai giuristi ai codici. Dai codici ai giuristi. Convegno ARISTEC Roma 20 febbraio 2012*, Napoli 2016
KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J. VON, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar 1907
KRANJC J., *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989
KREMER P., *Die Verhältnisse do ut facias und do ut des als ausgewählte beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au-delà des frontières, Mélanges Wołodkiewicz*, Varsovie 2000
KRETSCHMAR P., *Die l. 16 D. de condictione causa data causa non secuta D. 12.4 im Lichte des Schulenstreits*, in ZSS 61, 1941
KRÜGER H., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZPOR 27, 1900
KRÜGER H., Rec. a H. ERMAN, *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896, in ZPOR 24, 1897
KRÜGER P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888
KRÜGER P., *Über dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation*, in ZSS 16, 1895
KUNKEL W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952
KUPISCH B., *Der Gedanke des 'als ob'. Zur wirschaftlichen Betrachtungsweise bei der Anweisung, romanistisch und zivilistisch*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINKE (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999
KUPISCH B., *Id quod interest bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers*, in TR 43, 1975
KUPISCH B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York 1974
KYBER J., *Disputatio inauguralis juridica de colono partiario*, Altdorfei 1677

LAMBRINI P., *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in SCDR 22, 2009
LAMBRINI P., *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in Studi Urbinati 66, 2015
LAND J.J., *Lehrbuch des Justinianisch römischen Rechts, zum Gebrauche bei Institutionen-Dorlesungen*,[2] Stuttgart und Tübingen 1837
LANGSDORF J.G., *Tractatio de pactis & contractibus romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano. Cap. VII De contractibus innominatis*, Mannhemii 1777

LANGSDORF J.C., *Über die pacta und contractus nach dem Justinianischen Rechte*, in Civilistisches Magazin 1, 1803
LANTELLA L., *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano. Repertorio di strumenti per una lettura ideologica*, Torino 1975
LANTELLA L., *Manuali e topoi. Per una ipotesi di sperimentazione didattica*, in F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO (a cura di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusnaturalistico*, Torino 2018
LA PIRA G., *La personalità scientifica di Sestio Pedio*, in BIDR 45, 1938
LA PIRA G., *La struttura classica della conventio pignoris*, in Studi Senesi 47, 1933
LA PIRA G., *La struttura classica del pignus*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, vol. II, Padova 1933
LAST A., *Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, der Empfehlung und der Auskunft,* in AUPA 15, 1936
LASTIG G., *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, in ZHR 24, 1879
LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996
LAUTERBACH W.A, *Collegium theoretico-practicum. Tomus primus a Pandectarum lib. I. usque ad lib. XX^mum^*, Tubingae 1763
LAUTERBACH W.A., *Compendium juris brevissimis verbis, Sed amplissimô sensu & allegationibus universam ferè materiam Jiuris exhibens. Primùm usui privato collectum, jam verò multorum rogationibus publico dato à J. J. Schütz*, Francofurti 1679
LENEL O., *Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS 51, 1931
LENEL O., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS 2, 1881
LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1883
LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*,[2] Leipzig 1907
LENEL O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*,[3] Leipzig 1927
LENEL O., *Der Prätor in der legis actio*, in ZSS 30, 1909
LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz, 1960)
LENEL O., Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, in ZSS 9(=22), 1888
LEOTARDUS H., *Liber Singularis De Usuris, & contractibus usurariis coërcendis. Editio tertia*, Lugduni 1662
LEPORE P., *Rei publicae polliceri. Un'indagine giuridico-epigrafica*,[2] Milano 2005
LEVY E., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen. Forschungen zum römischen Recht*, Weimar 1962
LEVY E., *Vom römischen precarium zur germanischen Landleihe*, in ZSS 67, 1948
LEVY E., *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956
LEVY E., *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in ZSS 36, 1915
LIGIOS M.A., *CIL. IV, 9591: riflessioni in materia di impresa di navigazione*, in AUPA 63, 2020

LINDHOLTZ O.F., *Commentatio de in factum actionibus publice propugnata*, Droebaco-Norvego 1748, in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum maxime ad ius civile historiam pertinentium Sylloge*, Gottingae 1766
LITEWSKI W., *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, in BIDR 78, 1975
LITEWSKI W., *La responsabilité du mandataire*, in Index 12, 1983-1984
LOMBARDI G., *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961
LOMBARDI G., *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in BIDR 63, 1960
LOMBARDI G., *Ricerche in tema di* '*ius gentium*', Milano 1946
LOMBARDO F., *Studi sulla «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustinianeo*, Milano 2020
LONGO A., *Titius Aristo. Contributo alla storia della giurisprudenza romana nell'età traianea*, in Antologia giuridica 2, 1887
LONGO C., *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio conductio'*, in *Mélanges P. F. Girard. Tome second*, Paris 1912
LONGO G., *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930
LONGO G., *Corso di diritto romano. I contratti.* I, Padova, 1936
LONGO G., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in SDHI 45, 1979
LONGO S., *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino 2019
LOPEZ MADERA G., *Animadversionum iuris civilis, liber singularis*, Coloniae Agrippinae 1594
LOVATO A., *Traditio e conventio nel settimo libro delle disputationes ulpianee*, in SDHI 67, 2001
LÜBTOW U. VON, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952
LÜBTOW U. VON, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971
LUZZATTO G.I., *Il problema dell'origine del processo extra ordinem*, Bologna 1965

MACCORMACK G., *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in SDHI 51, 1985
MACCORMACK G., *Culpa*, in SDHI 37, 1972
MACCORMACK G., *The Liability of the Mandatary*, in Labeo 18, 1972
MACKELDEY F., *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Privatrechts*, Gießen 1814
MACKELDEY F., *Lehrbuch des Römischen Rechts. Erster Band*,[13] Wien 1851
MAGDELAIN A., *Le consensualisme dans l'edit du preteur*, Paris 1958
MAGNUS J.M., *Rationum et differentiarum juris civilis libri duo: unus de actionibus arbitrariis alter de quod interest*, Aureliae 1607, consultabile in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus Juris civilis et Canonici continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera. Tomus Tertius*, Hagae-Comitum 1752

MANCINETTI G., *Et ideo nec volens quis reddere potest. Osservazioni sulla causa operarum*, in BIDR 103-104, 2001 (pubbl. 2009)
MANTELLO A., *I dubbi di Aristone*, Ancona 1990
MANTELLO A., *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in C. STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Como, 17-18 novembre 2006)*, Napoli 2010
MANTELLO A., *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 61, 1995
MANTHE U., *Gaio il Veronese e gli editori*, in AUPA 57, 2014
MANTOVANI D., *La critica del testo del digesto tra passato e futuro*, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. 'Atti del Seminario internazionale di diritto romano' e della 'presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae'. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di S. Schipani* (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), Trento 2011
MANTOVANI D., *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
MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*,[2] Padova 1999
MANTOVANI D., *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in Labeo 34, 1988
MAREZOLL T., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Leipzig 1839[1]
MAROTTA V., *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in Ostraka 5.1, 1996
MARRONE M., *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957
MARRONE M., *Precario habere e precarium*, in Labeo 17, 1971
MARTINI R., *Il mandato*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid 1994
MARTINI R., *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960
MASCHI C.A., *Il diritto romano* 1. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*,[2] Milano 1966
MASCHI C.A., Rec. a N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, in IVRA 25, 1974
MASI A., v. *'Locazione'* (*storia)*, in Enc. dir. 24, Milano 1974
MASI DORIA C., *Per l'interpretazione di «quasi magistratus» in D. 1.16.7.2 (Ulp. 2 de off. proc.)*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano 2007
MASIELLO T., *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999
MATTIOLI F., *Strumenti processuali e tutela del precario: D. 43, 26, 19, 2 e D. 43, 26, 2, 2*, in KOINWNIA 42, 2018
MAY G., *Élements de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit. Tome second*, Paris 1890
MAY G., *Élements de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit*,[7] Paris 1901

MAYR R. VON, *Die condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig 1900
MAYER MALY TH., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956
MAYER-MALY TH., *Studien zur Vertrag I. Vertrag und Eininung*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München-Berlin 1965
MAYNZ C., *Cours de droit romain. Tome deuxieme*,[3] Bruxelles-Paris 1870
MEDICUS D., *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962
MEDICUS D., Rec. a E. LEVY, *Nachträge* cit., in ZSS 80, 1963
MEDICUS D., *Zur Entdeckungsgeschichte der 'culpa in contrahendo'*, in H.P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE (a cura di), *'Iuris professio'. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986
MELILLO G., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*,[2] Napoli 1994
MELILLO G., *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani*, Napoli 1978
MELILLO G, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in ANRW II 14, Berlin-New York, 1982
MELILLO G., *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il primo ed il terzo secolo*,[2] Napoli 1986
MELILLO G., *'Pacta in rem, pacta in personam'. Una divisio classica?*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, III, Napoli 1984
MENDOÇA F. A, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliores leges. ff de Pactis. Libri tres*, Compluti 1586
MERCADO J.B., *Contractuum quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt y su relación con el principio de la equidad*, in P. RESINA SOLA (a cura di), *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almeria 2012
MERILLIUS E., *Dissertatio in libros tres ex Cujacio. Caput XXIX. Unde ea actio praescriptis verbis dicta sit*, Neapoli 1720
MERILLIUS E., *Observationum libri VIII*, Neapoli 1720
METRO A., *La denegatio actionis*, Milano 1972
METRO A., *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio conductio irregularis*, in SCDR 7, 1995
MEYER-PRITZL R., *Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (a cura di), *Pacte, convention, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Buno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1998
MEYLAN PH., *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne 1919
MICHEL J.H., *Gaius et le mandat, mea, tua ou aliena gratia*, in RIDA 44, 1997
MICHEL J.H., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962
MILAZZO A., *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino 2018

MISERA K., *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern. Zu den klassischen Grundlagen der justinianischen Quellen*, in ZSS 94, 1977
MISERA K., *Gebrauchsüberlassung und Schenkungsverbot unter Ehegatten*, in Index 3, 1972
MISERA K., *Julian-Afrikan D. 19.5.24. Ein Beitrag zu "agere praescriptis verbis"*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* VI, Napoli 1984
MITTEIS L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* 1, Leipzig 1908
MOMMSEN F., *Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853
MOMMSEN F., *Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zum Lehre von dem Interesse* 2, Braunschweig 1855
MOMMSEN TH., *Digesta Iustiniani Augusti. Volumen I*, Berolini 1898
MOMMSEN TH., *Sextus Pomponius*, in ZRG 7, 1868
MOMMSEN TH., *Ueber Julians Digesten*, in ZRG 9, 1870
MOOS P. VON, *Sulla retorica dell'exemplum nel medioevo*, in *Entre histoire et littérature. Communication et culture au Moyen Âge*, Firenze 2005
MORTREUIL J.A.B., *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 deuxième*, Paris 1844
MORTREUIL J.A.B., *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 troisième*, Paris 1847
MÜHLENBRUCH C.F., *Doctrina Pandectarum. Volumen* II.,[3] Halis Saxonum 1831
MÜHLENBRUCH C.F., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*,[1] Halle 1842
MÜHLENBRUCH C.F., *Lehrbuch des Pandecten-Rechts nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet* 2,[4] Halle 1844
MÜHLENBRUCH C.F., Rec. a E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, in Heidelberger Jahrbucher der Literatur 14, 1821

NABER J. C., *Observantiunculae de iure romano. XLVIII. De praescriptis verbis actione*, in Mnemosyne 22, 1894
NATALI C., *Aristotele e la rinascita della retorica*, in S.L. BROCK (a cura di), *L'attualità di Aristotele*, Roma 2000
NEGRI G., v. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. civ. 5, Torino 1989
NEGRI G., *Riflessioni sparse sui 'posteriores Labeonis' di Giavoleno*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, Torino 1996
NELSON H.L.W., MANTHE U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Commentar*, Berlin 1999
NEUSTETEL L.J., *Bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Commentatio inauguralis*, Heidelberg 1818

NICOSIA G., *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in IVRA 62, 2014
NICOSIA G., *Exceptio utilis*, in ZSS 94, 1958
NIEDERLÄNDER H., *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar 1953
NIEMEYER TH., *Fiducia cum amico und depositum*, in ZSS 12, 1892
NOODT G., *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Editio tertia*, in *Opera omnia recognita, aucta, emendata, multis in locis atque in duos tomos distributa*, Lugduni Batavorum 1735
NOORDRAVEN B., *Die fiducia im römischen Recht*, in Index 18, 1990
NOORDRAVEN B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999
NOORDRAVEN B., *Pomp., D. 13.7.6 pr.: un caso di pignus*, in BIDR 82, 1980

OERTMANN P., *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890
ONIDA P.P., *In tema di natura del mandatum*, in D@S-Tradizione romana 13, 2015
ORESTANO R., v. *Africano Sesto Cecilio*, in Noviss. dig. it. 1, Torino 1957
ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in Jus 11, 1960
ORTOLAN M., *Prolegomenos del derecho romano. Esplicacion historica de la instituta del emperador Justiniano*, Madrid 1847
OSUCHOWSKI W., *Notes critiques sur l'interpretation du D. 19.3.1.1*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Verona 27-19 settembre 1948), Volume III, Milano 1951
OTTO E., *Thesaurus Juris Romani, continens rariora meliorum interpretum Opuscula, in quibus Jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur. Tomi I, II, III. Editio secunda*, Trajecti ad Rhenum 1733

PACCHIONI G., *Corso di diritto romano. Volume* II, Torino 1920
PADOVAN M., *Il danno patrimoniale nel iudicium empti*, in L GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato. Omaggio ad A. Burdese*, vol. III, Padova 2015
PALAZZOLO N., *Il principe, i giuristi, l'Editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto a Traiano*, in F. MILAZZO (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 1994*, Napoli 1996 = *Scritti* 1, cit.
PALAZZOLO N., *La propositio in albo degli edicta perpetua e il plebiscitum Cornelium del 67 a. C.*, in *Sodalitas* V = F. ARCARIA (a cura di), *IUS e TECNE. Dal diritto romano all'informatica giuridica. Scritti di Nicola Palazzolo* 1, Torino 2008
PALMA A., *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note sulla causa contractus*, in A.M. VILLAR, A.C. GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (a cura di), *Homenaje al Prof. A. Torrent*, Madrid 2016
PALMA A., *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudicante: Non liquet e denegatio actionis*, in KOINWNIA 39, 2015

PALMA A., *Vicende della 'res' e permanenza della 'causa'*, in *Sodalitas* 3 cit.
PARENTI L., *Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di furtum usus: D. 13.1.16 e D. 42.2.77(76) pr.*, in TSDP 7, 2014
PARICIO J., *Apuntes sobra la actio fiduciae*, 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)*, volume III, Padova 2003
PARICIO J., *Genesi e natura dei bonae fidei iudicia*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 12-15 dicembre 2011), Milano 2011
PARICIO J., *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in RIDA 29, 1982
PARICIO J., *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justinianea*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.
PARICIO J., *Sull'idea di contratto in Gaio*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
PARICIO J., *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13.6.13 pr. y D. 12.6.17.5)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. VI, Milano 1982
PARTSCH J., *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht,* in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin 1931
PARTSCH J., Rec. a P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA* 1 cit., in ZSS 35, 1914
PASTORI F., *Il commodato nel diritto romano*, Milano 1954
PELLECCHI L., *La praescriptio. Processo*, *diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003
PELLECCHI L., *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in SDHI 64, 1998
PELLOSO C., *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011
PELLOSO C., *La 'latitudine' della culpa e l'utilitas contrahentium. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche*, in Studi Urbinati 71, 2020
PELLOSO C., *Le origini aristoteliche del SUNALLAGMA di Aristone*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007
PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abteilung*, Halle 1892
PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*. *Erster Band*, Halle 1873
PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Zweiter Band*, Halle 1878
PERNICE A., *Parerga* 1. *Zur römischen Gesellschaftsverträge*, ZSS 3, 1882

PERNICE A., *Parerga* 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9, 1888
PERNICE A., *Ulpian als Schriftsteller*, in Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin 25, 1885
PERNICE A., *Zur Lehre den Innominatkontrakten*, in Krit. Vjschr. 10, 1868
PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano* I, Firenze 1906
PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano* II, Firenze 1908
PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano* II,[2] Roma 1928
PEROZZI S., *Le obbligazioni romane*. *Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note*, Bologna 1903
PESARESI R., *Labeone e l'eccesso di mandato*, in IAH 11, 2019
PETERS H., *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, Leipzig 1913
PETRUCCI A., *Formazione del contratto*, in G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando*, Bologna 2009
PETRUCCI A., in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino 2002
PETRUCCI A., *Prime riflessioni su banca e interessi nell'esperienza romana*, in *L'usura ieri e oggi*, Bari 1997
PFERSCHE E., *Die Bereicherungs-Klagen. Privatrechtliche Untersuchung*, Wien 1880
PFLÜGER H.H., *Über die condictio incerti*, in ZSS 18, 1897
PFORDTEN L., *Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und heutigem Rechte*, in *Abhandlungen aus Pandekten-Rechte*, Erlangen 1840
PIETRINI S., *La Pira e il pegno*, in Index 34, 2006
PLATSCHEK J., *Das Edikt de pecunia constituta*. *Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München 2013
PÖHLS M., *Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans*, Heidelberg 1821
POKROWSKY J., *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, in ZSS 16, 1895
POKROWSKY J., *Zur Lehre von den actiones in ius und in factum*, in ZSS 20, 1889
POTHIER R.J., *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus primus*, Parisiis 1818
POTHIER R.J., *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis, et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Tomus secundus*, Parisiis 1818
POTHIER R.J., *Traité du prêt a usage et du précaire* (1766-1767) = ID., *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la Législation actuelle par M. Bugnet. Tome cinquième*,[2] Paris 1864
PRINGSHEIM F., *Animus donandi*, in ZSS 42, 1921
PRINGSHEIM F., *Liberalitas*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953
PROCCHI F., *Dall'id quod interest alla costruzione della cd. 'Differenzhypothese' ad opera*

di Friedrich Mommsen, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, tomo secondo, Padova 2011

PROCCHI F., *Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. I, Padova 2007

PROCCHI F., *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Padova 2012

PROCCHI F., *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli 2005

PROCCHI F., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in TSDP 3, 2010

PROVERA G., *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi* IV, Milano 1982

PSELLUS M., *Synopsis legum, versibus iambis et politicis cum latina interpretatione et notis Francisci Bosqueti narbonensis icti selectisque observationibus Cornelii Siebenii*, Lipsiae 1789

PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli 2006

PUGLIESE G., v. *Cognitio*, in Noviss. dig. it. 3, Torino 1959

PUGLIESE G., *Il processo formulare* II. *Lezioni dell'anno accademico 1948-1949*, Genova s.d.

PUGLIESE G., *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988

QUADRATO R., *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979

QUADRATO R., *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli 1983

RABELLO A.M., *La base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla 'culpa in contrahendo'*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φil…a. Scritti per Gennaro Franciosi* 3, Napoli 2007

RANDAZZO S., *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005

REGGI R., *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano* 1, in Studi Parmensi 2, 1951

REICHHELM K., *Versuch eines Beweises, dass der Römer nur zwei Arten von unbenannten Contracten kannte: do ut des, und do ut facias*, Halle 1800

REIN W., *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858

RICCOBONO S., *Dal diritto romano classico*, in AUPA 3-4, 1917

RICCOBONO S., *Elementi sistematici, nei commentari "ad edictum"*, in BIDR 44, 1936-1937

RICCOBONO S., *Gli scolii sinaitici. Frammento di un commentario greco all'opera di Ul-*

piano ad Sabinum elaborato nelle scuole d'Oriente del V secolo e riveduto dopo la compilazione di Giustiniano, in BIDR 9, 1896

RICCOBONO S., *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del "Corpus iuris civilis"*, in *Mélanges H. Fitting* 2, Montpellier 1907

RICCOBONO S., *La formazione della teoria generale del contratto nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1, Milano 1930

RICCOBONO S., *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, in *Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini*, Milano 1946

RICCOBONO S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano: compendio dei corsi di storia e di esegesi del diritto romano*, Milano 1949

RICCOBONO S., *Letture londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"*, a cura di G. Falcone, Torino 2004

RICCOBONO S., *Studi critici sulle fonti di diritto romano. Bibl…a œx Iuliani ad Minicium*, in BIDR 7, 1894

RICCOBONO S., *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in BIDR 18, 1907 = *Scritti di diritto romano* 1. *Studi sulle fonti*, Palermo 1957

RICHELMANN H., *Der Einfluss des Irrtums auf Verträge. Ein civilistischer Versuch*, Hannover 1837

ROBBE U., *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965

ROBBE U., *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano 1978

RODEGHIERO A., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2004

RODRÍGUEZ-ENNES L., *Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano*, in IVRA 50, 1999

RODRÍGUEZ MARTÍN J. D., *El valor de las fuentes jurídicas bizantinas para el estudio del derecho romano en el pensamiento de Riccobono*, in M. VARVARO (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi* (Palermo, 29-30 marzo 2019), Palermo 2020

ROMANO G., *Brevi considerazioni su Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.4: le vicende di un testo tra tradizione testuale e proposte emendative*, in TSDP 5, 2012

ROMANO G., *Celio Sabino e la venalis possessio di C. 4.64.1 (Gord., a. 238)*, in D@S-Tradizione romana 10, 2012

ROMANO G., *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in D@S-Tradizione romana 9, 2010

ROMANO G., *Note a margine di Ulp. 26 ad ed. D. 12.4.3.3-4 (A proposito di una nota interpretazione di Filippo Gallo)*, in AUPA 52, 2007-2008

ROMANO G., *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014

ROMEO S., *Fiducia auctionibus vendunda nelle Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle testationes nelle auctiones puteolane (51-61 d.C.)*, in F. COSTABILE (a cura di), *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, 2, Roma 2006

ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010
ROSSI P., *Locatio conductio operis irregularis*, in Studi Senesi 7, 1890
ROTONDI G., *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, in RISG 45, 1908
RUDORFF A.A.F., *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869
RUSSO RUGGERI C., *Viviano giurista minore?*, Milano 1997

SACCOCCIO A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino 2020
SACCOCCIO A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002
SACCONI G., *«Conventio» e «mutuum»*, in Index 15, 1987
SACCONI G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971
SACHERS E., *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen röm. Recht*, in ZSS 59, 1939
SALKOWSKI C., *Lehrbuch der Institutionen für den akademischen Gebrauch*,[2] Leipzig 1875
SALKOWSKI C., *Quaestiones de iure societatis praecipue publicanorum. Dissertatio inauguralis*, Regiomonti Borussorum 1859
SALOMONE A., *'Donationes sub modo'. Verso un'unità sistematica*, Napoli 2020
SALVADORE F.A., *Affectio societatis*, in Riv. dir. civ. 3, 1911
SAMTER R., *Zu Gaius II.82*, in ZSS 28, 1907
SANFILIPPO C., Rec. a V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, in IVRA 1, 1950
SANGUINETTI A., *D. 19.5.22: Gaio e il 'iudicium quasi de novo negotio'*, in TSDP 5, 2012
SANIO F.D., *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, vornehmlich an dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht*, Leipzig 1867
SANTORO R., *'Actio civilis in factum', 'actio praescriptis verbis', e 'praescriptio'*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983
SANTORO R., *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
SANTORO R., *Il contratto nel pensiero di Labeone,* in AUPA 37, 1983
SANTORO R., *La causa delle convenzioni atipiche*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
SANTORO R., *Per la storia dell'obligatio.* I, Palermo 2020
SANTORO R., *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone*, *Relazione alla XXXIII sessione SIHDA* (Palermo, 12-16 Sett. 1979) = *Studi in onore di A. Arena* V, Padova 1981

SANTORO R., *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971
SANTUCCI G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997
SARGENTI M., *'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca* 7, Napoli 2001
SARGENTI M., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006
SARGENTI M., *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale la tutela nella compravendita*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1953
SARGENTI M., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto* cit.
SARGENTI M., *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 38, 1987
SARGENTI M., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI (a cura di), *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976
SARGENTI M., *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 39, 1988
SAVIGNY F.C. VON, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 2, Berlin 1853
SAVIGNY F.C. VON, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*,[7] Wien 1865
SAVIGNY F.C. VON, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Vierter Band*, Heidelberg 1826
SAVIGNY F.C. VON, *System des heutigen römischen Rechts. Erster Band*, Berlin 1840
SAVIGNY F.C. VON, *System des heutigen römischen Rechts. Dritter Band*, Berlin 1840
SAVIGNY F.C. VON, *System des heutigen römischen Rechts. Vierter band*, Berlin 1841
SAVIGNY F.C. VON, *System des heutigen römischen Rechts. Fünfter Band*, Berlin 1841
SCARANO USSANI V., *Empiria e dogmi. La scuola proculeiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989
SCARANO USSANI V., *Il probabilismo di Titius Aristo*, in Ostraka 4.2, 1995
SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987
SCEVOLA R., *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008
SCEVOLA R., *'Obligamur lege' (Mod. 2 reg., D. 44.7.52 pr.). Alle radici di un problema antico e moderno*, in G. LUCHETTI (a cura di), *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea. Actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso iberoamericano de derecho romano* (Bolonia-Rávena, 25-28 de marzo de 2015), Bologna 2016
SCHANZ M., *Die Analogisten und die Anomalisten im römischen Recht*, in Philologus 42, 1884
SCHELTEMA H.J., *De antiquae iurisprudentiae reliquiis in libris byzantinis oblectamentum*, in TR 17, 1941

SCHELTEMA H.J., *Les sources du droit de Justinien dans l'Empire d'Orient*, in RHD 29, 1952
SCHERILLO G., v. *Comodato (diritto romano)*, in Enc. dir. 7, Milano 1960
SCHERILLO G., *Locazione e precario*, in RIL 62, 1929
SCHIAVONE A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari 1987
SCHIAVONE A., *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in *Storia di Roma* 2.III, Torino 1992
SCHIAVONE A., '*Ius'. L'invenzione dei diritto in Occidente*, Torino 2005
SCHIAVONE A., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, 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
SCHIAVONE A., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994
SCHIAVONE A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971
SCHIAVONE A., *Sulle dottrine contrattualistiche dei giuristi romani*, in Index 23, 1995
SCHIEDER C., *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des römischen Rechts*, Göttingen 2011
SCHILLING F.A., *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 1, Leipzig 1834
SCHILLING F.A., *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846
SCHINDLER K.H., *Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum problem der überholenden Kausalität*, in ZSS 74, 1957
SCHLOSSMAN S., *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Leipzig 1881
SCHMIDLIN B., *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in ZSS 124, 2007
SCHMIDLIN B., *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, Padova 2008
SCHMIDT G.E., *Das Commodatum und precarium: eine Revision der Grundlehren beider*, Leipzig 1841
SCHMITTHENNER K., *Ueber Verträge insbesondere das Neuerecht nach römischen und deutschen Grundsätzen*, Gießen 1831
SCHMUCK W., in A. WIELINGIUS, *Iurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum juris justinianaei corpus, ad modum Jac. Labiti et aliorum*, 2 voll., Amstelodami 1727
SCHNEIDER K.A., *Die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts*, Rostock 1834
SCHOULZ AB ASCHERADEN C.R.L.B., *Commentatio Juris Civilis de Contractibus Romanorum Innominatis*, Gryphiae 1818

SCHULTING A., *Jurisprudentia vetus ante-justinianea. Julii Pauli sententiarum receptarum ad filium libri V*, Lipsiae 1737
SCHULZ F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961
SCHULZ F., *History of Roman legal Science*, Oxford 1946
SCHULZ F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968
SCHUPFER F., *Il diritto delle obbligazioni secondo i principi del diritto romano*, Padova 1868
SCHWARZ F., *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, München-Köln 1951
SCHWEPPE A., *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollständiger Rücksicht auf Gaius und die Vaticanischen Fragmente*,[3] Göttingen 1832
SCIALOJA V., *La l. 16 dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in BIDR 19, 1907
SCIALOJA V., *Sopra il precarium nel diritto romano*, Roma 1878
SCIANDRELLO E., *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti': l'agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale*, in D@S-Memorie 12, 2014
SCIANDRELLO E., *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli 2017
SCIANDRELLO E., *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta in diritto romano*, Trento 2011
SCIORTINO S., *Denegare actionem, decretum e intercessio*, in AUPA 55, 2012
SCIORTINO S., *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustinianeo*, Torino 2018
SCIPIO GENTILIS, *Disputatio de actionibus in factum. Thesis III*, in *Opera omnia in plures tomos distributa. Tomus octavus*, Neapoli 1769
SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto. Corso di diritto romano 1924-1925*, Torino 1926
SEGRÈ G., *Obligatio, obligare, obligari, nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930
SEGRÈ G., *Studi sul concetto del negozio giuridico in diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in RISG 28, 1899 = ID., *Scritti giuridici*. Vol. I, Cortona 1930
SEGRÈ G., *Sull'antitesi dei diritti reali e delle obbligazioni*', Torino 1920
SEGRÈ G., *Sulle formule della negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum*, in Studi Senesi 23, 1906
SEGRÈ G., *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952
SELB W., *Actiones in factum und Formeltechnik*, in G. FROTZ, W. OGRIS (a cura di), *Festschrift H. Demelius zum 80. Geburtstag. Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, Wien 1973
SELB W., *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Teil I: Studien zum Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974
SELB W., *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982
SELB W., *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano 1984

SERRAO F., *Il procurator*, Milano 1947
SIBER H., *Retentio propter res donatas*, in *Studi in onore di S. Riccobono* cit., vol. 3
SIBER H., *Römisches Recht: in Grundzügen für die Vorlesung*. II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928
SIBER H., *Vorbereitung und Ersatzzweck der Besitzinterdikte*, in *Scritti in onore di C. Ferrini* 4, Milano 1949
SIMONIUS P., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basle 1958
SINTENIS C.F.F., *Das practische gemeine Civilrecht*. *Zweiter Band. Das Obligationenrecht*, Leipzig 1847
SITTL K., *Die lokalen Verschiedenheiten der lateinischen Sprache mit besonderer Berücksichtigung des afrikanischen Lateins*, Erlangen 1882
ŚLIWIŃSKI P., *Il ragionamento per analogia nella filosofia analitica polacca*, Roma 1998
SMITH W., *Greek and roman Antiquites*,[2] London 1853
SOLAZZI S., *D. 48.4.7.3 e l'analogia nel diritto penale*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960
SONTIS J.M., *Die Digestensumme des Anonymos 1. Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, Heidelberg 1937
SOTTY R., *'Condictio incerti', 'actio ex stipulatu' et 'actio praescriptis verbis'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli 1984
STEIN P., *Le scuole*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano da Augusto agli Antonini*. *Atti del Seminario di S. Marino (12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996
STEIN P., *Sabino contro Labeone. Due tipi di pensiero giuridico romano*, in BIDR 80, 1977
STEIN P., *The Place of Servius Sulpicius in the Development of Roman Legal Science*, Göttingen 1978
STEIN P., *The relation between Grammar and Law in the early Principate. The Beginnings of Analogy*, in *Atti del II Congr. intern. della Società it. di storia del dir.*, Vol. II, Firenze 1971
STINTZING W., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Jena 1901
STOCKEBRAND A.W., *Obligatio re contracta*. *Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen 2017
STOLFI E., *Il modello delle due scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI 63, 1997
STOLFI E., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in RDR 1, 2001
STOLFI E., *Riflessioni attorno al problema dei diritti soggettivi fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in Studi Senesi 118, 2006
STOLFI E., *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano 2001
STOLFI E., *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002
STRUVIUS G.A., *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem pandectarum concinnatum, Cum additionibus Petri Mülleri. Pars prima. Editio secunda*, Francofurti et Lipsiae 1718
STRYKIUS S., *Tractatus de actionibus forensibus investigandis et caute eligendis. Editio se-*

cunda emendatior. Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus. § 1, Halae Magdeburgicae 1698

SUMMER MAINE H., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London 1861

TAFARO S., *La interpretatio dei verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980

TAFARO S., Rec. a H. HONSELL, *Quod interest*, in Index 2, 1971

TAFARO S., *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23*, Bari 1984

TALAMANCA M., *Contratto e patto nel diritto romano*, in Dig. civ. 4, Torino 1989

TALAMANCA M., *Conventio e stipulatio, nel sistema dei contratti romani*, in H. KUPISZEWSKI, W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie 1978 = 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

TALAMANCA M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Bari 1981

TALAMANCA M., *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3 = FV. 286: «donatio sub modo», «datio ob rem» e contratto a favore di terzi*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, vol. 6, Milano 2010

TALAMANCA M., *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR 64, 1961

TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., vol. IV

TALAMANCA M., *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, in V. GIUFFRÈ (a cura di), *Opuscola – Centro di studi romanistici V. Arangio Ruiz*, Napoli 1998 = M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive* cit.

TALAMANCA M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione.* Seminario ARISTEC per B. Kupisch, Roma, 20-22 giugno 2002, Torino 2006

TALAMANCA M., *La storia dell'"edictum de pactis"* (Rec. a Magdelain), in Labeo 6, 1960

TALAMANCA M., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. MILAZZO (a cura di), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina* (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli-Roma 1990

TALAMANCA M., *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani, La filosofia greca e il diritto romano*, *II. Atti del colloquio italo-francese*, Roma 1977

TALAMANCA M., *Note su Ulp. 11 ad ed. D.4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti Fazzalari* 1, Milano 1993

TALAMANCA M., v. *Obbligazioni (diritto romano)*, in Enc. dir. 29, Milano 1979
TALAMANCA M., *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in Studi Cagliari 43, 1964
TALAMANCA M., v. *Processo civile (diritto romano)*, in Enc. dir. 36, Milano 1987
TALAMANCA M., *Pubblicazioni pervenute alla direzione: A. Schiavone, Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, in BIDR 91, 1988
TALAMANCA M., *Pubblicazioni pervenute alla direzione: IVRA 36, 1985*, in BIDR 92-93, 1989-1990
TALAMANCA M., *Ricerche in tema di "compromissum„* Milano 1958
TALAMANCA M., v. *Società in generale (diritto romano)*, in Enc. dir. 42, Milano 1990
TALAMANCA M., v. *Vendita in generale (dir. rom.)*, in Enc. dir. 46, Milano 1993
THAYER J.B., *Actio praescriptis verbis*, in Tulane Law Review 19, 1944-45
THOMAS J.A.C., *D. 19.2.35.1*, in BIDR 74, 1971
THOMAS J.A.C., *The nature of merces*, in Acta Juridica 1, 1958
THIBAUT A.F.J., *System des Pandektenrechts* 1, Jena 1803
THIBAUT A.F.J., *System des Pandekten-Rechts. Zweyter Band*,[4] Jena 1814
THIELMANN G., *Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der Lex Aquilia*, in *Studi A. Biscardi* II, Milano 1982
THON A., *Zur Lehre von den in factum actiones*, in ZRG 2, 1863
TONDO S., *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini. Atti del seminario di S. Marino, 12-14 gennaio 1995*, Torino 1996
TONDO S., *In tema di constitutum debiti*, in Labeo 4, 1958
TONDO S., *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998
TONDO S., *Profilo di storia costituzionale romana* II, Milano 1993
TORRENT A., *La ordinatio edicti en la politica juridica de Adriano*, in AHDE 53, 1983
TORT-MARTORELL C., *Donationes mortis causa mediante cesión de crédito en Juliano (D. 39,6,18,1) y una lex gemina de Gayo (D. 39,6,31,3)*, in RGDR 16, 2011
TRAMPEDACH F., *Die condictio incerti*, in ZSS 17, 1896
TRISCIUOGLIO A., *Sinallagma genetico e vendita delle res extra commercium*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e la interdipendenza* cit.

UBBELOHDE A., *Ueber das precarium an körperlichen Sachen*, in AcP 59, 1876,
UNTERHOLZNER K.A.D., *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Erster Band*, Leipzig 1840

VACCA L., *Casistica e sistema da Labeone a Giuliano*, in F. MILAZZO (a cura di), *'Ius controversum' e 'auctoritas principum'. Giuristi, principe e diritto nel primo Impero, Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 11-13 giugno 1998)*, Napoli 2003 = VACCA L., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale. Ricerche*, Padova 2006

VACCA L., *Contributo allo studio del metodo casistico in diritto romano*, Milano 1976
VACCA L., *La svolta adrianea e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, IV, Torino 1997 = ID., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*
VACCA L., *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in C. STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Como, 17-18 novembre 2006)*, Napoli 2010
VACCA L., *Sulla rilevanza dei precedenti nel diritto giurisprudenziale romano*, in ID., *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, Padova 2006
VACONIUS A VACUNA D., *Iuris civilis declarationum cum notis additionibus Liber primus*. *XXVI. Declaratio, an deportati habeant actiones: Et quid sit actio praescriptis verbis, vel in factum*, in *Novarum declarationum et variarum lectionum, resolutionumque iuris libri XXII. Diversorum clarimissimorumque iurisconsultorum recentium*, Coloniae Agrippinae 1575
VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992
VANGEROW K.A. VON, *Lehrbuch der Pandekten* 1,[7] Marburg-Leipzig 1863
VANGEROW K.A. VON, *Lehrbuch der Pandekten* 3,[7] Marburg-Leipzig 1869
VANGEROW K.A. VON, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. *Dritter Band. (Fünftes Buch: Die Obligationen)*, Marburg-Leipzig 1847
VARVARO M., *Der ‚Glücksstern' Niebuhrs und die Institutionen des Gaius. Deutsch-italienische Wissenschaftspolitik im frühen 19. Jahrhundert*, Heidelberg 2014
VARVARO M., *La storia del 'Vocabularium iurisprudentiae Romanae' 1. Il progetto del vocabolario e la nascita dell'interpolazionismo*, in QLSD 7, 2017
VARVARO M., *Obligatio re contracta: la prospettiva processuale*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA (a cura di), *Ravenna Capitale. Localizzazione e tracce di atti negoziali*, Santarcangelo di Romagna 2020
VARVARO M., *Per la storia del certum*. *Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008
VARVARO M., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010
VARVARO M., *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008
VERNET P., *Textes choisis sur la Théorie des obligations en droit romain. Conférence pour le doctorat professée dans le second semestre de l'année scolaire 1863-1864 a la Faculté de droit de Paris*, Paris 1865
VIARENGO G., *Riflessioni su Giavoleno Prisco*, estratto da *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X.1, 1980
VINNIUS A., *De pactis tractatus*, Lugduni Batavorum 1646
VINNIUS A., *In quatuor libros institutionum imperialium Commentarius. Tomus secundus*, Venetiis 1722
VOCI P., v. *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in Enc. dir. 15, Milano 1966
VOCI P., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, in *Scritti Ferrini*, Milano 1946

VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946
VOCI P., *Le obbligazioni romane. Corso di pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano 1969
VOCI P., *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937
VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*, Milano 1952
VOCI P., Rec. a S. TAFARO, *La interpretatio dei verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, in IVRA 32, 1981
VOCI P., *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1938
VOETIUS J., *Commentarius ad Pandectas. Tomus primus*, Agae-Comitum 1707
VOIGT M., *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band*, Leipzig 1892
VOIGT M., *Ueber die condictiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862
VULTEJUS H., *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas Commentarius*, Marpurgi 1598
VULTEJUS H., *Iurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri duo. Editio sexta*, Marpurgi 1610

WAASER M., *Die colonia partiaria des römischen Rechts*, Berlin 1885
WÄCHTER C.G., *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis*, Tubingae 1822
WACKE A., *D. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in ANRW II 15, Berlin-New York 1976
WACKE A., *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht? Zur sogenannten „notwendigen Entgeltlichkeit", besonders bei Arbeitsleistungen vermeintlicher Sklaven*, in ZSS 108, 1991
WARNKOENIG L.A., *Commentarii juris romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati. Tomus secundus*, Leodii 1829
WATSON A., *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961
WATSON A., *Contract of Mandate in roman Law*, Oxford 1961
WATSON A., *Mandate and the Boundaries of Roman contract*, in BIDR 94-95, 1991-1992
WATSON A., *Studies in Roman Private Law*, London 1991
WATSON A., *The Development of Praetor's Edict*, in JRS 60, 1970
WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965
WEHRN C.W., *Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque, quod interest, ratione, praestandi,* Lipsiae 1795
WEISS E., *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, in ZSS 50, 1930
WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozeßrecht*, München 1925
WESENER G., *Actiones ad exemplum*, in ZSS 75, 1958
WESENER G., *Utiles actiones in factum*, in *Studi E. Betti*, IV, Milano 1962
WESENER G., *Zur Denkform des 'Quasi' in der Römischen Jurisprudenz*, in *Studi Donatuti* 3, Milano 1973

WESTPHALS E.C., *System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Verjährung*, Leipzig 1788

WETTER P. VAN, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain. Tome premier*, Gand-Paris 1871

WIEACKER F., Rec. a A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, in IVRA 24, 1973

WIEACKER F., *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936

WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*. *Erster Band*, Düsseldorf 1862

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band*,[3] Düsseldorf 1870

WINKEL L., *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in BIDR 103-104, 2000-2001

WINKEL L., *'Culpa in contrahendo' in Roman Law and in some Modern Dutch Court Decisions*, in *'Viva vox iuris romani'. Essays in Honour of J. E. Spruit*, Amsterdam 2002

WISSENBACH J.J., *Exercitationum ad L Pandectarum libros pars prior*, Franekerae Friosiorum 1653

WLASSAK M., *Die Litiskontestation in Formularprozess*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doktor-Jubiläum von B. Winscheid*, Rostock 1888 (estratto: Leipzig 1889)

WLASSAK M., *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882

WLASSAK M., *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens* 1, Leipzig 1888

WOLF J.C., *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970

WOLFF H.J., *Concerning the transmission of Julian's Digesta*, in Seminar 7, 1949

WOLODKIEWICZ W., *Contrahere-contractum-contractus*, in H. KUPISZEWSKI, W. WOLODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie 1978

WUBBE F.B.J., *Iavolenus contra Labeonem*, in J.A. ANKUM, J.E. SPRUIT, F.B.J. WUBBE (a cura di), *Satura R. Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg 1985

YALE D.E.C., *Celsus: sale and conditional gift*, in D. DAUBE (a cura di), *Studies in the Roman Law of Sale*. *Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford 1959

ZACHARIAE C.E., *Historiae juris Graeco-Romani delineatio. Cum appendice ineditorum*, Heidelbergae 1839

ZACHARIÄ TH. M., *Institutionen des Römischen Rechts nach der Ordnung der Justinianeischen Institutionen ausgearbeitet*, Breslau 1816

ZAMORANI P., *Precario habere*, Milano 1969

ZARRO G., *I 'nova negotia'. Dalla mera nuda 'conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli 2018

ZHANG L., *Alcune riflessioni sulla libertà contrattuale. Un confronto tra il diritto romano*

e il diritto vigente, in L. GAROFALO, L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shangai* (13-15 novembre 2014), Pisa 2017

ZHANG L., *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007

ZHANG L., *Studies on Actio in Factum Civili*s, in U. MANTHE, S. NISHIMURA, M. IGIMI (a cura di), *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlin 2016

ZANNINI P., v. *Comodato nel diritto romano*, in Dig. civ. 3, Torino 1988

ZANNINI P., *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Fil…a. Studi per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007

ZANNINI P., *Spunti critici per una storia del commodatum*, Torino 1983

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1990

ZIMMERN S.W., *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. Erster Band*, Heidelberg 1826

ZIMMERN S.W., *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. III. Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829

ZUCCOTTI F., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in F. ZUCCOTTI (a cura di), *Atti del convegno 'processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 12-15 dicembre 2011), Milano 2011

ZWALVE W.J., *Einige Bemerkungen zur Constitutio Tanta/ΔΕΔΩΚΕΝ § 18*, in TR 61, 1983

INDICE DELLE FONTI*

I. FONTI GIURIDICHE

a) Fonti pregiustinianee

Codex Theodosianus

9.13.1 267[220]

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

Coll. 10.2.3 292
Coll. 12.7.6 101[136]

Gai Institutiones

1.178 341[466]
2.119 341[466]
2.60 73; 364[548]
3.88 366[551]
3.90 364[548]
3.141 70; 70[39]
3.141-144 208[38]
3.142 296[316]
3.143 *24*; 25[67]
3.144 208; 208[36]; 209[41]; 210[43]
3.146 168; 168[362]
3.147 211[46]; 241[134]
3.162 201[15]; 285[286]
3.205 341[466]
3.209 354[519]
3.216 101[136]
4.2 354[519]; 355[522]
4.5 322[405]
4.33 364[547]
4.41 310[365]; 316[386]; 317[388]
4.45 ss. 223[82]
4.46 6; 10[19]; 32; 34; 37[110]; 40; 99[127]; 102; 157; 222; 224[83]; 225; 243; 269; 304; 349
4.47 143[276]; 144[278]; 300; 365[550]
4.51 317[388]
4.62 401[1175]
4.106-107 38[119]; 355[522]
4.131 101; 158; 317[388]; 318; 318[391]; 318[392]; 321[400]

Interpretatio Visigothica

Paul. Sent. 5.6.10 342

Pauli Sententiae

2.14.1 259[194]
5.6.10 327[420]; 332[433]; 333[436]; *340*; 341[466]

b) Fonti giustinianee

Codex Iustinianus

2.3.9(8) 208[38]
2.4.6.1 304[339]; 372[570]
2.12.10 292[306]
2.20.1 292[306]
4.35.1 277[264]; 293[309]
4.35.11 292[306]
4.35.13 292[306]

* I numeri in riga si riferiscono alle pagine e quelli in apice alle note.

4.64.1 70[38]; 150[293]; 200
5.13.5e 101[136]
6.4.1 21[53]
7.47.1 130[237]; 132[244]
8.9.2 346
9.15.1.2 267[220]

Digesta

Const. *Tanta*

18 183[512]; 159[332]

Const. Δέδωκεν

18 159; 159[331]
21 159[332]

1.3.12 159[330]; 160; 160[333]; 173[379]
1.3.13 160; 160[334]
2.14.1.3 59[3]; 59[4]
2.14.1.4 59[4]
2.14.2pr. 61[9]; 88
2.14.5 59[4]
2.14.7 pr. 59[4]
2.14.7.1 62[11]
2.14.7.2 15; 17; 22; 33[98]; 35; 40[132]; 41; 45; 54[183]; *55*; 60[7]; 62[9]; 69[34]; 69[35]; 71; 72[47]; 73; 84[78]; 86[84]; 88[87]; 92; 96[118]; 97[119]; 99; 99[127]; 110[170]; 112[177]; 120; 137[259]; 141[269]; 147; 150[292]; 151; 152; 152[299]; 153[301]; 157; 162; 163; 163[349]; 163[350]; 165; 168; 171; 179; 179[404]; 181; 182; 188[441]; 190; 191; 192; 193; 196; 197; 226; 227; 227[92]; 229; 229[103]; 232; 233; 234; 235; 264[209]; 272; 273; 302; 302[332]; 302[334]; 304[338]; 310; 366; 369; 370; 382; 383; 384
2.14.7.4 61[9]
2.14.7.5 260[197]
2.14.17 pr. 84[78]; 267[221]
2.14.48 73[49]
2.31.57 89[91]
3.1.15 376[585]
3.2.1 290[303]
3.2.6.5 290[303]
3.2.6.7 290[303]
3.5.9.1 101[136]
3.6.5.1 101[136]
4.3.9 pr. 101[136]
4.3.9.3 31[86]; 303[337]
4.3.40 101[136]
4.6.17.1 106[153]
4.8.40 77[62]
5.6.1 376[585]
7.1.13.3 97[1203]
7.5.5.1 37[115]
8.2.35 317[387]
8.5.2.3 106[153]
9.2.11.3 97[120]
9.2.21.1 97[120]
9.2.21.2 129[231]; 140[268]
9.2.23.2 133[250]
9.2.23.4 129[231]
9.2.23.7 101[136]
9.2.27.19 101[136]
9.2.29.4 101[136]
9.2.51.2 97[120]
10.2.18.2 31[86]; 336[445]
10.2.20.3 336[465]
10.3.6.7 101[136]
10.3.23 205; 210[45]; 210[46]
10.3.29 pr. 101[136]
10.4.3.8 101[136]
11.7.7 pr. 52[177]; 53[179]
11.7.7.1 52[177]
11.7.8.1 *51*; 51[174]; 51[175]; 161[445]
12.1.9 pr. 9[15]; 20[51]
12.1.9.3 101[136]
12.1.11.1 264[210]; 267[221]
12.1.20 86[82]
12.1.32 361[537]
12.1.41 289[301]
12.4.3 pr. 88[230]
12.4.3.1 88[230]
12.4.3.3 88[230]
12.4.3.3-4 72; 72[47]; 369[561]
12.4.3.4 30[53]; 323[405]
12.4.4 358[530]; 360[533]

12.4.10 360[533]
12.4.16 60[7]; 67[27]; 71[41]; 78[67]; *79*; 162[346]; 166[354]; 177[395]; 198; 245[150]; 360
12.5.9 145[279]
12.5.9 pr. 143[276]
12.6.26.12 313[372]
12.6.33 317[387]; 327
12.6.40.2 68[33]
12.6.65.4 319[395]
12.6.66 319[395]
12.7.3 316[384]; 317[387]
13.1.12.2 317[389]; 322[403]; 346[492]
13.4.2.8 106[153]
13.5.1.6 20[51]
13.6.1 pr. 186
13.6.5.12 233[115]
13.6.22 101[136]
13.7.13 pr. 365[550]
13.7.24 pr. 364[548]
13.7.27 29[79]
13.7.42 376[585]
14.5.6 292[306]
15.1.19.2 101[136]
15.3.1.1. 101[136]
15.3.17 pr. 291[305]
16.1.8.8 360[553]
16.1.19.5 259[195]; 289[301]
16.3.1.9 204[24]; 205; 205[27]; 210[44]; 211[469]
16.3.4 143[276]
16.3.28 262[205]
17.1.1.4 260[198]
17.1.2.4 271; *273*
17.1.2.6 274[252]
17.1.6 pr. 277; 277[264]
17.1.6.6 258[189]; *279*; 281[274]; 282[278]; 285
17.1.7 277[264]; 293[309]
17.1.8.8 292[306]
17.1.8.9 292[306]
17.1.8.10 291[305]
17.1.10 pr. 291[305]
17.1.10.3 276
17.1.10.4 259[194]
17.1.10.9 278[264]
17.1.10.12 292[306]
17.1.22.11 291[305]
17.1.26.8 260[198]
17.1.29 pr. 292[306]
17.1.29.3 292[306]
17.1.29.4 292[306]
17.1.30 73[51]
17.1.31 293[308]
17.1.34 pr. 259[195]; 262[201]; 279[269]; 289[301]; 296[317]; 300[326]
17.1.36.1 *283*
17.1.39 282[277]
17.2.1.1 201[16]; 202[18]
17.2.6 25[67]
17.2.35 376[585]
17.2.44 *237*; 238[130]; 240; 240[131]; 242; 244[147]
17.2.52.14 101[136]
18.1.4 50[171]
18.1.20 204[21]; 215; 215[61]
18.1.22 49[171]
18.1.50 197[3]
18.1.62.1 *48*; 49[170]; 53[180]
18.1.35.1 25[67];
18.1.80.3 204[21]
18.5.6 197[4]
19.1.6.1 69[34]; *69*; 69[36]
19.1.6.2 198[7]; 213; 213[51]
19.1.21.2 48[169]
19.1.21.3 130[237];
19.1.30 pr. 289[301]
19.1.43 101[136]
19.2.2.1 241[134]
19.2.19.3 213[49]
19.2.22.1 211[46]
19.2.25.6 206[299]
19.2.31 203[21]
19.2.35.1 209[40]; 209[41]; 210[43]; 212[49]
19.2.39 204[21]
19.2.45.1 101[136]
19.3.1 pr. 29[78]; 161; 237; 241; 242; 243[144]; 244[148]; *372*; 372[570]; 373[572]; 375[583]; 377; 381[604]
19.4 373[571]
19.4.1 183[414]
19.4.1.1 65[21]; 96[118]; 302[332]
19.4.1.2 182[414]

19.4.1.3 163[350]; 182[414]; 370[586]
19.4.2 156[321]; 179[404]
19.5 184
19.5.1 348
19.5.1 pr. 29[77]; 224[85]
19.5.1 pr.-2 304
19.5.1.1 115; 251; 251[169]; 253; 253[175]
19.5.1.1-2 226[90]
19.5.2 11; 29[77]; 281[804]; 348
19.5.3 13; 27[71]; 86[82]; 86[84]; *347*; 350[510]; 358; 382
19.5.5 168; 171; 179; 184; 186[432]; 227; 257
19.5.5 pr.-5 165
19.5.5.1 81[73]; 199
19.5.5.1-2 30; 30[125]; 137
19.5.5.2 22; 35; 44; 98[124]; 99; 100; 147; 148; 163[350]; 204[24];205; 206[29]; 210; 210[44];210[45]; 211 211[46]; 226[90]; 227; 233; 302[332]; 383
19.5.5.3 33[98]; 35[103]; 147; 148
19.5.5.4 12; 171[375]; 269; 271; 304[340]
19.5.5.5 140[267]
19.5.6 69; 69[34]; 69[35]
19.5.7 39[125]; 137
19.5.8 358; 358[529]; 359
19.5.9 358; 358[530]; 359
19.5.10 31[90]; 37; 146[282]; 233[115]; 369[563]
19.5.11 32[93]
19.5.12 117[190]
19.5.13 pr. *235*; 237[127]; 238; 238[128]; 238[129]; 238[130]; 239[131]; 240; 242; 244[147]; 245[149]; 246; 277; 285
19.5.13.1 44[147]; 168 ; 170[371]; *197*; 213; 227; 228; 238[129]; 249[162]; 246 ; 252; 253; 299[325]; 302[334]; 304[338]; 349[501]
19.5.15 21[53]; 86[85]; 179; 186; 188[440]; 241; 241[134]; 242; 369[561]
19.5.16 pr. 31[86]
19.5.16.1 22; 32[91]; 83[78]; 138[262]; 152; 156[321]; 186[428]
19.5.17 pr. 186[429]
19.5.17.1 185[422]; 303[337]
19.5.17.3 205; 205[28]; 210[44]; 236[679]
19.5.19 pr. 86[84]; 241[134]; 359; 359[551]
19.5.20 pr.-1 185[422]
19.5.20.1 118[193]
19.5.22 22; 26; 27; 241[134]; 285[286]; 99[323]; 300[326]; 350[512]
19.5.23 118[193]
19.5.24 35; 153; 153[301]; 228; *254;* 262; 272; 275; 276; 277; 296[317]; 298; 306 ; 349[501]; 349[505]
19.5.25 68; 68[33]
19.5.26 pr. 303[337]
20.1.2 376[585]
20.1.27 101[136]
20.5.7 365[550]
21.1.23 pr. 101[136]
21.1.44.1 376[585]
21.2.31 376[585]
21.2.60 95[117]
23.3.46 pr. 316[384]
23.4.23 256[183]
24.1.3.12-13 97[120]
24.1.52 pr. 296[316]
24.3.2.2 256[183]
24.3.34 256[183]
25.1.5.2 311[367]
25.3.3.4 255; 255[182]
25.5.1.1-3 137[260]
26.6.4.4 101[136]
26.7.5.5 101[136]
26.7.32.2 289[299]
26.7.55.1 376[585]
28.2.13 pr. 97[120]; 289[301]
28.5.48 pr. 289[301]
28.6.31.1 289[301]
29.4.6.8 101[136]
29.7.9 107[157]
29.7.15 289[301]
30.60 315[381]; 316[384]
30.108.2 256[183]
30.108.3 289[301]
31.77.18 336[445]
33.8.16 255[180]

34.2.34 pr. 203[21]
34.4.30 pr. 258[188]
35.2.1.16 376[585]
35.2.61 267[220]
35.2.88.3 258[188]
35.3.3.10 313[374]
36.1.65.9 101[136]
36.1.72 pr. 101[136]
37.5.6 106
37.5.18 256[183]
37.8.3 371
37.12.5 98[123]
38.5.1.6 101[136]
38.17.2.8 256[183]
39.1.20.1 376[585]
39.1.21.6-7 133[248]; 149[290]
39.2.4.7 137[260]
39.5.2.3 317[387]
39.5.2.3-4 316[384]
39.5.18 329[426]
39.5.18 pr. 72[47]; 73[51]; 186[428]
39.5.18.1 59[6]
39.5.19.1 186[428]
39.5.27 376[585]
39.6.18.1 14; 37[111]; 146[282]; 369[563]
40.2.5 37[113]
40.5.49 259[195]; 289[301]
40.7.29.1 77[63]
41.2.40.1 289[301]
41.3.23.1 95[118]
42.2.7 256[183]
43.13.1.12 376[585]
43.16.1.1 376[585]
43.16.1.41 133[248]
43.16.3.12 376[585]
43.16.6 133[248]; 135[256]
43.17.1.4 376[585]
43.17.3.11 134; 134[254]; 136[258];
43.18.1.2 376[585]
43.20.1.30 376[585]
43.22.1.1 376[585]
43.23.1.5 376[585]
43.24.11.5 101[136]
43.26.1.1 325[415]; 336; 337[449]
43.26.1.1-2 326[416]
43.26.1.2 326[418]
43.26.1.3 336; 337[449]; 344[480]
43.26.2.2 10; 319[395]; 321[400]; 328[423]; 329[426]; 329[427]; *330*; 330[430]; 331[432]; 332[433]; 334[438]; 334[439]; 338[451]; 338[453]; 339[458]
43.26.8.3 326[415]
43.26.8.8 334[439]; 346
43.26.12.1 345
43.26.14 321[400]; *323*; 326[416]; 332[434]; 337; 339; 339[4554]; 339[456]; 339[457]; 349; 340[461]; 343; 343[475]; 345; 346
43.26.15.3 338; 338[452]; 338[453]
43.26.19.2 75[57]; *308*; 320[398]; 324[412]; 325[412]; 329[427]; 330[430]; 331; 332[433]; 333[434]; 338[451]; 339[454]; 340; 340[461]; 345
43.29.1.1 376[585]
43.30.1.1 376[585]
43.32.1.1 376[585]
44.3.11 346
44.4.7 pr. 317[387]
44.7.1.4 288[296]
44.7.1.6 395
44.7.3 353[518]
44.7.25.1 224[83]; 356[525]
44.7.23 259[195]; 289[301]
44.7.51 142[390]
44.7.52 pr. 355; 355[523]
44.7.51.1-8 355[523]
44.7.52.6 355[523]
45.1.51 101[136]
45.1.91.3 97[120]
46.1.21.3 289[301]
46.3.36 110[166]
46.3.38 pr. 289[301]
46.5.2.2 259[195]
46.8.8.2 149[289]
47.2.14.11 321[399]; 327[420]; *328*; 331[431]; 332[434]; 335; 335[442]; 337; 339; 339[458]; 340; 340[461]; 344[478]; 345; 346
47.2.62.2 289[301]
47.2.62.5 289[301]
47.8.2.27 101[136]
47.8.4.1 376[585]

47.12.6 53[180]
50.13.1 278[264]
50.16.19 59[6]; 64[17]; 71[41]; 82; 83[75]; 114[181]; 116[190]; 155; 173[380]; 182; 185[424]; 189
50.16.179 130; 130[239]
50.16.193 130; 130[239]
50.17.23 292; 292[307]; 321[399]; 332[433]; 333; 335[441]; 344[478]

Institutiones

3.13.1 352; 352[514]; 356
3.14.2 288[296]
3.14.4 357[526]
3.23.5 50[172]; 50[173]
3.24 pr.-2 208[37]
3.24.1 25[67]
3.24.2 205[28]; 208; 211[47]
4.3.10 129; 129[231]
4.3.16 101[136]
4.6.1 355[522]
4.6.28 10; 10[20]; 29[78]; 30[80]; 307; 319[395]; 330; 336[446]; 373[571]; 373[572]; 375 ; 375[581]; 375[582]
4.12.1 125[217]
4.15 pr., 8 342

c) Fonti bizantine

Basilica

12.1.44 239[130]
14.1.8(.10) 292[307]
19.1.60.1 49[171]
20.4.5 *12*
20.4.13 217
20.4.24 261[199]; 287
21.1.13 365[550]
58.[23]<24>.15 323[407]

Scholia ad Basilica

Ὁ μὲν a Bas. 11.2.23
304[339]
Μαθῶν a Bas. 11.1.7
15; 16[40]; 17; 39[79]; 61[9]; 63[15];
72[44]; 84; 90
Τουτέσιν a Bas. 11.1.7
61[9]
Τῶν ἰουριςγεντίουμ a Bas. 11.1.7
61[8]
Τὸ κατὰ πόδας a Bas. 11.1.69(70: Schelt.)
208[38]
Εἰ γὰρ a Bas. 11.1.89
63[15]
Σημείωσαι a Bas. 12.1.44
240[132]
Ἐν τούτοις a Bas. 14.1.6.6
283; 283[279]
Σημείωσαι a Bas. 14.1.8(.10)
292[307]
Ψιλῇ a Bas. 20.1.1 Schelt. = Δεῖ δὲ e Πομπώνιος Hb.
204[21]
Δεῖ δὲ a Bas. 20.1.2
208[38]
Ὁ κέρτος κονδικτίκιος a Bas. 23.1.9
20[51]
Τοῦ Ἁγιοθεοδωρίτου. Ἡ παροῦσα ἀγωγή a Bas. 60.13.1.2
15[39]
Τίόν τις a Bas. 48.3.23
255[181]
Ὅτε ὁ παρακληθεὶς a Bas. 48.4.49
255[181]
Στατουλίβερ κελευσθεὶς a Bas. 48.5.16
255[181]

Paraphrasis Theophili

3.24 pr.-2 208[38]
4.6.28 245[151]

Constantini Harmenopuli Manuale legum

1.9.7 87[86]

II. FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE

Lex Narbonensis
(FIRA I,[2] 22)
21 266[217]

Lex Quinctia de aquaeductibus
(FIRA I,[2] 14)

29.8 266[217]

Lex Rubria de Gallia Cisalpina
(FIRA I,[2] 19)

21.10 266[217]
22 266[217]

PSI

55-20 64[17]
55.50 59[6]
55.51 61[9]
55.52 59[6]

Tabulae Pompeianae Sulpiciorum
(Camodeca)

31 71[40]

III. FONTI LETTERARIE

ARISTOTELES

Analytica Priora

2.24, 69a l. 13 174[386]
2.24, 69a l. 16 176[393]

Ars rhetorica

1.2, 1356b ll. 2-6 174

Ethica ad Nicomachum

5.2.12-13 158

CATO

De agricultura (=*De re rustica*)

16 207[35]
136 207[35]

CICERO

Ad Atticum

6.2.3 177[395]

De officiis

3.17.70 362[546]; 364[547]

De oratore

1.5.8 341[466]

Pro S. Roscio Americo

38-39, 111 290[304]
38-39, 111-113 291[305]

Timeus

13 176[395]

Topica

41, 44-45 173[379]
42 176[393]
43 176[393]

FESTUS

De verborum significatione cum Pauli Epitome

Poenatis 19[50]

GELLIUS

Noctes Atticae

13.10 19[50]

IULIUS VICTOR

Ars rethorica

10 175[388]

LIVIUS

Ab urbe condita libri

21.19.2 341[466]

PLINIUS (JUNIOR)

Epistulae

9.37.3 206[31]

QUINTILIANUS

Institutiones oratoriae

1.6.3.4 176[394]
5.11.1-2 176[393]; 176[394]
5.11.34 176[394]
5.14.24 175[388]
5.14.26 175[388]

SENECA (PHILOSOPHUS)

Epistolae morales ad Lucilium

120.4-5 177[395]

SVETONIUS

De vita Caesarum Augustus

46 78[67]

VARRO

De lingua latina

10.37 176[395]

VITRUVIUS

De architectura

3.1.1 177[395]